

MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ

Doctor en Derecho (Universidad de Friburgo - Alemania)
Profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

LOS DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Palestra Editores
Lima - 2003

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO
Manuel A. Abanto Vásquez
Segunda edición, abril del 2003

*Queda prohibida la reproducción total o parcial
de esta obra sin el consentimiento expreso de su
autor.*

© Copyright
© Copyright 2003

MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ
PALESTRA EDITORES S.R.L.
Jr. Ica 433 Of. 201 Lima 1 - Perú
Telf. (511) 426-1363 / Telefax: (511) 427-1025
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY
Cert N.º 150101-2003-1838

ISBN: 9972-733-44-0

Impreso en el Perú

Printed in Peru

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS	9
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	11
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	13

I. NOCIONES GENERALES

1.1. El bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública	16
1.2. La "Administración Pública" y el "funcionario público"	21
1.3. La autoría y la participación en los delitos contra la Administración Pública	45
1.3.1. Tipos de delitos especiales en los delitos contra la Administración Pública	47
1.3.2 La "participación necesaria" en los delitos contra la Administración Pública	60
1.3.2.1 La "participación necesaria" como problema doctrinario y práctico	60
1.3.2.2 El problema de la terminología	64

1.3.2.3 Los "delitos de convergencia" y los "delitos de encuentro"	66
1.3.2.4 Grupos de casos de participación necesaria (según la doctrina alemana)	69
1.4. La prescripción de la acción	92
1.5. La agravante genérica y la inhabilitación especial	95

II. DELITOS COMETIDOS (MAYORITARIAMENTE) POR PARTICULARES

2.1. Usurpación de autoridad, títulos y honores	103
2.1.1 Bien jurídico tutelado	103
2.1.2 Usurpación de funciones públicas (art. 361)	104
2.1.3 Usurpación de títulos y honores (art. 362)	123
2.1.3.1 Ostentación pública de insignias o distintivos (art. 362, primera modalidad)	125
2.1.3.2 Atribución pública de grados, títulos u honores (art. 362, segunda modalidad)	129
2.2. Ejercicio ilegal de la profesión (intrusismo) (arts. 363 y 364)	132
2.3. Violencia, resistencia violenta y desobediencia a la autoridad (arts. 365 y ss.)	139
2.3.1 Atentado (o coacción) contra la autoridad (art. 365)	141
2.3.2 Resistencia violenta a la autoridad (art. 366)	153
2.3.3 Violencia y resistencia agravadas (art. 367)	164
2.3.4 Desobediencia y resistencia leve a la autoridad (art. 368)	168
2.3.5 Violencia contra representantes del legislativo, de gobiernos regionales o municipales (art. 369)	181
2.3.6 Negativa a colaborar con la Administración Pública (art. 371)	182
2.3.7 Casos específicos de resistencia y desobediencia (arts. 370, 372 y 373)	187
2.3.7.1 Violación de distintivos oficiales (art. 370)	189
2.3.7.2 Violación de medios de prueba, registros o documentos (art. 372)	193
2.3.7.3 Sustracción de objetos requisados (art. 373)	201
2.4. El desacato (arts. 374 y s.)	203

2.4.1 El bien jurídico y los objetos tutelados	204
2.4.2 Desacato ofensivo (art. 374)	206
2.4.3 Desacato por desorden (art. 375)	218

III. DELITOS COMETIDOS (MAYORITARIAMENTE) POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

3.1. Abuso de autoridad (arts. 376 y ss.) ..	223
3.1.1 El bien jurídico tutelado	223
3.1.2 Abuso genérico de funciones (art. 376)	226
3.1.3 Omisión de actos funcionariales (art. 377)	238
3.1.4 Denegación u omisión de auxilio (art. 378)	245
3.1.5 Requerimiento indebido de la fuerza pública (art. 379)	254
3.1.6 Abandono del cargo (art. 380)	258
3.1.7 Nombramiento ilegal (art. 381)	269
3.2. La concusión (arts. 382 a 386)	279
3.2.1 Nociones preliminares	279
3.2.2 El bien jurídico y los objetos tutelados	284
3.2.3 Concusión en sentido estricto (art. 382)	285
3.2.4 Exacciones ilegales (art. 383)	297
3.2.5 Fraude a la Administración Pública o colusión ilegal (art. 384)	308
3.2.6 Patrocinio ilegal ante la Administración Pública (art. 385)	320
3.2.7 Extensión de la autoría (art. 386)	327
3.3. El peculado (arts. 387 y ss.)	330
3.3.1 Orígenes	330
3.3.2 Bien jurídico y objetos protegidos	331
3.3.3 El peculado doloso por apropiación y por distracción	335
3.3.4 El peculado culposo (art. 387, último párrafo)	366
3.3.5 El peculado de uso o por distracción de bienes específicos	371
3.3.6 La malversación de fondos o peculado por aplicación pública distinta (art. 389)	378
3.3.7 Retardo injustificado de pago (art. 390)	390
3.3.8 Rehusamiento de entregar bienes depositados o puestos en custodia (art. 391)	394
3.3.9 Ampliación del círculo de autores (art. 392)	398

3.4. La corrupción de funcionarios (arts. 393 y ss.)	408
3.4.1 Nociones preliminares	408
3.4.2 El fenómeno de la corrupción	410
3.4.3 La corrupción privada y la corrupción transnacional	415
3.4.4 El bien jurídico y los objetos tutelados	420
3.4.5 Fuentes y sistemática peruana	423
3.4.6 Cohecho pasivo propio (art. 393)	425
3.4.7 Cohecho pasivo impropio (art. 394)	456
3.4.8 Cohecho activo (art. 399)	465
3.4.9 Modalidades específicas (y/o agravadas) de cohecho pasivo (arts. 394-A, 395 y 396)	482
3.4.9.1 Abuso proselitista de la función pública (art. 394-A)	484
3.4.9.2 Cohecho pasivo de magistrados y otros (art. 395)	488
3.4.9.3 Cohecho del secretario judicial o auxiliar de justicia	496
3.4.10 Modalidades específicas de cohecho activo (arts. 398 a 398-B)	497
3.4.10.1 El Cohecho activo agravado (art. 398, primer párrafo)	499
3.4.10.2 Cohecho activo atenuado (art. 398, segundo párrafo)	501
3.4.10.3 Corrupción activa del abogado (art. 398-A)	502
3.4.11 Negociación incompatible con el cargo (art. 397)	504
3.4.12 Tráfico de influencias (art. 400)	521
3.4.13 Enriquecimiento ilícito (art. 401)	539
3.4.14 Decomiso de bienes (art. 401-A y s.)	559
3.5. Disposiciones comunes	562
ANEXOS	563
BIBLIOGRAFÍA	601

Abreviaturas

art. arts.	:	artículo, artículos
cfr.	:	confróntese con
col.	:	columna
c. ej.	:	con ejemplos
c. juris.	:	con jurisprudencia
col. der.	:	columna derecha
col. izq.	:	columna izquierda
c. más ref.	:	con más referencias bibliográficas
comp.	:	compilador (compiladores)
Const.	:	Constitución
coord.	:	coordinador
C.P.	:	Código Penal
dir.	:	director
D.L.	:	Decreto Ley
D.Leg.	:	Decreto Legislativo
D.P.	:	Derecho penal
ed.	:	edición
edit., edits.	:	editor, editores
E. S.	:	Ejecutoria Suprema
exp.	:	Expediente
esp.	:	especialmente
infra	:	más adelante (abajo)

jurisp.	:	Jurisprudencia
mod.	:	modificado por
múlt.	:	múltiple, múltiples
n. marg.	:	número de margen
p.	:	página, páginas
p. g.	:	Derecho penal, parte general
p. e.	:	Derecho penal, parte especial
p. ej.	:	por ejemplo
supra	:	más atrás (arriba)
StGB	:	Código penal (alemán)
y s., y ss.	:	y siguiente, y siguientes

Prólogo a la segunda edición

El éxito de la primera edición ha provocado no solamente el agotamiento de los ejemplares, sino también una viva discusión en la doctrina peruana respecto de la interpretación que hice de algunos tipos penales; en particular, en lo referente a los tipos de "corrupción de funcionarios". La preocupación de magistrados, fiscales y abogados por encontrar argumentos en el análisis de conductas, actualmente juzgadas, de exfuncionarios del anterior régimen ha motivado, además, una serie de publicaciones sobre los temas controvertidos.

En algunos casos, en estos trabajos recientes referidos a cuestiones específicas (y por lo tanto mucho más puntuales que un Manual como el mío) se ha mencionado mi obra, unas veces asumiendo mis posiciones, otras veces atacándola. Independientemente del acierto o error de los ataques, se ha hecho evidente que, en algunos casos, mis posiciones no habían quedado suficientemente claras, y, en otros, no se trataba con más extensión un tema de importancia práctica. Sobre todo, en cuanto al difícil tema de la "participación necesaria" (o "delitos plurisubjetivos"), no basta con la indicación individual y esporádica de su posibilidad en cada tipo penal, sino que había que

tratar el tema en un capítulo separado. Finalmente, en la relectura que hice del libro al trabajar mi actual investigación sobre la "corrupción de funcionarios" (gracias a una beca de la Fundación Humboldt), encontré algunas imprecisiones, expresiones poco claras y, en general, otros errores menores. Se hacía necesario por ello, reeditar urgentemente el libro, para lo cual he aprovechado mi breve estancia en Lima, así como he sacado provecho de mis investigaciones actuales, hechas en Alemania, sobre el tema de la "participación necesaria".

En la presente edición se corrigen, entonces, básicamente algunos errores de redacción de la primera y se aclaran algunas posiciones no suficientemente claras. Pero también se amplía el comentario de algunas figuras, teniendo en cuenta la información disponible sobre las posiciones de otros autores nacionales (en especial en cuanto a la autoría y al concepto de funcionario público, y el enriquecimiento ilícito) o las necesidades prácticas en la lucha contra estos delitos (es el caso de la prescripción) y se añade un capítulo extenso referido a la "participación necesaria", así como un breve comentario al nuevo tipo penal del artículo 394-A.

Agradezco la acogida que ha tenido mi libro en el público peruano. Y también agradezco la recepción y discusión crítica que ha merecido en algunos autores peruanos serios. Ya el simple hecho de que estas ideas sean discutidas (asumiéndolas o rechazándolas con argumentos distintos) significa un gran avance en nuestra ciencia penal, en la cual tradicionalmente los autores solían ignorar por completo la producción nacional y remitirse únicamente a la extranjera.

Lima, noviembre de 2002.

MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ

Prólogo a la primera edición

Los apuntes que se publican en la presente edición corresponden al dictado de clases en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1997-2000) y en el Programa de Maestría de la Universidad Nacional de Trujillo (1998-2001).

No se trata de un estudio con pretensiones de minuciosidad y perfección. Solamente se persigue el objetivo de someter a discusión en el medio jurídico-penal un primer análisis de los tipos penales previstos en el C.P. peruano de 1991 referidos a los "delitos contra la Administración Pública". Para tal efecto he recurrido a la bibliografía más conocida (y accesible) de los países cuyas legislaciones penales hayan podido tener influencia en la nuestra: Argentina, España y Colombia. En menor escala se ha empleado también alguna bibliografía alemana en donde ella resulta pertinente para la interpretación de los tipos penales y para las propuestas de reforma.

Como se mostrará en muchos pasajes, la legislación penal peruana, medida con parámetros internacionales, es muy deficiente en lo que respecta a la tipificación de los "delitos contra la Administración Pública". Se ha orientado, evidentemente, en una noción de "Administración Pública" que no guarda relación con un Estado social y democrático de Derecho. Reinterpretar los tipos penales, en la medida de lo tolerado por el tenor de la ley,

con base de este último sentido entendimiento, ha constituido el desafío que el presente trabajo ha tenido que hacer frente. Pero nuestra legislación penal necesita algo más que eso; precisa una reforma profunda para que la protección penal de lo que realmente interesa (el "correcto funcionamiento de la Administración Pública") se dé de manera auténtica y eficaz. En este trabajo se incluyen, por lo tanto, algunas propuestas de reforma; en algunos casos se sugiere la supresión de algunos tipos penales o modalidades (el desacato, el abuso de autoridad innominado, el peculado culposo, etc.), la reubicación de figuras delictivas dentro del grupo de delitos al que realmente corresponden (el intrusismo, las usurpaciones de funciones, las negociaciones incompatibles, la extensión de la punibilidad de los casos de concusión, etc.), el perfeccionamiento de las figuras típicas existentes (el fraude a la Administración Pública, la negociación incompatible, los delitos de cohecho, etc.) y la introducción de nuevas modalidades (el cohecho privado, el soborno transnacional, las infidelidades de los funcionarios públicos).

El momento es propicio para impulsar una gran reforma de nuestro Derecho penal. Tras un proceso traumático con evidencias de una corrupción profundamente enraizada en prácticamente todas las instituciones de la Administración Pública, nuestro país está tratando de encontrar el camino que lo lleve a instaurar un verdadero Estado de Derecho. En él las instituciones no solamente deberán tener denominaciones "democráticas"; también deberán funcionar de tal manera. Y en el caso de la Administración Pública, ella deberá funcionar en forma transparente, democrática y eficiente apuntando al beneficio de todos los administrados. Esto es lo que también interesa proteger mediante el Derecho penal. Y esto es lo que lamentablemente, no parece haber tenido en mente el legislador peruano de 1991. Espero que las evidencias mostradas en el presente trabajo (junto con las presentadas por colegas que me antecedieron) sirvan de acicate para lograr el tan esperado cambio.

Lima, julio de 2001.

MANUEL A. ARANTO VÁSQUEZ

I. NOCIONES GENERALES

El C.P. peruano de 1991 ha traído consigo un notable aumento de los supuestos típicos de delitos contra la Administración Pública. En el C.P. de 1924, que se refería a delitos "contra los deberes de función y los deberes profesionales", existían "solamente" 27 artículos (arts. 337 a 363); el actual C.P. prevé 66 artículos (arts. 361 a 426).

Esta primera mirada a los delitos contra la Administración Pública en el actual C.P. peruano parece mostrar una preocupación constante del legislador por proteger mejor el bien jurídico o los bienes jurídicos en juego. Pero, como se verá a lo largo de esta exposición, también manifiesta una mala técnica penal y una errada concepción sobre lo que realmente se quiere proteger. Si los tipos penales, a pesar de su abundancia, están estructurados de tal manera que no se orientan a proteger algo de utilidad social y si, por lo demás, los elementos típicos tampoco han sido ideados de manera óptima para captar las conductas realmente dañosas, no podrá hablarse de una acertada política criminal del legislador peruano en este campo.

1.1. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tradicionalmente se ha entendido que el bien jurídico tutelado por esta parte del Derecho penal sería la "Administración Pública" por sí misma, con cualidades como "prestigio", "dignidad", etc.

Modernamente, con un entendimiento distinto del concepto "bien jurídico", se sostiene que en este ámbito lo que interesa proteger es el "normal funcionamiento de los órganos de gobierno", la "regularidad funcional de los órganos del estado" o el *correcto funcionamiento de la Administración Pública*¹. Esta última es la tesis más acorde con el concepto de Estado social y democrático de Derecho en el cual debe enmarcarse también el Derecho penal. Entonces, no se trata de proteger a la Administración *per se*, ni a su prestigio o dignidad, sino a la *actividad pública* en cuanto constituya "los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado social y democrático de Derecho"².

1. FONTÁN BALESTRA, c. más ref., p. 134; CREUS, p. 4; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos*, p. 51; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, p. 54 y s.; Carlos MIR, p. 19. En el mismo sentido, también FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 15 y s.; 2.ª ed., p. 18 y s. En cambio, MUÑOZ CONDE considera este concepto, y también el de "quebrantamiento de deberes profesionales", como poco "indicativo" de la naturaleza de los delitos contra la Administración Pública, ver p. e., p. 829. Pero este autor parece exigir más bien una mayor concreción en cuanto al "bien jurídico específico" que es afectado por cada figura delictiva; algo que se procede a identificar aquí también, aunque usando la terminología de "objeto de bien jurídico". CRAMER se refiere también a esto, aunque no lo denomina "bien jurídico", en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2255, n. marg. 1; 26.ª ed., p. 2568, n. marg. 1.
2. Entre otros, ver c. más ref., MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO (director), *Comentarios*, 1996, p. 1770, 1771; OLAIZOLA NOGALES, p. 871; URQUIZO OLAECHEA, ampliamente sobre el tema, p. 239 y ss., esp. 245, 250. En el Perú, recientemente GALVEZ VILLEGAS parece aunarse a este criterio cuando rechaza expresamente a la "honradez y probidad de los agentes" de la administración

Pero habría que hacer una precisión respecto al bien jurídico adoptado para explicar los delitos contra la Administración Pública: no todos los "actos funcionariales"³ realizados por los sujetos considerados como "funcionarios públicos" pueden interesar al Derecho penal, dado que éste, como el instrumento más grave, más lesivo para las libertades de los ciudadanos, debe guiarse por el principio de "mínima intervención". Por eso, en la doctrina penal se distinguen dos ámbitos en la relación entre los funcionarios y la Administración Pública⁴: un *ámbito interno* referido a la organización misma de la administración ("deberes del cargo") y un *ámbito externo* donde el funcionario entra en relación con los ciudadanos, realizando actividades referidas a los fines institucionales que la Constitución atribuye a la Administración Pública. Sólo este último ámbito es el que circunscribe las "acciones funcionariales" relevantes para efectos penales; el "ámbito interno" únicamente debería tener relevancia disciplinaria⁵. Por eso también la interpretación de los distintos tipos penales relativos a delitos contra la Administración Pública, debería excluir del ámbito penal aquellas conductas fundamentadas exclusivamente en la infracción de "deberes del cargo"⁶.

pública dentro del concepto de "bien jurídico tutelado" (*Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 13); la "dignidad", según afirma más adelante, solamente sería aceptable como un concepto funcional, o sea vinculado con el ejercicio mismo de la función pública (*idem*, p. 15).

3. En esta segunda edición, a diferencia de la primera, se distingue con más precisión, siguiendo la terminología empleada en parte de la doctrina española, entre lo "funcional" (relativo a una función, en el sentido más amplio) y lo "funcionarial" (lo referido al funcionario público).
4. Cfr. c. más ref. ampliamente en REBOLLO VARGAS, *Notas y consecuencias...*
5. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *La responsabilidad penal*, p. 40, col. der.; REBOLLO VARGAS, *Notas y consecuencias...*
6. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1771; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos*, p. 54; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *La responsabilidad penal*, p. 40 y s.

Además, las tendencias más modernas tienden a considerar a la "Administración Pública" como el *marco* en el cual se agrupan distintos *bienes jurídicos específicos*. No todos los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos o las autoridades en relación con el ejercicio de sus cargos pueden tener un mismo denominador común. Algunos de ellos pueden afectar a bienes jurídicos distintos; p. ej., un funcionario público, en el ejercicio de su cargo, podría participar en torturas, desapariciones forzadas, etc., o atentar contra la organización estatal o contra otros intereses individuales. Pero incluso en el caso de que los delitos sí afectaran al bien jurídico común del "correcto funcionamiento de la Administración Pública", tal afección se manifiesta de manera inmediata a algún aspecto de ella; por eso se ha dicho acertadamente que se debe indagar en cada tipo delictivo cuál es el aspecto de la administración que las conductas atacan en concreto⁷.

Luego, aunque el bien jurídico tutelado, tal como se ha identificado antes, es el mismo para todo el grupo de delitos contra la Administración Pública, hay que distinguir, en concreto para cada tipo penal, cuál es el OBJETO del bien jurídico directamente atacado (o el "bien jurídico específico"). Estos objetos varían en función del interés que el sujeto activo lesiona o pone en peligro de manera inmediata. Como se afirma en la doctrina alemana, el interés directamente protegido oscilará entre la "legalidad del desempeño de funciones" y el "interés estatal en preservar el Estado de Derecho en el aparato administrativo"⁸. Los ataques contra estos objetos deben ser suficientemente graves para que pasen a ser considera-

7. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 829. Igualmente Adela Asúa, c. más ref. en ASÚA (edit.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 20; FEIJÓO SÁNCHEZ, p. 700; FIDEL ROJAS, refiriéndose al "objeto específico", 1.ª ed., p. 17 y s.; 2.ª ed., p. 13.

8. CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2255, n. marg. 1); 26.ª ed., p. 2568, n. marg. 1.

dos delitos en vez de una mera perturbación de la actividad funcional que podría ser contrarrestada a través del Derecho disciplinario, procesal o administrativo.

En la *tipificación de los tipos penales*, el legislador procede usualmente describiendo distintas conductas que atentan contra el bien jurídico. Estas pueden consistir en⁹:

1. La conducta de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus actividades funcionariales. Específicamente, estos pueden violar sus deberes atentando contra intereses patrimoniales o personales de la Administración Pública, o contra los de los particulares.
2. La conducta de los particulares que, de manera individual o colaborando con los funcionarios públicos, atentan contra distintos intereses de la Administración Pública.

Esta técnica, de origen italiano, ha sido adoptada por nuestro C.P. Debe advertirse, sin embargo, que esta clasificación no es del todo exacta, pues —tal como se verá— en ambos grupos a veces encontramos descripciones típicas que prevén la comisión del delito por sujetos del otro grupo. Por eso sería aconsejable, en una reforma futura, renunciar a esta clasificación tradicional y agrupar los delitos directamente en función del bien jurídico específico (u objeto del bien jurídico) contra el que atentan, tal como hace, p. ej., el C.P. español de 1995.

Por otro lado, es notorio que el C.P. peruano ha sido indudablemente inspirado por la concepción ya superada de los delitos contra la Administración Pública. Ello lo demuestra la existencia de delito propios de Estados autoritarios como la "usurpación de distintivos" (art. 362), el "desacato ofensivo" (art. 374), el "abuso

9. Sobre esto FONTÁN BALESTRA, p. 135 y s.).

de autoridad innominado" (art. 376), etc., así como la descripción típica de estos y otros tipos penales, donde no destaca siempre el atentado contra el funcionamiento de la Administración Pública. De todos modos, en concordancia con los principios constitucionales y los del Título Preliminar del propio C.P., el nuevo concepto de bien jurídico debe servir de orientación en la interpretación y aplicación de los tipos penales. Esto tiene que ser así, pues como ya lo han expresado DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, para el nuevo C.P. español (más moderno que el peruano en cuanto a este grupo de delitos), con esta *interpretación de los tipos penales ceñida a un concepto garantista del bien jurídico* se va "excluir de ellos, en la medida de lo posible, las conductas que, pese a poder tener cabida en su tenor literal, no afecten o afecten sólo de forma insignificante al bien jurídico señalado, y para proponer la reforma o supresión de los tipos cuya existencia y configuración no se justifique por la protección del bien jurídico"¹⁰.

Pese a los esfuerzos interpretativos, siempre quedarán figuras típicas, cuya existencia o alcance, no podrán ser explicados con ayuda del bien jurídico propuesto. Para estos casos se necesita una reforma legislativa. P. ej., el nuevo C.P. español ha excluido conscientemente la figura de la "malversación culpable" (peculado culposus en la terminología peruana) y ha incorporado nuevas figuras que sí atentan contra el bien jurídico como la "aceptación de nombramientos ilegales" (art. 406), el "aprovechamiento de información privilegiada obtenida por un funcionario público", etc. Y también se han reubicado, según su vinculación con el bien jurídico afectado, muchos tipos delictivos¹¹.

10. Ver *La responsabilidad penal*, p. 41, col. izq.

11. Al respecto ver el análisis de MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1771 y s.

1.2. LA "ADMINISTRACIÓN PÚBLICA" Y EL "FUNCIONARIO PÚBLICO"

En la interpretación de los delitos contra la Administración Pública, tradicionalmente se creía conveniente definir, primero, en qué consiste ésta para luego precisar el concepto de "funcionario público", el cual serviría para definir al autor del delito en los casos en los cuales los tipos penales exigieran esta condición en el sujeto activo del delito.

Es así que el término *Administración Pública* ha tenido tradicionalmente varios sentidos¹²:

1. En un sentido restringido extrapenal sería aquel conjunto de dependencias subordinadas al poder Ejecutivo (poder administrador).
2. Consistiría en los actos de gobierno de cualquiera de las esferas de los poderes, es decir, "actos administrativos". Aquí no importa el órgano que realiza los hechos típicos, sino la naturaleza del acto.
3. En un sentido amplio, propio para el Derecho penal, se trataría de los actos de toda la Administración Pública, incluyendo a los poderes judicial y legislativo. Lo que sucede es que los delitos contra estos últimos se tratan separadamente, sobre todo porque aquí, más que el correcto funcionamiento de la Administración Pública, se atenta contra el funcionamiento de uno de los poderes del Estado: el Poder Judicial¹³.

Es en este último sentido que el Derecho penal entiende actualmente a la Administración Pública. Los actos realizados deben

12. Al respecto, ver CREUS, p. 3.

13. Cfr. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 829; Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 17; 3.ª ed., p. 12.

tratarse de "actos funcionariales", aunque los realicen sujetos que, en el sentido administrativo, no serían propiamente "funcionarios públicos". Y además, para que estos actos tengan trascendencia en la interpretación de los tipos penales, como ya se dijo más arriba deben referirse al "ámbito externo", o sea a las relaciones entre la administración y los administrados.

La discusión se ha trasladado actualmente a la definición penal del FUNCIONARIO PÚBLICO, pues esto es decisivo a la hora de interpretar muchos tipos. La doctrina se divide a la hora de precisar los *elementos* que deben integrar la condición de "funcionario público" para efectos penales. Al respecto, hay dos posiciones claramente definidas. La mayoritaria exige dos elementos: la *existencia de un título* (elemento subjetivo) y la efectiva participación en la *función pública* (elemento objetivo)¹⁴. Para otra doctrina bastaría con el último elemento, pues no interesaría la "relación subjetiva" entre el sujeto y la administración. Pero, a esta última postura se oponen las críticas resumidas por Inmaculada VALEIJE, las cuales también son aplicables para el caso peruano¹⁵:

14. Ver MUÑOZ CONDE, p. e., p. 831; VALEIJE, *Reflexiones...*, c. múlt. ref., p. 446; OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, p. 125 y ss.; Carlos MIR, p. 22. En el caso alemán hay una diferenciación similar, pues si bien de *lege lata* se diferencia entre "funcionarios públicos" (*Amtsträger*), "Jueces" (*Richter*) y los "especialmente obligados para el servicio público" (*für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete*), la doctrina destaca que los jueces están comprendidos ya dentro de los funcionarios públicos, con lo cual solamente hay dos grupos de personas; al respecto ver ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 113 y ss., esp. n. marg. 15; 26.^a ed., p. 124 y ss., esp. n. marg. 15. La diferencia con el sistema español y peruano está en que la ley es más clara; reconoce que se trata de dos grupos claramente diferenciados: uno de los "funcionarios públicos" (en igual sentido que en el Derecho administrativo) y otro de los que sin serlo, al igual que estos "pueden tener panorama y posibilidades de influir en la actividad administrativa"; ver ESER, *ídem*, 25.^a ed., n. marg. 34, p. 117; 26.^a ed., n. marg. 34, p. 129.

15. Cfr. VALEIJE, *Reflexiones...*, p. 449 y s. Prefiere, restrictivamente, partir del elemento "función pública", MÉNDEZ RODRÍGUEZ, p. 62, 63 y ss.

1. Simple traslado o "reenvío" del problema hacia el concepto "función pública", con lo cual no se soluciona nada.
2. Redundancia y falta de explicación sistemática en relación con otros elementos típicos considerados por el legislador en los tipos penales. En efecto, hay tipos de cohecho pasivo definidos a partir de un funcionario con funciones específicas (árbitros, peritos, miembros de tribunal administrativo, etc.). Esto sería redundante e innecesario si solamente bastara la "función pública" para definir el concepto de "funcionario público".

Es por eso que se necesitan ambos elementos para que exista un "funcionario público" con relevancia jurídico-penal. Claro que estos elementos están tan estrechamente ligados que pueden refundirse en uno solo: una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal que implique que el sujeto está incorporado a la organización burocrática del Estado¹⁶.

Entonces, cuando el tipo penal exija como elemento a un "funcionario público", éste deberá reunir, cumulativamente, las siguientes características:

1. La persona deberá estar *incorporada a la actividad pública*. Esto puede suceder de distintas formas:

- a) Por *mandato de la ley, por elección o por nombramiento* de la autoridad competente. Esta fórmula tradicional, manifestada a veces expresamente en las leyes penales, determina la existencia de un funcionario *de jure*. Ejemplo: el Juez, el Alcalde. Excepcionalmente la ley penal otorga la cualidad de funcionario al particular: los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente (art. 425, numeral 4).

16. Cfr. VALEJE, *Reflexiones...*, p. 493.

Con esto se alude a la *existencia de un título de funcionario*. Son distintas las formas como surge este "título-legitimidad", pero en resumidas cuentas, todas ellas pueden reducirse a una: la disposición de la ley, pues ella también regula los "nombramientos" y los procesos de "elección" de funcionarios públicos¹⁷.

Para interpretar aquí el término *mandato de la ley*, debe tenerse en cuenta la peculiaridad del caso peruano: está claro que solamente puede tratarse de una "ley formal" que prevea casos específicos, pues cualquier otro caso de acceso a la función pública ya está previsto en los supuestos anteriores¹⁸. El caso del *nombramiento* es menos problemático. Debe ser efectuado por una autoridad (con mando y jurisdicción) con atribución legítima para crear la relación jurídica válida entre el nuevo funcionario y la administración (competencia). Por lo visto, esta referencia resulta superflua cuando ya están previstos de manera expresa los casos de acceso a la función pública o se hace referencia a la "ley" (como efectivamente sucede en el caso peruano). En la doctrina comparada, atendiendo a que su origen se dio cuando se quiso legitimar el nombramiento del "personal de confianza política", se entiende que aquí el legislador se refiere al personal interino, eventual, laboral y contratado que desempeñe actos funcionariales¹⁹.

17. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 830. Por cierto que sí existiría una diferencia cuando el texto legal se refiere expresamente a la "disposición inmediata de la ley" como en el caso español, pues esto alude a casos específicos distintos del nombramiento y la elección en que la propia ley crea el título de *funcionario de jure*; ver Carlos MIRA, p. 24 y s.

18. El caso español es distinto, pues allá no hay una enumeración legal tan explícita de los casos de "funcionarios públicos". Por eso se discute si el término "ley" se refiere a una "ley formal" o a cualquier "norma legal". VALENTE llega a una solución práctica entendiendo que aquí el legislador describe simplemente el "acto de nombramiento de funcionarios de carrera" (forma jurídica formal); es decir, la resolución u orden ministerial de un nombramiento legal: ver *Reflexiones...*, p. 455 y s.

19. Cfr. VALENTE, *Reflexiones...* c. más ref., p. 457 y s.

Y en el caso de la *elección* se considera en la doctrina que consiste en un nombramiento por votos para desempeñar un cargo o una comisión vinculados a una representación política. Aquí, uno de los problemas más controvertidos ha sido precisamente el de la condición de funcionario de los representantes en el Poder legislativo, pero en la actualidad ha quedado claro que éstos son considerados "funcionarios públicos" para efectos penales²⁰. El problema actual está en ver si la "elección" puede entenderse también a aquellas de grupos sociales o sectores sociales determinados: juntas de Colegios profesionales, miembros de jurados, representantes de usuarios de algún servicio, representantes universitarios, etc.²¹.

Pero también constituye un problema práctico determinar el "momento" en el que surgiría la condición de funcionario público de los representantes populares elegidos para los gobiernos central, local o regional. La peculiaridad de los funcionarios por "elección" radica en que existen varios "momentos" previos, claramente distinguibles, hasta llegar a la asunción definitiva del mandato: el momento de los resultados extraoficiales, de la publicación oficial de resultados, de la recepción de credenciales y de la juramentación en acto oficial.

Ahora bien, si está perfectamente claro que el ejercicio del funcionario electo recién comienza luego de la asunción oficial tras la juramentación en algunos casos, o algún "nombramiento" (en el sentido de formalidad dirigida por otros funcionarios en ejercicio y competentes) posterior, no está claro, para efectos penales, desde cuándo deba considerarse que puede atentar contra el bien jurídico en el sentido indicado por los tipos penales que se refieren

20. VALEJE, c. amplias ref., *Reflexiones...*, p. 459 y s.

21. VALEJE, *Reflexiones...*, p. 460.

a él y al funcionamiento de la Administración Pública; mejor dicho: a partir de cuándo el Derecho penal, salvo disposición expresa que regule este caso, considera que reúne la condición de "funcionario público". La cuestión se aclara más si se considera que el criterio para determinar esta condición, para este tipo de funcionarios, tiene que ser el de la "elección"²². Obviamente, no puede tomarse en cuenta el resultado extraoficial, pues allí todavía no ha quedado manifestada de manera indubitable y definitiva la decisión popular. Pero ya a partir de la proclamación oficial hecha por el órgano competente existe una "elección" de un funcionario público (en sentido penal) claramente establecida. Y ello es independiente de si el funcionario posteriormente retira la credencial o juramenta. Estos casos alcanzan especial dificultad práctica en los delitos de "corrupción de funcionarios". Cuando los "funcionarios potenciales" (sobre todo los que han sido elegidos) han aceptado sobornos para realizar actos futuros que no evidencien una infracción de deberes, podría generarse una intolerable impunidad gracias a la posible insuficiencia del concepto "funcionario público" para abarcarlos o, incluso, a las dudas sobre el "carácter indebido" de la conducta realizada (ver al respecto más adelante 3.4.6). De *lege ferenda* sería preferible una reforma en vez de una dudosa (aunque defendible) interpretación extensiva del concepto de funcionario público para estos casos²³.

Con esto se ha determinado el "núcleo" del concepto "funcionario público", pero el mayor problema está en precisar el campo

22. También así OLAIZOLA, dando relevancia penal (como "título de incorporación") a la "elección" antes que al "nombramiento" posterior del funcionario ya elegido; el "nombramiento" solamente tiene relevancia penal primaria cuando no le antecede una "elección". *El delito de cohecho*, p. 154.

23. Al respecto, en relación con los casos de "transfuguismo político" ver ABANTO VÁSQUEZ, *El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?*; recientemente se ha plegado a mi tesis, URQUIZO OLAECHEA, p. 273.

de aplicación. Es particularmente polémico que algunos particulares con "títulos de participación" (es decir, aquellos a quienes se permite ejercer una función pública cualquiera aunque sea temporalmente y para un caso concreto) también deban ser considerados "funcionarios públicos para efectos penales": perito, recaudador de impuestos, testigo, depositario de bienes litigiosos, concesionario de servicios públicos, etc. Cuando no existe una aclaración legal específica, delimitar los particulares de los funcionarios públicos es especialmente difícil debido a los desarrollos actuales de la actividad estatal que suele mezclar lo público con lo privado²⁴.

La fórmula tradicional de acceso a la función pública no ha sido recogida de manera expresa en nuestro artículo 425, sino allí se ha preferido una amplia lista casuística, con una cláusula abierta al final. Esta cláusula abierta (numeral 6) permite ampliar los casos a aquellos otros que la Constitución y la ley prevean. De todos modos, la discusión doctrinaria sobre el elemento "ejercicio de la función pública" es útil para la interpretación de estos supuestos legales, tal como se verá en el punto c).

b) En la doctrina penal se ha discutido la posibilidad de que también exista el elemento "funcionario público" (y por lo tanto pueda cometer delitos contra la Administración Pública) el sujeto cuyo nombramiento, designación o sean nulos o anulables. Es decir, cuando el sujeto es un *funcionario de facto o funcionario de hecho*. P. ej., no tiene título de abogado para un cargo público que lo requiere, el título que presentó era falso, no tenía la condición de peruano de nacimiento, etc. Para efectos penales, el sujeto es funcionario público y puede cometer delitos contra la Administración Pública²⁵. La fundamentación de esta posición está en que,

24. C. más ref. VALEIJE, *Reflexiones...*, p. 462 y s.

25. CREUS, p. 6; PEÑA OSSA, p. 49; ROJAS, Fidel, 1.^a ed. p. 29, 2.^a ed., p. 40, 3.^a ed., p. 36 y s.; ÁNGELES/FRISANCHO, p. 3083; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 831; ESER, poniendo

independientemente de las relaciones al interior de la propia Administración, lo que le interesa al Derecho penal es la "relación externa", pues "el mayor merecimiento de pena del funcionario público radica en el abuso hacia fuera del poder funcional que se le ha conferido"²⁶. Solamente no se daría el elemento penal "funcionario público" cuando la nulidad administrativa prohíba el ejercicio funcional, o sea cuando los actos (y con ello la posibilidad de los delitos contra la función pública) del sujeto ya no fueran propios de un funcionario.

Lo que resulta ya más discutible es la situación del *usurpador* de funciones, es decir, de aquél que, sabiendo de la ilegitimidad de su actuación funcional, acepta un nombramiento ilegal y lo ejerce. Para algunos, el hecho de ejercer el cargo a sabiendas de su ilegitimidad hace desaparecer el carácter de funcionario de facto, salvo que el Estado consienta en esta situación administrativa²⁷. Para otros, de manera más correcta, también será "funcionario de hecho" (pues sigue habiendo relación "hacia fuera"), pero su conducta entrará en concurso con la "usurpación de autoridad" (art. 361) u otras figuras penales²⁸. La consecuencia práctica será que,

el ejemplo de la menor de 18 años que ejerció en representación de su padre, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 127 y s., n. marg. 29; 25.ª ed., p. 115 y s., n. marg. 29. Recientemente sigue también esta doctrina GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 35 y s.

26. CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2256, n. marg. 5; 26.ª ed., p. 2569, n. marg. 5.
27. CREUS, p. 7. Parece seguir esta tesis, en definitiva, GÁLVEZ VILLEGAS, c. más ref., *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 36 y s.; y también, FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 29 y s.; 3.ª ed., p. 37 y s., p. 112 y ss. Este último autor exige, con justicia, una previsión legal específica para abarcar los casos más dudosos (funcionario de hecho en su extremo máximo: sujeto que, sin tener legitimidad, ejerce bajo la complacencia de la administración), p. 113 y s.
28. MUÑOZ CONDE, admitiendo también el concurso con la "aceptación de un nombramiento ilegal", p. e., p. 831; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2256, n. marg. 5; 26.ª ed., p. 2569, n. marg. 5.

según la primera tesis, el sujeto solamente responderá como "usurpador de funciones" o de cualquier otro delito en que se pueda subsumir su conducta; para los segundos sí podrá cometer el delito contra la Administración Pública al que se refiera su conducta y exija la calidad de "funcionario público".

2. El sujeto debe *ejercer la función pública*. Ésta es la que se proyecta al interés colectivo o social, al bien común, y es realizada por órganos estatales o paraestatales. P. ej., no son funcionarios públicos los de las empresas telefónicas, pese a que brindan un servicio público. Sí son empleados públicos los encargados de velar por el cumplimiento de las leyes sobre Telecomunicaciones, es decir, en el Perú, los empleados del OSIPTEL. También son funcionarios públicos los jurados (si los hubiere), árbitros, peritos, incluso los que participan en una actividad pública a través de una sociedad con forma de derecho privado, pero participando en la administración de ésta (así lo reconoce además el propio art. 425 C.P. peruano).

En la doctrina, los alcances de este segundo elemento del concepto funcionario público son muy discutidos. Al respecto hay varias posiciones que oscilan entre la que atiende solamente a la finalidad del bien común (tesis teleológica), la que se contenta con el régimen de Derecho público de las actividades (criterio formal), la que combina ambos criterios (tesis mixta), y la que exige, además de la finalidad pública y el encuadre de los actos dentro del Derecho público, que los actos los realice un ente público (tesis de VIVES ANTÓN)²⁹. La definición que se adopte debe superar una tesis tan insegura que atentaría con la certeza y seguridad jurídica al permitir que el concepto "función pública" varíe según cambien

29. Ver la exposición de VALEJE, *Reflexiones...*, p. 464 y ss.; OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, p. 125 y ss.; Carlos MIR, p. 23 y s.

las orientaciones del Estado en concreto (tesis teleológica)³⁰ y una demasiado estrecha que no tendría en cuenta la "privatización de la actividad pública"³¹ y llevaría a la impunidad en muchos casos en que funcionarios sujetos al régimen privado o particulares, bajo concesión especial, ejecuten tareas de interés general (tesis formal). Por eso se busca una definición amplia de "función pública", la cual involucraría las siguientes actividades³²:

- a) Las actividades tradicionales de la administración, de sus poderes y entidades estatales, regionales o locales.
- b) Los servicios prestados por particulares, aunque no estén subordinados a la organización estatal, pero que significan ejercicio de funciones públicas porque tienen una especial eficacia reconocida por el Derecho o reemplazan actividades propias de la administración. Ej. imposición de sanciones, resolución de conflictos, dar fe de la presunción de verdad, etc.
- c) Las actividades de entidades de Derecho público que se encuentran bajo el régimen privado, pero cuyo fundamento es el de controlar un sector productivo de carácter estratégico

30. OLAIZOLA defiende la tesis "teleológica" de CASAS BARQUERO y MUÑOZ CONDE, pero en su versión mejorada de la combinación con el criterio formal; *El delito de cohecho*, p. 133 y s.

31. Se habla, en este contexto, de una "huida del Derecho administrativo" (prestación de funciones públicas a través de formas mercantiles) que llevaría aparejada también una "huida del Derecho penal", lo cual es evitado considerando punible como funcionario público al sujeto que actúa en empresas públicas, aunque esté bajo el régimen de Derecho privado; ver Carlos MIR, p. 27.

32. Ver la fundamentación y exposición de VALEJE, *Reflexiones...*, p. 466 y ss., 471 y s. La autora concluye definiendo la "función pública" como "expresión verbal utilizada para describir el conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado, ya sea directa o indirectamente a través de actos de delegación"; *Ibidem*, p. 498.

o prestar un servicio determinado, y el haber sido creados por un organismo estatal y al cual están sujetos bajo un régimen especial. Ejemplos: empresa nacional de ferrocarriles o transporte público, empresa de suministro de agua. Pero no deberían considerarse funcionarios públicos a todas las personas que laboran en estas empresas, sino solamente a las que ejercen funciones públicas dentro de ellas. Esto es especialmente claro en el caso de los directores o miembros de los consejos de administración de estas empresas, pues la ley (o incluso la Constitución) impone deberes vinculados con el servicio que brindan en interés general, deberes que no deben depender de la personificación jurídica de la empresa³³.

En concordancia con esta última categoría, se podría hablar de "personas que ejercen funciones públicas", es decir, de "aquel particular que, sin estar integrado en la organización burocrática del Estado, desempeña alguna actividad privada que goza de una especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejercita haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponden a los poderes públicos"³⁴. Se trataría de una *asimilación típica* y, a veces, de una *equiparación punitiva*, pero no de una "identidad conceptual" con el concepto de funcionario público, pues las actividades de estas personas están a mitad de camino entre un ejercicio de funciones públicas y una mera participación o colaboración en actividades funcionariales de otros³⁵. Por esa vía podrían entrar sujetos como los concesionarios de servicios públicos, los que dan fe pública o ejercen autoridad en lugar de la Administración Públi-

33. Cfr. VALEIJE, *Reflexiones...*, p. 479, 492 ("conductas referidas a la técnica de organización para el ejercicio de funciones públicas que le correspondían a la administración"); similar, MUÑOZ CONDE, p. e., p. 831.

34. VALEIJE, *Reflexiones...*, p. 498.

35. Así también, VALEIJE, *Reflexiones...*, p. 494 y s.

ca (notarios, profesores de academias e institutos privados en cuanto a sus calificaciones, médicos en cuanto a los certificados que expiden, comandantes de naves y aeronaves, vigilantes privados, etc.) y los profesionales llamados a colaborar con la Administración Pública en cuanto a dicha actividad concreta (dictámenes, pericias, informes, ejecución de ventas, embargos, tasaciones, etc.).

Debido a la complejidad de estos casos, las leyes penales suelen prever alguna cláusula orientadora. P. ej., el art. 11 del StGB alemán, ha diferenciado entre aquel sujeto, que sin ser funcionario público, "asuma las tareas de la Administración Pública en la oficina de una autoridad o en cualquier otra oficina pública" (primer párrafo, numeral 4, literal a), y quienes "en una sociedad o en cualquier otra agrupación, establecimiento o empresa ejecuten tareas de la Administración Pública para una autoridad o cualquier otra oficina pública" (primer párrafo, numeral 4, literal b)³⁶. Una cláusula similar (que se analiza más abajo) también está prevista en art. 425, numeral 3 del C.P. peruano.

3. La *determinación más estrecha* del círculo de autores y partícipes depende de cada tipo penal en especial. El concepto de "funcionario público" (y el de "autoridad" o "servidor público") es un concepto "funcional" que debe ser interpretado teniendo en cuenta la finalidad político-criminal del legislador en cada precepto³⁷. Es decir, en los tipos penales que señalan como autor a un "funcionario público" no basta con el mero hecho de tener dicha cualidad y haber realizado la conducta típica. Esta conducta típica deberá, además, significar siempre una violación del "deber especial" que tiene el funcionario público en relación con el objeto específico; no bastará que los hechos hayan sido realizados "con

36. Ver al respecto, c. ej., ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 129, n. marg. 37; 26.ª ed., p. 117, n. marg. 37.

37. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 832.

ocasión" del ejercicio de las funciones o que el sujeto se arroge funciones públicas³⁸. P. ej., en el peculado, no es autor cualquier funcionario público, sino solamente aquél que tiene el deber específico de administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos materia del delito³⁹.

En otras ocasiones, el tipo penal se refiere estrictamente a determinado sujeto a quien se ha asignado una función específica: peritos, jueces, testigos, etc. Esto ha llevado a admitir una clasificación ulterior al interior de los delitos contra la Administración Pública: *delitos funcionariales* comunes (sujeto activo: cualquier funcionario público) y *delitos funcionariales especiales* (sujeto activo: solamente el funcionario al cual se refiere el tipo)⁴⁰.

Como se aprecia de esta exposición teórica sobre las discusiones del concepto de funcionario público en la doctrina penal, lo único en donde hasta ahora hay consenso es en destacar que no debe confundirse el *concepto penal* de funcionario público con el *concepto administrativo* o laboral. Es ampliamente conocida en la doctrina la tendencia a la "equivocidad" de los conceptos jurídicos según el área del Derecho que se trate, pues cada una de ellas manejará un concepto de funcionario público en función de los objetivos que busque⁴¹.

38. FELJÓO SÁNCHEZ, p. 708; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 2256, n. marg. 4; 26.^a ed., p. 2568 y s., n. marg. 4.

39. Por cierto que este principio es quebrantado a veces por el legislador peruano cuando no exige un atentado contra la función específica, sino contra la "investidura" (p. e. patrocinio ilegal). Aun así, en dicho tipo penal podría constatarse también un deber propio de todo funcionario público: el de no aprovecharse de su función para favorecer intereses particulares.

40. CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 2256, n. marg. 9; 26.^a ed., p. 2569, n. marg. 9.

41. Cfr. VALEJE, *Reflexiones...*, p. 442; también OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, p. 168; similar, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, p. 58.

Dado que existen diferentes conceptos de "funcionario público" en las otras áreas del Derecho e incluso en el ámbito coloquial, la técnica de contemplar una *definición legal* (como la peruana) o una *regla interpretativa* (como la española) tiene la ventaja de eliminar la arbitrariedad interpretativa y asegurar una interpretación de conformidad con los propios objetivos del Derecho penal⁴². La intención del legislador con estas disposiciones legales específicas sobre el concepto "funcionario público" radica en que quiere indicar al intérprete que no debe entender solamente al funcionario público administrativo como sujeto activo o pasivo del delito, sino a aquellos otros que ejercen funciones públicas; se trata de "poner en relación lógica la expresión utilizada 'funcionario público' con el pensamiento del legislador (...) la norma pretende hacer valer el sentido racional en contra del sentido literal incorrecto"⁴³. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un *deber especial* derivado del ejercicio de una función pública cualquiera. Solamente así se explica también el mayor "injusto penal" de la conducta de estos sujetos: su especial cercanía con el bien jurídico hace que su conducta sea reprochable en mayor medida de si la conducta fuera ejercida por un ciudadano cualquiera. Así, p. ej., el hecho de que sea el propio funcionario encargado de "administrar, custodiar o percibir" los bienes quien se apropie de los bienes, hace que esta conducta sea penada como "peculado" y no como "apropiación ilícita" o "hurto".

Por eso, para la doctrina y jurisprudencia comparadas, ha quedado perfectamente claro que el concepto penal de funcionario público es *independiente* del que se maneja en otras áreas jurídicas, especialmente en del Derecho administrativo; lo cual no impide que para la interpretación de algunos elementos poco cla-

42. Cfr. VALEJE, *Reflexiones...*, p. 442.

43. Cfr. VALEJE, *Reflexiones...*, p. 444 y 445, correspondientemente.

ros pueda recurrirse a estas otras áreas del Derecho⁴⁴. Luego, el funcionario público, para efectos penales, tiene que ser no solamente alguien con legitimidad administrativa para ejercer funciones públicas, sino también aquél a quien, pese a no tener tal legitimidad, la ley le permite o le obliga a ejercer funciones públicas en relación con determinado objeto del bien jurídico tutelado. Y por eso, como se verá más adelante, no es sujeto activo del delito cualquier funcionario público, ni siquiera si estuviera comprendido dentro del art. 425 C.P., sino solamente aquél que, en el caso concreto previsto por el C.P., tiene la función (mejor dicho, el "deber") de no atentar contra el objeto del bien jurídico.

El art. 425 del C.P. también toma en cuenta las consideraciones precedentes pues en su definición de "funcionario público" distingue el concepto penal de funcionario público del concepto administrativo, al considerar como tales a personas que según el área administrativa no lo serían. Al D.P. no le interesa tanto que el funcionario público esté dentro de la carrera administrativa, sino su cercanía con el bien jurídico tutelado. Es por eso que para efectos penales no solamente es funcionario público quien lo es según

44. Al respecto, ver la fundamentación de VALEJE, refiriéndose a la doctrina y jurisprudencia españolas, *Reflexiones...*, p. 446 y s., 448; OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, p. 168; Carlos MIR, p. 21 y s. Similar, Fidel ROJAS, inclinándose más bien en el sentido de la "regla interpretativa", 1.ª ed., p. 26 y 3.ª ed., p. 29 y ss. Recientemente también comenta y fundamenta extensamente el "concepto penal" de funcionario público URQUIZO OLAECHEA, p. 251 y ss. GÁLVEZ VILLEGAS entiende recientemente que, por unidad del ordenamiento jurídico, no puede haber un "concepto penal" de funcionario público, sino que solamente el Derecho penal aplicaría sus consecuencias jurídicas a funcionarios y servidores públicos y a otras personas; ver p. 42 y ss. Pero parece ser que aquí lo único que hay es un desacuerdo en cuanto al término "concepto penal". Lo que interesa es la aplicación autónoma de los supuestos de "funcionario o servidor público" previstos por el C.P.; y si a ello se le tiene como un "concepto penal" o no, es una cuestión adjetiva.

el Derecho administrativo (art. 425, numeral 1), sino además otras personas como: los que desempeñan cargos políticos o de confianza (art. 425, numeral 2), los que ejercen funciones públicas dentro de entidades u organismos del Estado (numeral 3), los administradores y depositarios judiciales (numeral 4), los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (numeral 5) y otros que señalan la Constitución y la ley.

En el art. 425 C.P. se nota, entonces, claramente que el concepto penal de "funcionario público" no coincide con el concepto administrativo ni con el civil. El mismo legislador dice que "*se consideran*" funcionarios públicos a estas personas y no que lo sean para cualquier efecto. Y hace bien, pues el C.P., por su propia materia, no puede dar efectos administrativos ni laborales a su definición de "funcionario público". Sería absurdo, p. ej., que un funcionario de confianza, alegando la definición penal de "funcionario público" pretenda amparo legal en el campo administrativo o laboral. Pero también sería absurdo que el intérprete, valiéndose de las definiciones laborales o administrativas, quiera restringir los alcances de la definición penal. Por tanto, ni la ley administrativa, ni tampoco la Constitución política cuando se refieren a la "función pública" (art. 40 y ss.) pueden entrar en conflicto con las disposiciones penales.

Pero esto no siempre ha sido entendido así en nuestra jurisprudencia nacional. Cierta jurisprudencia de la Corte Suprema⁴⁵ (referida al carácter de "funcionario público" de los trabajadores del Banco de la Nación) ha llevado a confusiones al afirmar de manera global que el artículo 40 de la Constitución política habría abrogado el numeral 3 del art. 425 del C.P., referido en aquel en-

45. E. S. del 27-04-95 recaída en la consulta 286-94 procedente de Lima. Jurisprudencia similar es citada y comentada crítica y acertadamente por Fidel Rojas, 3.ª ed., p. 51 y ss.; URQUIZO OLAECHEA, p. 258 y s.

tonces a funcionarios de "empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado" (las modificaciones posteriores de este numeral 3 no afectan a esta argumentación). En otro caso, curiosamente también para absolver, la Corte Suprema indicó que los funcionarios de la "Caja Municipal de Crédito Popular de Lima" no reunían la condición exigida por los tipos especiales de "colusión" (fraude a la Administración Pública) ni corrupción de funcionarios, por ser una empresa pública de régimen privado que, pese a ser creada por ley, "no goza de los atributos propios de la Administración Pública, toda vez que no ejerce funciones de gobierno —central, regional o local— ni legislativas, ejecutivas, jurisdiccionales, electorales, de control fiscal, ni de servicios básicos"⁴⁶. En ambos casos, la fundamentación era totalmente incorrecta, pues la Corte Suprema partió de considerar que la Constitución sería quien definiría el concepto de "funcionario público" para efectos penales, cuando ello no es así: la Constitución sólo define al "funcionario público" para efectos de la carrera administrativa. De ser cierto lo que afirma la Corte Suprema, el artículo 425 se quedaría casi sin contenido. Es más, la modificación posterior (por Ley 26713 de 27-12-96) del numeral 3 del art. 425 del C.P. sigue manteniendo la posibilidad de considerar "funcionario público" a un empleado de una empresa estatal o mixta, pero siempre que la persona ejerza "función pública". Aho-

46. E. S. de 10-09-1997, exp. 5823-96, Lima; citada por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 235; 2.ª ed. p. 267. En otro caso más escandaloso aún se invocó al artículo 40 de la Constitución para negar la calidad de "funcionario público" del sujeto activo y la inaplicación del tipo de "colusión defraudatoria" (fraude a la Administración Pública), pero además se argumentó la "derogación" del artículo 246, numeral 5 del C.P. de 1924 ("El que cometiere fraude en perjuicio de alguna Administración Pública") en el C.P. vigente para no aplicar tampoco un tipo común de "estafa". Ver ejecutoria de 12-08-1994, Exp. N.º 1688-94. Lima, cit. por Fidel 1.ª ed., p. 237; 2.ª ed., p. 269.

ra este supuesto es más restrictivo de *lege lata*, pues no es "funcionario público" cualquier empleado de una empresa pública, sino solamente aquél que ejerce funciones públicas en ella. Por eso es perfectamente correcta otra jurisprudencia suprema que señala: "El artículo 40 de la Constitución Política del Estado rige para los efectos de beneficios sociales mas no para la determinación de funcionarios públicos que incurrir en responsabilidad penal, lo que sí establece el artículo 425 del Código Penal" (E. S. de 27-11-1997, Exp. N.º 4874-96 (Sala C), Lima)⁴⁷.

En concreto el art. 425 del C.P. menciona los siguientes casos de "funcionarios públicos" para efectos penales:

El *primer numeral* se refiere al funcionario público en el sentido administrativo: los que están comprendidos en la carrera administrativa. Con esto se refiere al primer elemento de la definición doctrinal: el "título" de funcionario.

47. Citada por Fidel Rojas, 1.ª ed., p. 234; 2.ª ed., p. 266. El mismo autor incluye y comenta más jurisprudencia suprema, en el sentido aquí defendido, en especial la del 14/04/98, Sala C, Lima, exp. 5522-98 y la del 12/06/98, de la Primera Sala Penal Transitoria, Exp. 154-97, Lima; ver *Jurisprudencia penal comentada*, T. 1, p. 499 y ss.; también incluye más comentarios en el mismo sentido en la 3.ª ed., p. 53 y ss. Siguiendo esta tesis también interpretan esta jurisprudencia en el mismo sentido, CARO CORIA en: SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 180 y ss.; y URQUIZO OLAECHEA, p. 258 y ss. En cambio, GÁLVEZ VILLEGAS critica esta jurisprudencia, así como mi posición, pues entiende que la norma constitucional sí obligaría a restringir los alcances del artículo 425 C.P. peruano, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 60 y ss., 67 y ss. Pero tal como critica acertadamente URQUIZO OLAECHEA, la posición de GÁLVEZ VILLEGAS descuida la misión de protección de bienes jurídicos del Derecho penal y no es coherente con su propia postura de bien jurídico tutelado, p. 265 y ss. Pero además, bajo el recurso de la "unidad del ordenamiento jurídico" (que nadie niega, así como tampoco se niega que están vedados los atentados contra la ley constitucional por parte del texto o de las interpretaciones dadas a éste) se pretende así impedir el desarrollo de conceptos propios en el Derecho penal.

En el *numeral 2* se mencionan los casos de los que "desempeñan cargos políticos" y los "funcionarios de confianza". Hace la aclaración que se comprende a los que provengan de "elección popular". Obviamente esta aclaración final se refiere al primer grupo de funcionarios y no al segundo, pues los "funcionarios de confianza" solamente son "designados" por otros funcionarios y nunca "elegidos popularmente". En el caso de los "funcionarios políticos" elegidos popularmente se presentan dos cuestiones básicas. La primera en cuanto al "momento" en que puede considerarse cuándo ésta se ha producido. Como ya se vio, este momento debe ser dado con la "proclamación oficial"; si la ley quisiera captar también a sujetos que "potencialmente" van a llegar a ser elegidos funcionarios públicos (los candidatos que van ganando las encuestas previas o los que, después de las elecciones, van ganando en el recuento extraoficial o incluso oficial no definitivo), debería ampliar expresamente el círculo de autores para comprenderlos, de manera general dentro de los tipos penales contra la Administración Pública, o de manera particular en relación con algún tipo penal específico (p. ej., el cohecho como venta de la futura función pública que vaya a ejercer).

La segunda cuestión se refiere a otros casos de elección "no popular"; es decir, aquella que se produce al interior de la administración por elección hecha entre los propios funcionarios. Aquí deberá considerarse más bien una "designación" por otros funcionarios y no una "elección popular".

El *numeral 3* prevé el polémico caso de las personas que, sin tener título de funcionario, son consideradas como tales porque ejercen funciones públicas. Esto permite ya una asimilación extensiva del concepto de "funcionario público" a todo aquél que trabaje para la Administración Pública y ejerza funciones en ella, independientemente del régimen laboral en el que se encuentre. Es decir, el propio concepto de "funcionario público" que maneja nuestro código incluye a buena parte de estos sujetos que ejercen funcio-

nes públicas. Además, la cláusula final del artículo 425 (numeral 6) podría permitir esta "asimilación" extensiva, pero solamente para casos que provengan de una norma con rango de ley (incluso el mismo Código Penal) o de la Constitución misma. Por cierto que la ley no tiene que hacer expresamente tal equiparación, pero sí debe sentar las bases para que una norma reglamentaria de ésta lo haga. La inclusión de estos "supuestos intermedios" es, por lo demás, necesaria por razones de interés público cuando su intervención en actividades de la Administración Pública pueda resultar lesiva⁴⁸.

En el *numeral 4* se menciona a administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. Esta disposición solamente puede referirse a auténticos "funcionarios públicos" en el sentido penal de la palabra, es decir, a sujetos incorporados dentro de la organización estatal que, por razón de sus funciones actúan como depositarios o que, aunque pese a no ser esta su actividad funcional, han sido designados para ello⁴⁹. Dado que más adelante la propia ley penal hace extensiones de la autoría de los tipos penales contra la Administración Pública, debe interpretarse que los casos concretos de "colaboración" con la administración (o sea de quienes no son funcionarios públicos ni siquiera en sentido penal) tienen que estar expresamente mencionados en los tipos penales

48. VALEJE, *Reflexiones...*, p. 495.

49. Distinto es el caso español, donde la inexistencia de una cláusula específica sobre los distintos tipos de "funcionario público" en sentido penal, permite una interpretación extensiva de la norma general también para los sujetos "intermedios"; al respecto, VALEJE, *Reflexiones...*, p. 495 y s. La autora exige una disposición en la parte general —semejante a la italiana— que prevea una "cláusula extensiva" para estos sujetos "intermedios" (encargados de servicio público o de una función pública), pero especificando los delitos para los cuales esta extensión sería válida (cohecho, abandono de servicio, uso de información privilegiada, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas); ver p. 495 y s., 498 *in fine*.

específicos (como en el caso del "fraude a la Administración Pública", "patrocinio ilegal" y el "cohecho") y no pueden derivarse del numeral 4. En efecto, no debe olvidarse que a veces la parte especial prevé "cláusulas de extensión de la autoría" (p. ej., el art. 386 para peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores y albaceas en caso de "fraude a la Administración Pública" y "patrocinio ilegal") o tipos específicos con un círculo de autores o sujeto pasivo distintos de un "funcionario público" en sentido estricto (los peritos y miembros de órganos colegiados similares a los tribunales administrativos en los tipos de cohecho del 395, 396, 398, 398-A). Aquí no se trata de "funcionarios públicos" ni en sentido administrativo ni en sentido penal, sino de meros "colaboradores" de la Administración Pública que no están mencionados en el artículo 425.

En el *numeral 5* se menciona a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Se trata de sujetos que, ya por las propias leyes que regulan el funcionamiento de su institución, son funcionarios públicos. No hacía falta esta previsión expresa en el artículo 425.

Y el *numeral 6* prevé una cláusula abierta que permite a la Constitución y a las leyes señalar otros casos de imputación del título de "funcionario público" para efectos penales.

Tras la exposición doctrinaria sobre el concepto penal de "funcionario público" y esta breve interpretación del artículo 425, debe haber quedado claro que el concepto penal de funcionario público adquirirá caracteres propios *según la propia legislación penal* de que se trate. Así, mientras en la legislación penal española, por ejemplo se distingue entre "autoridad" y "funcionario público"⁵⁰, la nuestra no hace distinciones de este tipo. Además, el

50. Al respecto ver el análisis de REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos*, p. 100.

artículo 425 del C.P. peruano es mucho más explícito que el artículo 24, 'segundo párrafo, del C.P. español, el cual por lo demás, de manera general, se refiere a las fuentes de la función pública (disposición de la ley, nombramiento por autoridad competente y elección) y, por lo tanto, según la doctrina, no proporciona, en realidad, ningún concepto penal de "funcionario público", sino una "norma interpretativa contextual"⁵¹. Pero la norma peruana tampoco es tan taxativa, pues tiene al final una cláusula abierta que admite entrar a otros sujetos dentro del concepto.

Adicionalmente podría discutirse sobre la distinción entre "funcionario público" y *servidor público*. Pero ella no es relevante para la interpretación, por lo menos en el caso peruano. Si bien en distintos tipos penales se refiere a veces al "funcionario público" y a veces a un "funcionario o servidor público", más adelante, la definición legal del artículo 425 C.P. los considera sinónimos y solamente especifica a continuación quiénes "son considerados" funcionarios públicos para efectos penales. Esta distinción parece ser similar a la que otras legislaciones hacen entre "funcionarios públicos" y "empleados públicos". Así, en Argentina se distinguen ambos términos en que el "funcionario público" "actúa por delegación del Estado en las relaciones externas de la Administración con los administrados, expresando ante éstos la voluntad de aquél", mientras que es "empleado público" quien "prestando servicios en la administración, no actúa con dicha delegación y lo hace exclusivamente en las relaciones internas de la misma administración"⁵².

Lo que sí puede resultar relevante en la interpretación de los tipos penales peruanos es la distinción entre "funcionario público" y *autoridad pública*, aunque el C.P. no diga nada al respecto. En

51. VALEJE, *Reflexiones...*, p. 444, 445.

52. CREUS, p. 5.

efecto, en algún caso, debido a la estructura propia del tipo penal respectivo podría llegarse a la conclusión de que el sujeto activo no puede ser cualquier funcionario público, sino solamente uno con cualidades de "autoridad"; es decir, un funcionario público con "mando y jurisdicción". Eso puede argumentarse, p. ej., en la resistencia a la autoridad (art. 366) o el abuso de autoridad (art. 376) bajo la modalidad de "ordenar" (no todo funcionario puede "ordenar"). Solamente estas personas serían capaces de cometer el delito. En otros casos, aunque están referidos a cualquier funcionario público, el mayor injusto deberá recaer en "autoridades", y por lo tanto, pese a que el C.P. no haya establecido un diferente marco penal entre los distintos funcionarios públicos y las autoridades públicas, esto debería tenerse en cuenta para la medición de la pena. P. ej., en los delitos de "concusión" y "exacciones ilegales" (arts. 382 y ss.). El nuevo C.P. español de 1995 sí distingue entre "autoridad" y "funcionario público", si bien para la doctrina española esta distinción no deja de ser superflua, por considerar que, en última instancia, toda "autoridad" es "funcionario público"⁵³.

Debido a la concepción de bien jurídico que utiliza la doctrina actual, el "funcionario público" deberá actuar, además, *en el marco de sus propias atribuciones*, sea infringiéndolas o cumpliéndolas a cambio de un beneficio otorgado por el particular; si el funcionario invade atribuciones ajenas, no habrá cohecho, sino "usurpación de funciones"⁵⁴. Es decir, en los tipos penales que se-

53. REBOLLO VARGAS dice: "(...) no es imaginable una autoridad cuya participación en la función pública no haya sido dispuesta por ley, elección o nombramiento", pero "a *sensu contrario*, es errónea la conclusión de que todo funcionario público es autoridad o agente", p. 100; también MUÑOZ CONDE, p. e., p. 831 y s. Sobre la diferencia entre los conceptos ver también CARLOS MIR, p. 27 y s.

54. Así también la doctrina argentina, cuya legislación inspiró ampliamente a la nacional en toda esta sección referida a delitos contra la Administración Pública. Al respecto, CREUS, p. 287.

ñalan como autor a un "funcionario público" no basta con el mero hecho de tener dicha cualidad y haber realizado la conducta típica. Esta conducta típica deberá, además, significar siempre una violación del "deber especial" que tiene el funcionario público en relación con el objeto específico; no bastará que los hechos hayan sido realizados "con ocasión" del ejercicio de las funciones⁵⁵. Para esto tiene que definirse primero también, en el caso concreto, si el funcionario ejercía una "función pública" en el sentido ya analizado anteriormente. Algunos tipos penales, sin embargo, parecen no exigir esta precisión, pues, siguiendo la concepción tradicional ya superada del bien jurídico tutelado en estos delitos, consideran suficiente para la punibilidad el "abuso de la investidura" (p. ej., el "patrocinio ilegal").

Una última precisión, aunque evidente, es necesaria: el concepto penal de "funcionario público" solamente se refiere a sujetos que ejercen una *función pública nacional*. No se extiende a los funcionarios extranjeros o de organismos internacionales. Por cierto que estos sujetos son punibles, aplicando los principios de la "ley penal en el espacio", por los delitos comunes en los que su conducta pudiera subsumirse. P. ej., un peruano o extranjero que, abusando de sus atribuciones, se apropia de caudales de una organización internacional con sede en Lima para la cual trabaja. En este caso solamente podría apreciarse un delito de "apropiación ilícita" o "hurto". Para que estas personas sean punibles en nuestro país como autores de delitos contra la Administración Pública, debe introducirse una disposición penal específica que tipifique sus conductas. La tendencia en el extranjero es precisamente la de considerar también como sujetos activos a los "funcionarios extranjeros" con base en el cumplimiento de convenios internacionales o regionales. Así, p. ej., en la Unión Europea se ha hecho necesario considerar "fun-

55. FEIJÓO SÁNCHEZ, p. 708.

cionarios públicos" a los de otros países miembros e incluso a los de otros países; para ello se han introducido las modificaciones pertinentes en las leyes penales de dichos países⁵⁶. Nuestro país tampoco ha permanecido ajeno a esta corriente del Derecho internacional público y ha suscrito algunos convenios sobre lucha contra la corrupción que contemplan esta amplia definición de funcionario público, pero no ha cumplido hasta ahora con modificar la legislación interna (al respecto ver *infra* 3.4.3).

1.3. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el caso de los delitos contra la Administración Pública estén contruidos como "delitos comunes", es decir, en los cuales cualquier persona puede ser "autora" del delito, se deberá recurrir a las reglas establecidas por los artículos 23 a 25 C.P.

Como es propio de la "teoría diferenciadora", adoptada en nuestro C.P., hay que distinguir entre "autor" y "partícipe" (instigador y cómplice). Y éstos, a su vez, se pueden distinguir con ayuda de la *teoría del dominio del hecho*: *autor* será aquél que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho (dominio de la acción, dominio de la voluntad o dominio funcional del hecho); *partícipe*, aquél que colabore con éste en la ejecución de tales hechos, sin poseer tal dominio del hecho. El "dominio del hecho", según la teoría dominante⁵⁷, se manifiesta, a su vez, de tres maneras: a)

56. Al respecto ver ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 124, n. marg. 16.^a.

57. Véase c. más ref., entre la gran cantidad de autores que han tratado el tema, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 451 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, p. 651 y ss.; ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, p. 358 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, p. 196 y s; HURTADO POZO; p. 518 y ss. Otros autores parten del "dominio del

como "dominio de la acción" propia del individuo (autoría directa); b) como "dominio de la voluntad" de un tercero utilizado como "instrumento" o "intermediario humano" (autoría mediata) y c) como "dominio funcional" del hecho, el cual es ejecutado conjuntamente con otros (coautoría). Son conocidas las discusiones en la dogmática penal para diferenciar cada una de estas formas de autoría, así como, en concreto, para diferenciar los casos de autoría de los de participación (especialmente, "complicidad primaria" y "coautoría", y entre "complicidad primaria" y "complicidad secundaria"). Sobre el particular solamente queda remitir a la doctrina más autorizada⁵⁸.

hecho" o llegan a los mismos resultados a través de una argumentación distinta; p. ej. JAKOBS, quien habla de autoría en el sentido de "plena competencia por el hecho" según distintos ámbitos de dominio, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 612 y ss., n. marg. 35 y ss.; también MIR PUIG, Santiago a través del criterio (no ontológico como el "dominio del hecho") de la "relación de pertenencia" del hecho al autor como suyo, p. 364 y ss., 366 y s. JAKOBS normativiza la "autoría" refiriéndose a una "plena competencia por el hecho" según "distintos ámbitos de dominio"; ver *Strafrecht*, p. 612 y ss.; también ampliamente en *El ocaso del dominio del hecho*, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, p. 165 y ss. De manera crítica a la teoría del "dominio del hecho", ampliamente, ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, especialmente p. 545 y ss.

58. C. más ref. ver la exposición resumida de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, p. 47 y ss., 67 y ss.; también de manera especialmente ilustrativa sobre la complicidad, ROXIN, en *Dogmática penal y política criminal*, p. 403 y ss. Para el Perú, VILLAVICENCIO TERREROS, p. 197 y ss.; HURTADO POZO, 520 y ss., 542 y ss. En el último problema, considero acertada la tesis que, por razones de legalidad, exige para la "complicidad primaria" una contribución decisiva, pero antes de la ejecución de los hechos; en cambio, en la "complicidad secundaria", la contribución siempre será menor, pero podrá efectuarse antes de o durante la ejecución del delito; al respecto ver BARJA DE QUIROGA, *idem*.

1.3.1. Tipos de delitos especiales en los delitos contra la Administración Pública

Ahora bien, como buena parte de los delitos contra la Administración Pública constituyen "delitos especiales", donde el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen la cualidad exigida en el tipo penal (los *intranei*)⁵⁹, cualidad que mayormente consiste en el carácter de "funcionario público" (y eventualmente también alguna determinada función pública), los demás sujetos (particulares o eventualmente otros funcionarios públicos, cuando el tipo penal exige, además, una relación específica del funcionario con la función pública concreta), al no poseer dicha cualidad no podrán ser nunca considerados como autores, así hayan tenido dominio del hecho (los *extranei*).

Además, debe tenerse en cuenta que estos delitos especiales pueden ser "propios" o "impropios". En los primeros, la cualidad del autor fundamenta el injusto penal; por lo tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda ser aplicable al sujeto si éste no reuniera la cualidad exigida en el tipo penal especial. P. ej., son delitos especiales propios, el "abuso de autoridad" (art. 376), la "malversación de fondos" (art. 389), el "cohecho pasivo" (art. 393), el "enriquecimiento ilícito" (art. 401), el "prevaricato" (art. 418).

59. La distinción de los tipos penales según el autor en "delitos comunes" y "delitos especiales" (propios e impropios) está admitida por todos los autores conocidos. Entre otros, véase, p. ej. en Alemania, ampliamente, ROXIN, *Derecho penal, parte general*, T. I, Madrid, 1997, p. 327 y ss., 337 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht*, p. 260 y ss., 266 y s. En España, ampliamente, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. g., p. 273 y ss., 276; minuciosamente, MIR PUIG, Santiago, p. g., p. 199 y ss., 206 y s. En Colombia, consúltese VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, p. g., p. 355 y ss., 359. Y en el Perú también establecen esta distinción HURTADO POZO, p. 363; VILLAVICENCIO TERREROS, p. 139; FIDEL ROJAS, 3.ª ed., p. 66 y ss. De manera específica para los delitos contra la Administración Pública, CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2256 y s., n. marg. 6 y s.; 26.ª ed., p. 2569; n. marg. 6 y s.; en relación con la "prevaricación de funcionarios", CARLOS MIR, p. 72 y ss.

En cambio, en los delitos especiales "impropios", la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava el injusto ya existente en un "delito común", de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común; p. ej., la "concusión" (art. 382), según la modalidad, en relación con los delitos de "coacciones" (art. 151) o la "estafa" (art. 196); el "peculado" (art. 387), en relación con el "hurto" (art. 185) o la "apropiación ilícita" (art. 190).

Entonces, aquí se discute cómo deben aplicarse las reglas de la "autoría y la participación" en los delitos especiales, cuando participan en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal (los *intranei*) como otros que no la poseen (los *extranei*). Es esta "participación del *extraneus*" en los delitos especiales la que genera una serie de controversias (todavía vigentes) sobre el título de imputación que éste debe tener, lo cual se reflejará también, en algunos casos, en el título de imputación del *intraneus*. La discusión y sus consecuencias se puede resumir en la siguiente exposición breve de las dos teorías rivales que parten todavía, en este terreno, del "dominio del hecho":

a) La teoría de la *ruptura del título de imputación*. Según ella, los tipos penales de delitos especiales solamente se refieren a los *intranei*; por lo tanto, los *extranei* solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren ("cada uno responde por su propio injusto"). Los partidarios de esta teoría se apoyan para esta afirmación en un supuesto apoyo legal contenido en la regla de la "comunicabilidad de circunstancias personales" (art. 26 C.P. peruano, art. 65 C.P. español), la cual exigiría que la "cualidad" de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) de los partícipes *extranei*⁶⁰.

60. Ver c. más ref., BOLDOVA PASAMAR, p. 131 y ss., 219 y ss.; citando jurisprud. española sobre esta y la otra teoría, CARLOS MIRA, p. 311.

P. ej., cuando un funcionario público, con dominio del hecho, se apropia de caudales que debe administrar, con ayuda de un particular, el primero será autor de "peculado" (art. 387), mientras que el segundo, autor o cómplice (según su dominio del hecho) de un "hurto" (art. 185). Al revés, cuando el "dominio de hecho" lo tenía el *extraneus* y el funcionario *intraneus* únicamente colaboró con aquél sin dominio del hecho en el apoderamiento de los caudales, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor de "hurto" y el segundo como partícipe de "peculado". En el caso de los "delitos especiales propios", teóricamente siempre habría impunidad del *extraneus*, pues no existe un delito común subyacente aplicable a éste. P. ej., en el caso del particular que colabora dolosamente con el funcionario público que da una orden abusiva e idónea para perjudicar intereses de terceros (art. 376, segunda alternativa); o incluso, en el "cohecho pasivo propio" (art. 393), el sujeto que colabora (con o sin dominio del hecho) con el funcionario que acepta dádivas de un tercero para favorecerlo, no podría ser considerado ni cómplice de cohecho pasivo (faltaría un delito principal) ni, por lo general, autor de cohecho activo (cuando el sujeto no tenga dominio del hecho) o de tráfico de influencias (cuando su intermediación no reúna todos los elementos exigidos por este tipo penal). Ciertamente, en muchos casos la impunidad del *extraneus* se verá atenuada por el hecho de que el C.P. prevé otros tipos penales autónomos o de distinta naturaleza que podrían abarcar la conducta de los *extranei*. P. ej., en el caso del "cohecho pasivo propio" (art. 393) uno podría considerar al colaborador del funcionario como partícipe del "cohecho activo" (art. 398); en el "enriquecimiento ilícito" (art. 401), el "testaferro" podría ser considerado autor del delito de encubrimiento real (art. 405), etc.

Pero, además, el defecto esencial de esta teoría está en que atenta contra la "accesoriedad" de la participación, pues, en los casos en que quien tuvo dominio del hecho fue el *intraneus*, la

punibilidad del partícipe *extraneus* no va a depender del "hecho principal" punible (el delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el "delito común"). Y también, al revés, cuando el dominio del hecho lo tiene el *extraneus*, el *intraneus* resultaría punible como partícipe de un "delito especial" que no se ha cometido en realidad, pues al *extraneus* se le imputa el delito común. Por último, en los casos de "delitos especiales propios", donde no existen delitos comunes aplicables, habría siempre impunidad del *extraneus* (y, en muchos casos, también del *intraneus*).

b) La teoría de la *unidad del título de imputación*. Para esta tesis, el *extraneus* sí puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado como "autor" del delito especial impropio, nada impide que lo pueda ser como "cómplice" o "instigador" de ese mismo delito. También al *extraneus* se dirige la norma subyacente al tipo penal, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no solamente es en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos⁶¹. Refutan la tesis de que la regla de la "comunicabilidad" de circunstancias personales" exigiría la "ruptura del título de imputación" cuando el delito haya sido cometido por *intranei* y *extranei*, argumentando que esta regla se refiere a circunstancias distintas de las que fundamentan la "tipicidad" de las conductas, y que precisamente quiere decir lo contrario de lo que aquella teoría argumenta: consagra la "accesoriedad" de la participación respecto de la auto-

61. Defienden esta teoría entre otros, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales*, p. 40 y ss., esp. 42, 45; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 457, 466 y ss.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 833; GIMBERNAT ORDEIG, p. 292 y ss., 300; c. más ref. Jacobo LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, p. 169 y ss., 191 y ss.; PEÑA OSSA, p. 39 y ss.; RUEDA MARTÍN, c. más ref., p. 419 y ss., 449 y ss. En el Perú parece aceptar esta tesis Fidel ROJAS, quien afirma que nuestro C.P. habría adoptado la tesis del "dominio del hecho" y que la "ruptura de la imputación" "dejaría en la impunidad muchos actos de participación", ver 1.ª ed., p. 56; 3.ª ed., p. 76.

ría. Luego, el partícipe siempre lo será en relación con un hecho punible cometido por el autor y no con otro distinto que en realidad no se ha cometido.

Luego, en los delitos especiales, propios e impropios, solamente el *intraneus* (el funcionario público, en nuestro caso) puede ser autor del delito, pero los *extranei* (particulares u otros funcionarios) podrán ser partícipes del mismo delito (incluso cuando tengan el "dominio del hecho")⁶². La imputación (única) de la autoría (sobre cuya base se construirá la participación) dependerá de quién haya ejecutado los hechos con "dominio del hecho". Si lo hizo el *intraneus* y el *extraneus* solamente colaboró; este último será "partícipe" del primero en el delito especial. Si el dominio del hecho lo tuvo el *extraneus* y el *intraneus* no; el delito cometido será el "común", y el *intraneus* será partícipe de este delito común. P. ej., en el caso del "peculado", aplicando esta regla, en el primer caso el funcionario sería autor de peculado y el particular cómplice de peculado; en el segundo caso, el funcionario solamente sería cómplice de un delito de hurto cometido por el particular.

Aunque la teoría de la "unidad del título de imputación" es actualmente ampliamente aceptada en la doctrina, no deja tampoco de tener vacíos. Es especialmente insatisfactoria cuando se trata de fundamentar la autoría del *intraneus* que se vale de un *extraneus doloso* (y, por lo tanto, sin las características del "intermediario" de la autoría mediata común) para realizar el delito. Este caso se conoce en la doctrina como el de un "instrumento

62. QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales*, p. 50. Este autor emplea, por lo demás, una terminología particular para explicar mejor su posición (que entonces todavía no era dominante); diferencia entre autor y coautor "principal" (que solamente podrían ser los que reúnen las cualidades especiales exigidas por el tipo) y autor o coautor "material" (que puede ser cualquiera que tiene dominio del hecho en la realización del tipo); ver p. 73 y ss., 79 y ss.

doloso no cualificado". Esto llevaría, injustamente, a la sanción penal del *intraneus* solamente como partícipe del delito común en los delitos especiales impropios. Y en los delitos especiales propios tanto el *intraneus* como el *extraneus* resultarían impunes: la conducta del *extraneus* sería atípica y, por la "accesoriiedad limitada", la participación del *intraneus* también sería impune. Por eso, en Alemania se barajan otras soluciones: Una de ellas es la que admite excepcionalmente la "autoría mediata" del *intraneus* que no ejecutó por sí mismo los hechos y se valió del "instrumento doloso no cualificado" (el *extraneus*), pues aquí existiría, debido al deber especial del primero (sin el cual no sería posible el delito) un "dominio normativo-psicológico del hecho"⁶³.

Además, el problema práctico de aplicar la teoría de la "unidad del título de imputación" está en que, en algunos casos llevaría a intolerables consecuencias dada la existencia, en la legislación nacional de tipos penales especiales, en los cuales la "cualidad" tiene que ver con un "vínculo de parentesco" entre el sujeto activo y la víctima y que prevén además penas o muy severas o muy benignas: el "parricidio" (art. 107) y el "infanticidio" (art. 110). Precisamente ésta fue la causa de la discusión española bajo el anterior Código penal y que llevó a parte de la doctrina y a la jurisprudencia a inclinarse por la teoría de la "ruptura del título de imputación", la cual llevaría, en estos casos específicos, a condenas más justas para los *extranei*, aunque rompiendo con reglas y principios básicos⁶⁴.

63. JESCHECK/WEIGEND, 670. Ver también en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, p. 171 y s.

64. Ver la exposición de la situación en España en dicha época, ampliamente, GIMBERNAT ORDEIG, quien proponía mantener la "unidad del título de imputación", pero aplicar una atenuación analógica para los partícipes *extranei*; p. 265 y ss. Ver también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 466 y s.; BOLDOVA PASAMAR, p. 222 y ss.

Claro que una justa solución a estos problemas pasa necesariamente por una reforma penal que, como en España, elimine las figuras independientes de "parricidio" e "infanticidio" e introduzca de manera expresa, en la parte general, las agravantes y atenuantes que las características de estos autores presuponen (en el sentido de que la pena se eleve por encima o se atenúe por debajo del marco penal). Mientras tanto, sin tener que abandonar en general la teoría de la "unidad del título de imputación", podría fundamentarse una "ruptura formal" del título de imputación en los dos casos mencionados (parricidio e infanticidio) solamente a través del entendimiento de que en ellos la "cualidad" prevista en el tipo penal, en realidad, estaría relacionada con el injusto (no existe una relación directa de ella con el bien jurídico), sino con la culpabilidad del agente; por lo tanto, tal cualidad tiene que ser siempre "incomunicable" en el sentido del artículo 26 C.P. Entonces, los tipos penales de "parricidio" y de "infanticidio" solamente supondrían tipos de "homicidio" con culpabilidad agravada y atenuada respectivamente, en función de cualidades colocadas en tipos penales formalmente independientes, pero que solamente prevén un marco penal específico para la mayor o menor culpabilidad de los *intranei* (el pariente de la víctima); para los *extranei* deberían ser de aplicación los tipos comunes subyacentes⁶⁵.

Una concepción totalmente diferente para dar solución a los problemas de autoría y participación en los delitos especiales es la

65. Así también se interpretaba en la doctrina alemana para casos de "infanticidio" (el ya derogado art. 217 StGB), según la regla expresamente prevista en el artículo 29 StGB: "Cada participante será penado según su propia culpabilidad, sin considerar la culpabilidad del otro"; ver JESCHECK/WEIGEND, p. 659. También en España se ha sugerido, sin renunciar a la "unidad del título de imputación", la "aplicación analógica" de la regla de la "comunicabilidad de circunstancias" (art. 60, antiguo C.P.) para los casos de "parricidio" e "infanticidio"; al respecto ver, citando también otras soluciones, PEÑARANDA, p. 354 y ss.

propugnada por Claus ROXIN: la *teoría de la lesión del deber*. Este autor distingue entre "delitos de dominio" y "delitos de deber". En los primeros, el legislador presupone el "dominio" de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro, o conjuntamente con otros; en cambio, en los segundos, el reproche penal va dirigido a la infracción de un deber específico del sujeto activo, sea como lo realice. Luego, solamente para los primeros sería necesario partir del criterio de "dominio del hecho" para distinguir entre autor y cómplice; en cambio, en los segundos lo que interesa para la autoría es la "infracción del deber", independientemente de si ontológicamente pueda hablarse de un dominio del hecho o no⁶⁶

Entonces, en todos los ejemplos propuestos anteriormente, el funcionario público sería autor del delito, pues ha infringido dolosamente su deber; los que colaboraran con él y que no sean también funcionarios públicos portadores de una específica relación de deber con la función infringida, serán partícipes del mismo delito. Y ello, sin importar quién haya tenido el dominio del hecho. P. ej., el funcionario público que desde el extranjero da instrucciones a un particular para que éste, al día siguiente, pase por la oficina del primero y se apodere de fondos que a éste le correspondía admi-

66. Ver ROXIN, *Dogmática penal*, p. 363 y ss.; también en LÓPEZ BARJA, p. 172 y s. Críticamente contra esta teoría, c. más ref., MIR PUIG, Santiago, p. 367 y ss. En el Perú ha asumido recientemente la tesis de la "infracción del deber" GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 173 y ss.; *idem*, *Autoría y participación*, p. 462 y ss.; CARO CORIA; ver en SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 228 y ss. Este último me atribuye equivocadamente el haber admitido la tesis de la "infracción del deber" para luego, inconsecuentemente, desecharla y emplear la tesis de la "unidad del título de imputación". Por lo visto ha confundido la exposición de la teoría de ROXIN y sus bondades y críticas (1.ª edición de mi libro, p. 48 a 50) con su aceptación final, pues en el resumen que hago a continuación (p. 50 de la 1.ª ed.) establezco tajantemente mi posición a favor de la teoría de la "unidad del título de imputación" sobre la base del dominio del hecho.

nistrar, seguirá siendo autor del delito de "peculado" (y el *extraneus* su cómplice), pese a que no tenía dominio del hecho. Y lo mismo ocurriría con un delito especial "propio" como la "malversación" (art. 389), aunque la "aplicación pública diferente" de los bienes públicos la haga un tercero *extraneus* (un particular u otro funcionario sin el deber específico sobre los bienes), con pleno dominio del hecho, pero con tolerancia dolosa del funcionario público; será éste el autor del delito especial y aquél el partícipe de este mismo delito. P. ej., cuando el ingeniero de la obra *de motu proprio*, pero con conocimiento del funcionario encargado, emplea la maquinaria destinada a una obra pública, para realizar otra obra pública durante el tiempo que aquella había sido alquilada por la administración (con lo cual se afecta la realización de la primera obra pública).

Esta teoría ha sido criticada, sin desmerecer su acierto de destacar la "infracción del deber" existente en los delitos especiales (que nadie niega ahora, pero que muchos consideran insuficiente para fundamentar la autoría), en cuanto a que iría demasiado lejos y atentaría contra el "principio de legalidad" al extender mucho la "autoría" en los delitos especiales. En efecto, para esta teoría el *intraneus* siempre sería autor cuando ha infringido dolosamente su deber (incluso cuando su aporte no implicaba dominio del hecho); y esto ocurriría en contra incluso del "verbo rector" del tipo penal especial que exige determinada acción del sujeto activo (además de la cualidad) para considerarlo autor⁶⁷. Efectivamente, el

67. GIMBERNAT ORDEIG, p. 297 y s.; rechazando la teoría de ROXIN de manera general, pero admitiéndola cuando los tipos penales estén contruidos como "infracción de deberes", MUÑOZ CONDE, p. e., p. 833; también ver en MIR PUIG, Santiago, p. 367, n. marg. 30, p. 370, n. marg. 37; más ref. en Carlos MIR, p. 310. Recientemente RUEDA MARTÍN también ha rechazado la teoría de la "infracción del deber" y se inclina claramente por la teoría de la "unidad del título de imputación", basada en el dominio (social) del hecho, en los delitos contra la Administración Pública, ver ampliamente y c. más argumentos y referencias bibliográficas, pp. 419 y ss., 425 y ss.

tipo penal de "peculado doloso" (art. 387, primer párrafo) exige un acto de "apropiación" o "utilización" de caudales o efectos de la Administración Pública por parte del funcionario que tenía el deber especial de percibirlos, custodiarlos o administrarlos; no puede bastar cualquier actitud dolosa del funcionario; p. ej., solamente podría haber colaboración en un "hurto" y no en un "peculado" en aquél que entrega la llave a un *extraneus* para que éste entre a la oficina de aquél y se apodere de los bienes, los venda y luego le entregue una determinada cantidad al funcionario. En especial referencia a los delitos contra la Administración Pública se ha criticado que declarar allí punible la "infracción del deber" del funcionario público, implicaría confundir dos deberes distintos: el penal subyacente a la norma (de omitir o hacer algo para evitar el atentado contra bienes jurídicos) y el extrapenal (en este caso los deberes basados en normas administrativas), aparte de que solamente daría relevancia al "desvalor de la acción" para la configuración del injusto de *todos* los delitos llamados de "infracción del deber" (con todas las consecuencias que ello trae; p. ej., confusión entre consumación y tentativa)⁶⁸.

Algún sector de la doctrina española parece coincidir con ROXIN en los resultados, aunque no comparta la misma terminología. Es el caso de Santiago MIR PUIG, quien, aunándose a un sector de la doctrina alemana, se mantiene dentro de la tesis del "dominio del hecho" y la "unidad del título de imputación", pero admite una "autoría mediata" del *intraneus* que habría empleado un "instrumento doloso no cualificado" (el extraño), sin importar para ello el "dominio efectivo" del instrumento (la doctrina alemana mayoritaria sí exige un "dominio normativo-psicológico" efecti-

68. Ver RUEDA MARTÍN, exponiendo y asumiendo la crítica del autor español GRACIA MARTÍN p. 425 y ss. También expone esta crítica, pero parece adoptar finalmente la tesis de ROXIN, Edgardo A. DONNA, p. 262 y ss., 265.

vo), sino solamente que se constate la "pertenencia del delito" en forma de una imputación objetiva y subjetiva del resultado⁶⁹. Esta tesis llevaría por cierto a una considerable y dudosa ampliación de la "autoría mediata"⁷⁰ y en realidad significaría abandonar el "dominio del hecho". Además, a diferencia de la tesis de ROXIN, tampoco podría admitir la "autoría mediata" cuando se trate de "delitos especiales propios" (en el Perú: prevaricato, malversación), pues éstos, en realidad, son "delitos de propia mano", que se caracterizan precisamente por exigir una ejecución "personal" de los hechos por parte del *intraneus*⁷¹.

En resumen:

La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir siendo la de la "unidad del título de imputación". Autor del hecho solamente podrá ser el *intraneus* (funcionario público con el deber funcional específico) quien, en el sentido del verbo rector típico, haya realizado los hechos con "dominio del hecho". Los *extranei* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho. Si el dominio del hecho lo tuvo el *extraneus* y el *intraneus* no, éste será partícipe del delito común que haya cometido aquél. Los vacíos que de esta solución puedan surgir, deberán ser superados en algunos casos a través de la admisión de la "autoría mediata" del funcionario público (empleo de un "instrumento doloso no cualificado", pero con un mínimo de dominio "normativo-psicológico") o serán llenados por la aplicación de otros tipos

69. MIR PUIG, Santiago, p. 373 y s., n. marg. 47 y ss.

70. GIMBERNAT ORDEIG, p. 261 y s., QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales*, p. 90 y ss., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autor y cómplice*, p. 618 y ss.

71. Sobre esta problemática en relación con el tipo penal español de "prevaricación del funcionario público", ver c. más ref., Carlos MIR, p. 73 y s.

penales o deberán esperar su solución a través de una labor del legislador.

Un último problema serio que se produce con la aplicación de la teoría de la "unidad del título de imputación" (y también con la de la "infracción del deber") es la *fijación de la pena para el partícipe extraneus*. Como éste es partícipe del delito especial, formalmente tendría que aplicársele el mismo marco penal de los autores *intranei* (que precisamente por su deber especial expresado en su cualidad merecen mayor pena). Pero por razones de justicia, la pena para estos debería tener un marco penal menor, correspondiente a su condición de *extranei* sin el deber específico. Como nuestro legislador penal no ha previsto ninguna regla especial para este caso (como sí lo ha hecho el alemán en el art. 28, primer párrafo del StGB) podría pensarse en aplicar una *analogía in bonam partem* para reducir el marco penal de los *extranei* hasta límites que corresponderían al marco penal de un partícipe del delito común subyacente al "delito especial impropio". Pero para la participación en el delito "especial propio" (donde no existe un tipo común subyacente), no habría forma de fundamentar la atenuación del marco penal, pues tampoco habría un tipo penal común en el cual basar la analogía.

En España GIMBERNAT ORDEIG propugnaba la atenuación analógica (*in bonam partem*) extraída, a contrario, de la agravante genérica del "vínculo de parentesco" (existente en el C.P. español) para permitir un marco penal más bajo a los *extranei* que participan en un "parricidio"; en los demás casos admitía que no era posible la atenuación del marco penal⁷². Y también hay jurisprudencia española que ha aplicado la "analogía *in bonam partem*" de la cláusula de incomunicabilidad de circunstancias (art. 60, primer

72. GIMBERNAT, 282 y ss., p. 292 y ss.

párrafo C.P. español derogado, art. 65 C.P. de 1995) para atenuar la pena del partícipe *extraneus* en delitos especiales⁷³.

Siguiendo esta última interpretación, también podría pensarse en una interpretación analógica *in bonam partem* a través de nuestro artículo 26 (incomunicabilidad de circunstancias), pues podría pensarse que, en sentido contrario a lo expresado allí, el marco penal de los tipos especiales, previstos para el autor, no debería servir para agravar la responsabilidad penal del *extraneus*, en quien no recae ningún deber específico. Por lo tanto, su responsabilidad penal debería medirse con base en un marco penal correspondiente a un autor que no tenga la cualidad. Aquí esta argumentación es posible (a diferencia de la tesis de la "ruptura del título de imputación"), pues no se refiere a la tipicidad de las conductas, sino a la culpabilidad y la punibilidad. Pero como ya se dijo arriba, esto es posible en los "delitos especiales impropios", donde existe un tipo penal común subyacente, mas no en los "delitos especiales propios". En estos últimos delitos, el marco penal para el particular tendría que "crearlos" interpretativamente el Juez, lo cual iría demasiado lejos. Además, parece oponerse a toda esta interpretación la previsión específica del artículo 46, numeral 3, pues allí se ordena al Juez tener en cuenta "la importancia de los deberes infringidos" para determinar la pena "dentro de los límites fijados por la ley", o sea, dentro del marco penal del tipo (el "deber" del *extraneus* en los delitos especiales no parece ser el mismo que en los delitos comunes).

Luego, a falta de una previsión legal específica, el Juzgador, por razones de proporcionalidad, solamente puede y debe tener en

73. Ver en Carlos MIA, p. 75 y ss. Nótese que, a diferencia de la tesis de la "ruptura del título de imputación", esta tendencia no aplica de manera directa la cláusula de "comunicabilidad de circunstancias", sino de manera indirecta para la medición de pena que debe aplicarse al *extraneus*.

cuenta la condición de *extraneus al momento de fijar la pena haciendo que ésta se acerque al mínimo legal*⁷⁴. Pero sería recomendable que el legislador introduzca, en la parte general, una cláusula similar a la del artículo 28, primer párrafo del C.P. alemán: "Si en el partícipe (inductor o cómplice) no concurrieran especiales elementos personales que fundamentan la punibilidad del autor, la pena de aquellos se atenuará según el artículo 49, primer párrafo" (regulación específica de las atenuaciones legales)⁷⁵.

1.3.2 La "participación necesaria" en los delitos contra la Administración Pública⁷⁶

1.3.2.1 La "participación necesaria" como problema doctrinario y práctico

En España (y menos aún en Latinoamérica) no ha merecido mucha atención el problema de la llamada "participación necesaria" (*notwendige Teilnahme*)⁷⁷, salvo por breves estudios en las

74. Ver también una amplia bibliografía española sobre esta posición citada en RUEDA MARTÍN, quien también la adopta, p. 453 y ss. También propone en el Perú esta solución recientemente CARO CORIA, en SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 246; y GÁLVEZ VILLEGAS, siguiendo mi razonamiento, *Autoría y participación*, p. 470.

75. También propugna esta solución para la legislación penal colombiana, PEÑA OSSA, p. 48 y s.

76. Este capítulo se basa, en lo fundamental, en un artículo más amplio, bajo el título "Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión", que será publicado en la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* (diciembre 2002) y en la *Revista Peruana de Ciencias Penales* (N.º 13).

77. No debe confundirse la "participación necesaria" con la "cooperación necesaria" (o "complicidad primaria"). Esta última problemática, basada en una distinción legislativa expresa (art. C.P. español de 1995 y art. 23 C.P. peruano)

monografías sobre tipos penales específicos (cohecho, adulterio, usura) o por breves referencias en la parte general de algunos manuales⁷⁸. El problema, sin embargo, tiene una gran importancia práctica para la interpretación y aplicación de una serie de tipos penales como "cohecho", "encubrimiento real", "liberación de presos", "muerte a petición", etc., pues puede incluso sobre la punibilidad o impunidad del llamado "partícipe necesario" (y eventualmente los partícipes en el injusto de éste).

El planteamiento del problema se puede hacer de la siguiente manera: si, como es aceptado por la amplia mayoría en la doctrina, la punibilidad del partícipe deriva de su *propia contribución* en la *realización por otro* de un injusto penal concreto⁷⁹, ¿habría

genera problemas de delimitación entre las dos formas de complicitad (primaria y secundaria) que surgen entonces por mandato legal y entre la "complicitad primaria" y la coautoría. Estos problemas no se presentan en Alemania, donde el artículo 27 StGB solamente conoce una forma de complicitad, cuya penalidad es similar a la del autor, pero con la posibilidad de aplicar atenuaciones incluso por debajo del mínimo legal (art. 28, primer párrafo, concordado con el art. 49, primer párrafo StGB).

78. Constata esto también la autora María del Mar CARRASCO ANDRINO en la única monografía en lengua española dedicada específicamente al tema que se haya publicado hasta ahora (*Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada, 2002), donde proporciona más referencias bibliográficas de la dogmática española; ver *Ibidem*, p. 4, notas 5 a 7. Entre los breves estudios del problema contenidos en las monografías sobre "cohecho", destacan especialmente los de Inmaculada VALEJE, *El tratamiento penal de la corrupción*, p. 47 y ss.; María José RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, p. 93 y ss.; Inés OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, p. 221 y ss. Más bibliografía hispana e italiana también en RODRÍGUEZ PUERTA, p. 91, nota 3.

79. Este planteamiento tiene como base el entendimiento de la doctrina mayoritaria sobre el carácter accesorio de la participación; ver por todos y c. más ref., CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 2001, n. marg. 17 y ss. p. 462 y ss. Distinto sería el caso si se afirmara la autonomía del injusto de la participación, como ha sucedido con la tesis alemana minoritaria de la

que dudar de la punibilidad como partícipe de aquél cuya conducta no puede ser vista como una contribución autónoma, sino es ya presupuesta por el propio tipo penal como *parte necesaria* de los sucesos en los cuales se enmarca la conducta del autor? En otras palabras: si el sujeto se limita a hacer lo que el tipo penal presupone para que pueda producirse la tipicidad de la conducta de otro descrita como punible, aunque aquel sujeto tenga dolo de partícipe e incluso resulte favorecido por los hechos realizados por el autor, ¿debería considerarse esto como una participación punible, según las reglas de la parte general (instigación o complicidad), de aquél sujeto en la conducta del autor, o sería siempre impune según estas reglas generales y solamente podría tener una sanción si ésta hubiera sido prevista expresamente en tipos adicionales de la parte especial, o podría haber alguna solución intermedia? P. ej., en el "auxilio a morir" u "homicidio piadoso" (tratándose del que solicita a otro que lo mate, llegando esto solamente a la tentativa), los "matrimonios ilegales" (el que celebra el matrimonio ilegal, cuando no exista un tipo penal específico para él), la "usura" (en

"tipicidad de la participación". P. ej. la tesis de SAX, para quien (aplicando su tesis del "tipo del injusto conglobante (*übergreifend*)": "Actúa típicamente quien, a través de su conducta acorde con el 'tipo legal' ocasiona una violación del bien jurídico merecedora de pena"; ver *Zur Problematik des Teilnehmer-sdelikts*, p. 937. Entonces, en la tipicidad de la participación tendrían que verificarse dos elementos: el "tipo legal" de la participación (conducta *dirigida* a determinar o apoyar el "hecho punible" de otro) y el "merecimiento de pena" de la violación del bien jurídico por la conducta del partícipe (la comisión dolosa por otro de un hecho antijurídico que pueda imputarse objetiva y subjetivamente al partícipe); ver *idem*, p. 938 y ss. También SCHMIDHAUSER (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 494 y s), LÜDERSSEN (*Zum Strafgrund der Teilnahme*, p. 25 y ss., 119 y ss.) y HERZBERG (*Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände*, p. 1 y ss., 9, 12), en una versión atenuada ("tipos de participación como "tipos especiales" con autonomía restringida) sostenían esta tesis.

cuanto al que pide el crédito usurario), el "favorecimiento personal" (en cuanto al delincuente que instiga a otro a que le ayude a escapar de la justicia), la "liberación de presos" (en cuanto al prisionero que instiga al guardia a que le ayude a escapar) o en el "cohecho" (según si es propio o impropio, el sobornador o el sobornado respectivamente) y el "tráfico de influencias" (el comprador de la influencia o el funcionario cuya influencia iba a ser comprada y que de alguna manera participara en el mero tráfico, sin que exista un tipo penal específico para estos).

En algunas legislaciones se prevé de manera expresa la punición del partícipe necesario en casos de tipos aislados; p. ej., en el C.P. peruano o en la mayoría de las legislaciones penales, sucede eso en el caso del "cohecho", pues, aparte del "cohecho pasivo", donde se sanciona penalmente la conducta del funcionario que acepta sobornos dentro del ejercicio de sus funciones públicas (arts. 393 y s. C.P. peruano; arts. 331, 332 StGB), también se prevé la conducta del que paga dichos sobornos (art. 399 C.P. peruano; arts. 333, 334 StGB). Pero en muchos otros tipos penales, no existe un pronunciamiento expreso del legislador sobre la punibilidad del "partícipe necesario". ¿Debe deducirse de ello que este sujeto siempre deberá quedar impune?

Este tema ha merecido discusión en la doctrina extranjera desde hace mucho tiempo. En Alemania, ya desde el siglo XIX la doctrina penal había reconocido el problema poco a poco y empezado a intentar dar algunas respuestas⁸⁰. En 1940 Richard LANGE

80. Según STOFFERS (recensión a SOWADA en GA 1993, p. 579), los primeros indicios sobre la problemática se encontrarían en STÜBEL (*Ueber den Tatbestand des Verbrechens*, 1805). Sea como fuere, la doctrina coincide en que las concepciones pioneras para la discusión posterior han sido la de SCHÜTZE (*Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, 1869), quien también postula la impunidad del partícipe necesario, y la muy citada obra de VON KRIES (en

había propuesto soluciones por grupos de casos en su trabajo *Die notwendige Teilnahme*. Estos planteamientos fueron recogidos y desarrollados en la doctrina posterior hasta llegar en la actualidad a un consenso en cuanto a una parte de los problemas planteados, subsistiendo, sin embargo, todavía mucha diferencia en la solución de los casos restantes.

1.3.2.2 El problema de la terminología

Uno de los primeros problemas es el de la terminología. Prácticamente todos los autores coinciden en que *el término* "participación necesaria" (*notwendige Teilnahme* en alemán) es equívoco, aunque se haya impuesto en la ciencia penal⁸¹, pues abarca constelaciones que no tienen que ver con la verdadera "participación": el llamado "partícipe necesario" podría realizar conductas que materialmente equivaldrían a la "coautoría" (p. ej., en los casos de abusos sexuales consentidos por la víctima menor de edad) o precisamente no deberían constituir "participación" en sentido penal y quedar impunes (p. ej., el que solamente se beneficia con la conducta delictiva ejecutada por otro).

Ciertamente sería recomendable emplear una *terminología diferente*, una que no anticipe juicios sobre la conducta del "partí-

ZStW 7, 1887, p. 521 y ss.), a quien se debe la primera clasificación por grupos de casos de impunidad del partícipe necesario (el protegido por la ley, aquél cuya conducta podría resultar sancionada varias veces como participación en el mismo delito, y cuando del tipo se puede establecer la voluntad del legislador de no querer penar al partícipe).

81. P. ej. critican abiertamente la terminología empleada, OTTO, *Straflose Teilnahme?*, p. 197 y ss., 197; WOLTER, *Notwendige Teilnahme und straflose Beilegung*, p. 344, col. izq.; STRATENWERTH, p. 361, n. marg. 204; SOWADA, *Die 'notwendige Teilnahme'*, p. 13; MAURACH/GÖSSEL/ZIFF, p. 315, n. marg. 8; JESCHECK/WEIGEND, p. 697; CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Op. cit.*, p. 467, n. marg. 46; ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 43.

cipe necesario" ni lleve a confusiones con otras clasificaciones de los delitos. Entre una variedad de sugerencias, resulta más razonable la de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, quienes emplean el término "intervención necesaria" (*notwendige Beteiligung*)⁸² para aludir a la "necesidad" de la concurrencia de varias personas sin valorar de antemano el carácter jurídico-penal de su aporte; este aporte, en caso de ser punible, en su forma externa puede asemejarse tanto a actos de autoría como de participación o incluso a contribuciones que no alcancen los requisitos de ambas.

En Italia y España, las doctrinas dominantes prefieren hablar de "delitos plurisubjetivos" o "delitos bilaterales", aunque el contenido de estos grupos de delitos no coincide, por lo general, con lo que la doctrina alemana conoce como "delitos de participación necesaria"; la doctrina dominante de estos países latinos excluye del concepto "delito plurisubjetivo" aquellos casos en los que, aunque sea necesaria la participación de otros para la realización de la conducta descrita, el tipo penal no ha previsto por separado la punibilidad expresa de esta otra conducta⁸³. Aunque esta terminología es aceptable, es preferible el término germano "intervención necesaria" (o participación necesaria) porque destaca el problema de la participación punible en *todos* los casos dudosos, sea que el legislador haya previsto expresamente la sanción del "partícipe necesario" (interviniente necesario) o no.

Por último debe advertirse que, debido a la similitud de los términos empleados con otros utilizados también por la dogmáti-

82. Así MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 298, n. marg. 50, p. 315, n. marg. 8.

83. Ver CARRASCO ANDRINO, p. 10 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, 97 y ss. Analizo más estas diferencias terminológicas en el artículo "Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. una aproximación a la discusión", de próxima publicación en la Revista Jurídica de Castilla-La Mancha (diciembre 2002) y en la Revista Peruana de Ciencias Penales (N.º 13).

ca penal en otros contextos, podría haber confusiones. Así, no debe confundirse la "participación necesaria" con la "cooperación necesaria" (complicidad primaria), ni el "delito plurisubjetivo o pluripersonal" con casos de mera comisión de delitos por varias personas (codelincuencia)⁸⁴. Especialmente, en el medio hispanoparlante debe advertirse que no se deben confundir los "delitos de participación necesaria" (o "delitos pluripersonales") con la *codelincuencia*. Mientras que en los primeros la pluralidad de personas y conductas constituye un elemento esencial del tipo delictivo, en la codelincuencia ello no es así: el delito es cometido por varias personas, pero el tipo penal permite que el delito pueda ser realizado por un solo individuo (p. ej., una estafa organizada por varias personas, un homicidio ejecutado por dos, una violación ejecutada por un grupo de personas, etc.)⁸⁵. Pero si la pluralidad estuviera prevista ya en el tipo penal como constitutiva o agravante del injusto, entonces sí se trataría de un delito de "participación necesaria"; estos casos suelen producirse por ejemplo, bajo la modalidad de delitos de "convergencia", en tipos penales que prevén agravaciones cuando el delito se cometiera en "banda" o por "dos o más personas".

1.3.2.3 Los "delitos de convergencia" y los "delitos de encuentro"

En el análisis de los delitos de "intervención necesaria" (o "participación necesaria"), ya desde FREUDENTHAHL⁸⁶, se suele distinguir entre

84. CARRASCO ANDRINO, menciona casos de confusión con estos otros términos en la jurisprudencia española, p. 8 y s., notas 18 y 19.

85. Enfatiza especialmente en esta distinción CARRASCO ANDRINO, p. 57, 76.

86. FREUDENTHAHL partió así de la concepción desarrollada antes por VON KRIES (ver nota 190); *Die nothwendige Theilnahme*, 1901. En la doctrina moderna se emplean estos conceptos por prácticamente todos los autores, ver entre otros: JESCHECK/WEIGEND, p. 697 y s.; MAURACH/GOSSEL/ZIPF, p. 315, n. marg. 7, 10 y

dos grupos: los delitos de convergencia (*Konvergenzdelikte*) y los delitos de encuentro (*Begegnungsdelikte*)⁸⁷.

En los *delitos de convergencia*, el tipo penal exige la contribución de varias personas para la afección del bien jurídico, pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección; p. ej., en Alemania, en los delitos de "motín de prisioneros" (§ 121), "atentado contra la paz social" (§ 125), "lesiones corporales" cometidas por varios (§ 224, primer párrafo, N.º 4); en el Perú, la "rebelión" (art. 346), el "hurto agravado cometido por más de dos personas" (art. 186, numeral 6), o en los antiguos delitos de "riña" y "duelo" del C.P. de 1924; en España, en los delitos de "violación" agravada por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180), "abandono colectivo del servicio público" (art. 409, segundo párrafo), "rebelión" (art. 472), "sedición" (art. 544 C.P. de 1995), etc. En estos delitos no se presentan mayores problemas de punibilidad para el "partícipe necesario", pues ya por el propio tenor de la ley no hay duda que todos los sujetos con conductas convergentes descritas en el tipo son punibles como autores, sin excluir con ello la "participación" punible de terceros según las reglas generales⁸⁸.

ss.; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, § 24, n. marg. 7 y s., p. 695; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 467, n. marg. 46; ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 41 y s.

87. Esta traducción de la terminología empleada por la dogmática penal alemana se viene imponiendo también en la dogmática hispanoamericana, aunque no faltan voces discordantes. Se ha propuesto emplear términos más descriptivos como "delitos pluripersonales con conductas convergentes" y "delitos pluripersonales con conductas contrapuestas" (BARBERO SANTOS); al respecto ver en RODRÍGUEZ PUERTA, p. 95, nota 14. Pero finalmente la mayoría emplea la terminología tradicional; ver también en la misma autora, p. 103 y s.

88. CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, c. más ref., p. 468, n. marg. 47d; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 315, n. marg. 7; JESCHECK/WEIGEND, p. 698; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 690, n. marg. 66 y ss.; ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 41;

En los *delitos de encuentro*, en cambio, si bien actúan también varias personas hacia una finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria⁸⁹. P. ej., en Alemania, en la "liberación de presos" (art. 120), los casos de abuso sexual de menores, el proxenetismo de menores de 16 años (§ 180), el encubrimiento real o (según la estricta terminología alemana) la "frustración de la persecución penal" (art. 258), el "uso abusivo de documentos de identidad" (art. 281), el "favorecimiento ilícito de acreedores" (§ 283c), la usura (§ 302a), etc.; en el Perú, el "favorecimiento de la prostitución" (art. 179), la "usura" (art. 214), los "nombramientos ilegales" (art. 381), el "tráfico de influencias" (art. 400), etc.; en España, los "nombramientos ilegales" (art. 381), el "favorecimiento de la prostitución de menores" (art. 187), etc.

En los delitos "de encuentro" podría distinguirse aún según si el delito está expresamente penado para ambas partes (p. ej., en

JAKOBS, *Strafrecht. AT*, § 28, n. marg. 7, p. 695; detalladamente KÜPER, p. 301 y ss. El problema en estos delitos consiste más bien en determinar en primer lugar el tipo de contribución que debe darse en los sujetos para que exista una "convergencia" (¿una de "coautoría", de "participación" o, más bien, de estructura diferente?) y, establecido esto, qué forma de participación tendría cada uno de los que convergen en el delito (¿serían siempre coautores o su grado de participación sería independiente de su "convergencia"?); ver el análisis de KÜPER, para quien las reglas sobre participación punible no tienen por qué influir en el análisis de la "convergencia" (los requisitos de ella tienen que interpretarse de los tipos correspondientes), pero tampoco la existencia de un tipo de "convergencia" puede influir después en la determinación del grado de participación de cada uno de los "actantes convergentes" (aquí regirían solamente las reglas generales sobre autoría y participación); p. 311 y ss., 333 y ss.

89. Entre otros, además de los citados al tratar cada uno de los problemas que se exponen a continuación, ver MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 315 y ss., n. marg. 11 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, p. 698; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, cap. 24, n. marg. 12; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 691 y ss., n. marg. 71 y ss.; ROXIN, *Strafrecht AT*, T. 2, § 26, n. marg. 41 y ss.

el caso peruano: el cohecho pasivo y el activo; el nombramiento ilegal y la aceptación del nombramiento), o no lo está (p. ej., en el Perú, en el "tráfico de influencias" o en la "usura", donde el tipo penal solamente describe la conducta del traficante y del usurero respectivamente). Recién en este subgrupo de "delitos de encuentro no penados para todas las partes" (*nicht allseitig mit Strafe bedrohten Begegnungsdelikte*) se plantea con más urgencia el problema de la punibilidad o impunidad de la "participación necesaria"⁹⁰.

1.3.2.4 Grupos de casos de participación necesaria (según la doctrina alemana)

La doctrina alemana admite dentro del término "participación necesaria" varios grupos de delitos unidos por un vínculo común: los tipos penales correspondientes presuponen que la conducta típica debe ser realizada necesariamente con el aporte de dos partes, sin importar si una de ellas es al mismo tiempo víctima del delito o no. Del amplio conglomerado de casos que se presentan bajo estos presupuestos, sistemáticamente se pueden distinguir —como ya se vio antes— dos grandes grupos: los delitos de "convergencia" y los delitos de encuentro. Tal como propone la doctrina alemana, para el estudio del problema de la participación necesaria, puede excluirse de antemano el grupo de los "delitos de convergencia", pues en ellos no es problemática la punibilidad dado que los propios tipos penales la prevén expresamente para todos los contribuyentes.

Entonces, partiendo de los "delitos de encuentro", se han llegado a diferenciar varios grupos de casos de "participación necesaria" donde la punibilidad podría resultar discutible. Para

90. Así, MAGATA, p. 246.

proponer las soluciones, la doctrina dominante sostiene, en la actualidad, que las respuestas planteadas en los grupos de casos conocidos, en parte provienen del fundamento penal de la participación, pero también en gran medida de la interpretación de los tipos penales específicos⁹¹:

a) Casos en los que la participación (intervención) es "necesaria" *según el tenor de la ley*, la cual no prevé, sin embargo, la punición, sino la *protección del partícipe necesario*. Aquí puede interpretarse que el objeto atacado (y a través de él, el bien jurídico) por el partícipe necesario no merece protección penal contra conductas realizadas precisamente por el titular o portador de estos objetos. En casos como estos (que no son muchos) tiene que haber impunidad del "partícipe necesario". P. ej., el enfermo que

91. Con diferentes fundamentaciones y soluciones para los casos que se exponen a continuación, ver en especial, ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 44 y ss.; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 467 y s., n. marg. 47-47c; SCHWABA, *Die notwendige Teilnahme*, p. 26 ff., 118 ff.; WALTER (quien incluso divide su exposición en una "parte general" y una "parte especial" de la problemática), p. 344, col. der., y ss.; OTTO, p. 199, 211 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, p. 697 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 315 y ss.; JAKOBS, quien bajo una terminología distinta (delitos de "interacción de varias personas con diferente fuerza social" y delitos con "igualdad de fuerza social de los participantes") conoce grupos y resultados similares a los ofrecidos por la doctrina dominante, con la única diferencia de su rechazo a la impunidad del "aporte mínimo" en los más polémicos casos de no previsión típica de punibilidad para el partícipe necesario, *Strafrecht. AT*, § 24, n. marg. 8 y ss., 12 al final, p. 695 y s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 691 y ss., n. marg. 71 y ss.; STRATENWERTH, p. 361 y s. Postulan, en cambio, abandonar completamente el método deductivo, y buscan una solución particular para cada caso GROPP, p. 49 y ss.; siguiendo al anterior, MACATA, p. 252 y s.; y también, remitiendo a criterios generales de interpretación de cada tipo penal, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 317, n. marg. 25. SAX propone soluciones desde la perspectiva de un injusto propio y autónomo de la participación (negando muchas veces el cumplimiento de algún elemento de este injusto); ver p. 947 y ss.

incita a otro a que le aplique la "muerte piadosa" (en caso de que no se produzca la muerte) tiene que quedar impune de instigación al homicidio (o al tipo atenuado de muerte a petición o auxilio a morir del § 216 StGB, "homicidio piadoso" del artículo 112 C.P. peruano), pues la vida concreta solamente está protegida cuando el ataque proviene de una persona distinta del portador⁹². No se trata aquí de que la víctima pueda "disponer" del bien jurídico⁹³.

-
92. En este y en el siguiente caso coincide en los resultados, aunque a veces con distintas argumentaciones, casi toda la doctrina alemana. Ver, en especial, ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 44; STRATENWERTH, p. 361, n. marg. 205 y s.; WOLTER, p. 345; JESCHECK/WEIGEND, p. 698 y s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIFF, n. marg. 14, p. 315 y s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 691, n. marg. 71 y s. JAKOBS, según su propia clasificación, considera el caso de la "muerte a petición" dentro del subgrupo de "prohibición de una lesión a terceros", el cual es englobado por el grupo de "igual rango de los intervinientes"; en aquel subgrupo habría impunidad por el hecho de que el consentimiento del "no-subordinado" (el moribundo) sería nulo y por lo tanto no puede contribuir en nada a la lesión, *Strafrecht. AT*, § 28, n. marg. 9, p. 695 y s. OTTO niega una "disponibilidad" del bien jurídico por parte de la víctima y fundamenta, más bien, su impunidad (en el caso de la tentativa de "muerte a petición") a través de una "situación parecida al estado de necesidad"; ver p. 212 y s. Para SAX, según su particular fundamentación de la punibilidad de la participación (y, en general, de la tipicidad), en todos los casos de participación de las víctimas en los tipos que buscan protegerlas faltaría una violación del bien jurídico por parte del partícipe necesario y, con ello, el tipo de injusto de la participación; la víctima (el partícipe necesario) solamente habría puesto al bien jurídico (al objeto del bien jurídico) en manos del autor; ver p. 948 y s.
93. Así expresamente CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 468, n. marg. 47. No es correcta por eso la argumentación de OTTO (p. 212 y s.) en el sentido de que debido a esto la conducta tiene que ser típica (está vedado a la víctima disponer sobre el contenido social del bien jurídico); ni tampoco es correcta la argumentación de SAX de que en estos casos la víctima "abandonaría" su propio bien jurídico; p. 948 y s. El hecho de que exista (en la mayoría de legislaciones como en Alemania, España y Perú) un tipo penal de "muerte a petición" demuestra ciertamente que la vida está protegida no solamente cuando se trata de la vida de otros, sino también de la vida propia, en caso de

sino de hasta dónde llega la protección del bien jurídico prevista en el tipo penal concreto (no hay protección contra acciones de la propia víctima). A diferencia del siguiente grupo de casos, este caso es uno auténtico de "participación necesaria", pues el tipo penal exige la actividad de la víctima para la ejecución del delito (la "petición" de la propia muerte).

b) Casos en los que la *participación (intervención)* no es necesaria según el tenor de la ley para que el delito se lleve a cabo o cuando esta participación vaya más allá del mínimo necesario, y donde el sentido de la ley es el de *proteger a éste*. La diferencia con el caso anterior (donde el tipo penal también está dirigido a proteger a la víctima) está en que aquí la víctima, según la descripción típica, no tiene que aportar nada activamente (en el sentido del tipo penal) para que el delito se cometa (en la muerte a petición sí); su participación, en sentido estricto, no es necesaria. También en estos casos la doctrina mayoritaria considera que el llamado "partícipe necesario" debe resultar siempre impune, incluso si realizara conductas de colaboración activa para la ejecución de los hechos, pues los tipos penales solamente se refieren a ataques de terceros contra el bien jurídico, cuyo portador es, precisamente, el partícipe necesario⁹⁴.

que, por desear propio, sea atacada por terceros; pero esto no obliga a considerar todavía de *lege lata* la punibilidad como partícipe del portador del bien jurídico, especialmente si el mismo legislador ha decidido previamente su impunidad como autor de suicidio. En este sentido ver MAGATA, p. 252; GROPP, p. 72 y 74

94. STRATENWERTH, p. 361 y s., n. marg. 207. La mayoría de autores no diferencia estos casos de los del primer grupo (homicidio a petición) bajo el entendido de que en todos ellos el tipo penal menciona siempre a un autor y a una víctima; ver así y en el sentido de la doctrina dominante, WOLTER, p. 345; JESCHECK/WEIGEND, p. 698 y s.; ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 44; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRODER, p. 467 y s., n. marg. 47; MAURACH/GÖSSEL/ZIFF, n. marg. 14 y s., p. 316; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 691, n. marg. 71 y s.; JAKOBS,

P. ej., en la "violación de jóvenes (de 14 a menos de 18) sometidos a la autoridad de otros" (arts. 174 y ss. StGB alemán); aquí el tipo penal presupone un mínimo de "actuación pasiva" de la víctima (el partícipe necesario) e incluso si su conducta fuera más allá de esta actuación pasiva debe quedar impune. Lo mismo ocurre en el caso de la víctima de "usura", la cual también es impune en el caso en que "instiga" al usurero a darle el préstamo, pues el sentido de la ley es el de proteger al que solicita el préstamo. Y también debe afirmarse la impunidad de la víctima de "lesiones corporales" instigadas por la propia víctima (sadomasoquismo)⁹⁵.

refiriéndose al grupo de delitos de "interacción de varias personas de distinta fuerza social frente al *interviniente subordinado (o en inferior posición)*", con la peculiaridad de que en estos casos la impunidad resulta de la imposibilidad de que el "inferior" (la víctima) pueda contribuir en algo a la realización del injusto de "lesión a terceros" que es lo que presupone el tipo penal, *Strafrecht. AT*, § 28, n. marg. 8, p. 695; GROPP, p. 139 y ss.; MAGATA, destacando además consideraciones de política criminal, pues por prevención general sería inútil la punición del que se autolesiona a través de otro, p. 252; también SAX, con una fundamentación algo distinta (ausencia de tipicidad de la participación por abandono efectivo del bien jurídico), p. 948 y s. Esta solución ya la había planteado VON KRIES en 1887 (ZStW 7, p. 521 y ss., 527). Para OTTO, se trata aquí de tipos penales donde, por un lado, existe tipicidad de las conductas (la víctima no puede "disponer" del bien jurídico), pero la "libertad de disposición" de la víctima está limitada (violación de menores, y en general, delitos cometidos contra menores o incapaces) y por ello la participación de la propia víctima es impune, ver p. 211 y s. La jurisprudencia alemana tradicional, sin embargo, ha considerado la punibilidad de la víctima en una serie de casos; p. ej. la "inducción" de la prostituta al rufián (BGH, t. 9, p. 72 y s.; t. 19, p. 107) o la "inducción" de la menor de 18 años al proxeneta (BGH t. 10, p. 386 y s.; t. 15, p. 377). También en Italia y en España ha tenido acogida esta fundamentación de la doctrina alemana; ver en CARRASCO ANDRINO, c. más ref. p. 123 y s.

95. Expresamente defienden la impunidad de este caso, SAX (aunque fundamentándola en la falta de violación del bien jurídico por parte del partícipe, quien habría solamente "abandonado" el bien jurídico), p. 948; siguiendo la posición dominante en el sentido expuesto (y criticando la posición contraria de OTTO), WOLTER, p. 345, col. der.; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 468,

Como ya se dijo arriba, en realidad estos casos no son, en principio, de "participación necesaria", sino de "participación de la propia víctima" en tipos que, según su correcta interpretación relacionada con el bien jurídico tutelado, presuponen siempre su impunidad⁹⁶. Debe observarse que en este grupo de casos importa la "libertad de disposición" que pueda tener la víctima sobre el "bien jurídico" (o del objeto del bien jurídico), y por lo tanto, no tiene por qué buscarse su impunidad en algún principio de la teoría de la participación punible. P. ej., en el caso de las lesiones corporales masoquistas ciertamente es posible lograr la impunidad de la víctima recurriendo a la aplicación de la "accesoriedad limitada" (punibilidad del partícipe solamente a partir de una conducta típica y antijurídica del autor que haya llegado por lo menos a la tentativa) si se negara previamente el carácter antijurídico de la conducta del autor debido al "consentimiento" de la primera. Pero es más coherente la solución propuesta a través de la interpretación del alcance de la protección penal al bien jurídico (no se extiende a la propia víctima), pues explica mejor la solución de los demás casos propuestos (la muerte a petición, los abusos sexuales

n. marg. 47; SITZMANN, p. 71 y ss., 80 y s. También, en este sentido, aunque sin referirse expresamente al caso del "somasoquismo", ROXIN (proponiendo el ejemplo del paciente que induce a un médico a practicar la amputación de un miembro), *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 45 y STRATENWERTH, p. 361 y s., n. marg. 207 y s. En cambio, OTTO postula para este caso la punibilidad de la víctima, pues, según su teoría, su conducta también ha atentado contra el bien jurídico y ella no se encuentra (como la víctima del homicidio a petición) en un estado similar al de necesidad; ver p. 213. Para JAKOBS este caso tendría que estar ubicado dentro del grupo de tipos "prohibición de lesiones a terceros" ante "igual rango de los intervinientes", donde la impunidad de la víctima se derivaría de que su consentimiento sería nulo y, por lo tanto, no podría contribuir en nada a la lesión, ver *Strafrecht. AT*, § 28, n. marg. 9.

96. Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 45. También MAURACH/GOSSEL/Z:FF en relación con los delitos contra la libertad sexual, n. marg. 27, p. 318.

a menores, etc.); en todos ellos la conducta de la propia víctima seguirá siendo atípica por sí misma y no recién en razón de la accesoriedad limitada de la participación.

c) Casos en los cuales *el hecho punible debe favorecer a otra persona que interviene en el hecho*. Aquí pueden presentarse distintas situaciones, algunas de las cuales permiten fundamentar la impunidad del partícipe necesario (interviniente necesario).

c.1 Cuando el favorecido por el delito realiza acciones de partícipe y *la propia ley prevé su impunidad como autor* de dicho delito. P. ej., en el "favorecimiento personal" (§ 258 StGB) o la "liberación de presos" (§ 120 StGB). Aquí la doctrina más reciente busca la solución a través de una interpretación correcta de cada uno de los tipos penales, a la vez que critica a la doctrina tradicional por contentarse con la fórmula genérica: "el que según la ley es impune como autor del delito, también tiene que serlo como partícipe de éste" y afirmaba la impunidad en todos los casos⁹⁷. Entonces, analizando primero la razón de ser de la exoneración de pena dispuesta por la ley para el sujeto se tendría que la impunidad legal derivaría de la falta de interés de perseguir penalmente (y no en la falta de injusto o de antijuricidad) a quien trata de eludir la justicia penal después de haber cometido un delito o de evadirse de la prisión o, en general, busca su propia libertad, pues dicho sujeto se encuentra bajo una situación de presión ante la cual el legislador se muestra tolerante⁹⁸. Si esto es así, si la justicia no está

97. WOLTER, p. 347; SAX, p. 949. JAKOBS postula también la impunidad en estos casos aunque reconoce que la fundamentación no es clara debido a las contradicciones en la propia ley, ver *Strafrecht. AT*, § 28, n. marg. 12, p. 696.

98. STRATENWERTH, p. 362, n. marg. 210; JESCHECK/WEIGEND, p. 699; BAUMANN/WEBER/MITSCH, p. 691 y s., n. marg. 73; MAGATA, p. 253, col. der.; GROPP, 244, 263 y ss.; WOLTER, p. 346 y s.; también ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 46; OTTO ve la razón de la impunidad como autor o como partícipe, en estos casos, desde una perspectiva de política criminal: decisión del legislador debida al

interesada en perseguir al favorecido como "autor" de dichos delitos, tampoco puede estarlo en perseguirlo como "partícipe" de estos mismos delitos cometidos en su favor por otros (incluso si aquél ha "instigado" a éste, es decir, si ha sobrepasado el "mínimo" necesario).

Pero, como ha destacado ROXIN, en el fondo estas argumentaciones no contradicen la que fundamenta la impunidad de todos estos casos a partir de la teoría de la participación, sino la complementan: el que "la custodia estatal [correspondientemente también el funcionamiento del aparato de justicia] está protegida penalmente contra el ataque de terceros, pero no contra los del propio prisionero [o del que ha cometido un delito]"⁹⁹ se deriva de la interpretación de los tipos penales, en los que, por diversos motivos, se comprueba que el legislador no quiere perseguir penalmente al "favorecido" por los hechos, ni como autor ni como partícipe..

c.2 Casos en los que el favorecido es partícipe necesario del delito del autor, pero *su conducta también* está tipificada por separado en otros tipos penales.

escaso efecto de la norma en tales situaciones (y no debido a una presión síquica en el sujeto); ver p. 213 y s. Para SAX se trata aquí de una falta de lesión del bien jurídico merecedora de pena para el partícipe debido a que ocupa la misma "posición personal" que el favorecido por la propia ley, p. 949 y s. ROXIN ha mencionado otras razones que explicarían la impunidad en el caso de la instigación (por el autor del hecho previo) a su propio "favorecimiento personal" para eludir la acción de la justicia: aparte de la situación síquica de coacción, también tiene que ver la impunidad del "hecho posterior" por razones de concurso (el "hecho posterior" es consumido por el "hecho previo"), así como de la "autoría mediata" (el que es impune como autor mediato, debe serlo también como instigador); *Strafrecht. AT*, T. 2, n. marg. 49.

99. ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 46, 48. También destacan la protección de bienes distintos de los del "favorecido" en los ejemplos problemáticos (liberación de presos, promoción de actos sexuales de menores, etc.) y la tipicidad de la participación de los protegidos, pero la exclusión de la punibilidad por distintas razones, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, n. marg. 26 y s, p. 318.

P. ej., en los nombramientos ilegales del C.P. peruano (art. 381), donde se reprime por separado al funcionario que hace nombramientos ilegales (primer párrafo) y al sujeto que acepta un nombramiento ilegal (segundo párrafo). Luego, el sujeto que acepta un nombramiento ilegal no debería ser visto como cómplice o instigador del delito de nombramiento ilegal realizado por el funcionario público. Otros ejemplos, según el StGB alemán, serían el uso indebido de documentos de identidad (art. 281), la bigamia (art. 171) o el incesto (art. 173), donde la ley contempla la posibilidad de autoría para ambas partes. O también el tercero a favor de quien se ha fomentado la actividad sexual de menores de 16 años o la prostitución de menores de 18 años (art. 180 StGB) no respondería como inductor a este delito¹⁰⁰. En España pueden mencionarse casos similares en los tipos penales correspondientes. Y también es un ejemplo famoso el del "cohecho", previsto en la mayoría de las legislaciones por separado en sendos tipos penales de "cohecho pasivo" y "cohecho activo".

Aquí se trata, en realidad, de los ya mencionados "tipos de encuentro" penados típicamente para todas las partes, donde, en principio, no hay problemas para determinar la punibilidad de las partes intervinientes: ambas son punibles como autoras de su propio tipo penal¹⁰¹. El problema se presentaría todavía en relación

100. Sobre este caso ver, con más detalle y ref., LENCKNER/PERRON en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 180, n. marg. 30 y ss., p. 1460 y s.; STRATENWERTH, p. 362 y s., n. marg. 211. Solamente se excluye al tercero de los alcances del artículo 180 (como partícipe) debido a la clara decisión del legislador alemán quien (además de dejar impune las relaciones sexuales de mayores con menores que tengan entre 16 y menos de 18 años) ha previsto la aplicación de otros tipos penales (en especial, el art. 182 StGB) para el que tenga relaciones sexuales con menores de 16 años.

101. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 315, n. marg. 11 y s.; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, § 28, n. marg. 11.

con los llamados "terceros ajenos" (*außenstehende Dritten*), es decir aquellos que no son ni autores principales ni partícipes necesarios, pero contribuyen con la conducta de estos: si se parte de que la regulación de la parte especial sería *lex specialis* frente a las reglas generales de autoría y participación¹⁰², estos terceros, para los cuales no se prevé ningún tipo penal específico en la parte especial, tendrían que quedar impunes. Por cierto que también podría darse otra interpretación a la decisión del legislador: que solamente haya querido penar por separado la conducta del autor y la del partícipe necesario (el cual sería ahora también autor del tipo que le corresponde), dejando la punición de terceros a las reglas generales de autoría y participación. Esta situación se presenta precisamente en los tipos penales de "cohecho"; el legislador suele prever solamente de manera expresa y por separado la conducta del funcionario público (cohecho pasivo) y la del particular (cohecho activo). En Alemania se ha considerado que el tercero que actúa como inductor o cómplice del funcionario que comete conductas de cohecho propio o impropio no debe ser punible como partícipe de los delitos de éste (arts. 331, 332), sino como autor de los tipos independientes de cohecho activo (arts. 333, 334 StGB), pues como el legislador habría querido independizar por completo las conductas de la parte tomadora y dadora de las "ventajas", y no debería perjudicarse al tercero ajeno, a través de las reglas generales de la participación, con una pena más grave que la del autor del "cohecho activo" (es decir, como inductor o cómplice del cohecho pasivo)¹⁰³.

102. Así lo afirma expresamente JAKOBS, *Strafrecht. AT*, § 28, n. marg. 11, p. 695 y s.

103. C. más ref. ver MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p. 317, n. marg. 22. JESCHECK, en: *Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., § 331, n. marg. 29, p. 491, § 333, n. marg. 11 y s., p. 501 y s.; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Op. cit.* § 332, n. marg. 26, p. 2587, § 334, n. marg. 12, p. 2591 y s.; TRÖNDLE/FISCHER, § 331, n. marg. 34, p. 1824.

c.3 Casos de un interviniente favorecido necesariamente por el delito del autor, *sin que el legislador haya descrito la conducta del favorecido por separado*.

Éste es el caso más polémico y ampliamente discutido por la doctrina dentro del tema de la "participación necesaria": ante el silencio del legislador y debido a la ausencia de los argumentos anteriormente esgrimidos para la impunidad del "partícipe necesario" (sentido de protección de la ley, situación parecida a un estado de necesidad), podría entenderse tanto que el legislador no quiere la punición de este sujeto (no hay tipos penales específicos para él) como que sí la quiere (el tipo dirigido al autor contendría ya la posibilidad de la punibilidad del partícipe necesario siguiendo las reglas generales de la participación).

Tradicionalmente la doctrina alemana afirma la impunidad del partícipe (interviniente) necesario que solamente efectúa una

Pese a todo la cuestión no está del todo definitivamente zanjada, pues en la práctica el "tercero ajeno" puede efectivamente querer inducir la corrupción del funcionario al mismo tiempo que la del particular. El hecho de que no haya correspondencia total entre la autoría del cohecho pasivo y del cohecho pasivo en Alemania (allá están excluidos como autores de cohecho pasivo los "soldados del Ejército Federal", quienes no tienen la categoría de "funcionarios públicos" o "especialmente obligados al servicio público"; pero sí puede haber cohecho activo a "soldados del Ejército Federal", pues los arts. 333 y 334 del StGB prevé expresamente esta modalidad), ha servido para fundamentar la tesis de la existencia de un "vacío de punibilidad" por falta de correspondencia entre los tipos de cohecho pasivo y cohecho activo en la ley germana; ver al respecto CRAMER, *Ibidem*, § 334, n. marg. 12, p. 2592, § 333, n. marg. 10 y s., p. 2589. Esta situación no es, sin embargo, igual en otras legislaciones, pero tampoco explica por qué no deban aplicarse las reglas generales sobre participación ante aquél cuya conducta se haya dirigido en lo objetivo y subjetivo a colaborar solamente (o adicionalmente con la colaboración de la parte dadora) con la conducta de la parte "tomadora" de la ventaja; el sujeto instiga o colabora entonces en la "venta" de las funciones públicas y, por tanto, en un injusto mayor que la mera "compra".

aportación mínima (Mindestmitwirkung) en la realización del tipo penal, pero sí habría punibilidad de éste como partícipe de la conducta del autor cuando la actividad de aquél vaya más allá de tal *mínimo necesario*¹⁰⁴. La fundamentación original proviene del fundamento de la participación punible a través de una deducción a contrario (*Umkehrschluß*), o sea por razones de sistemática penal: como el legislador, en algunos delitos de encuentro, ha previsto expresamente y por separado la punibilidad de ambas partes (p. ej., en el caso del cohecho), se deduciría de ello que cuando exista un delito de encuentro donde solamente se sancione penalmente a una parte, el legislador habría querido que la otra parte quede impune¹⁰⁵.

104. ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, n. marg. 50, 53; STRATENWERTH, implícitamente, p. 363, n. marg. 212; CRAMER/HEINE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 468, n. marg. 47a; JESCHECK/WEIGEND, p. 698; WOLTER, p. 345, col. izq.; también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, aunque acentuado que todo depende de la descripción típica de la conducta antinormativa, n. marg. 16 y ss., p. 316 y s. El desarrollo de la teoría de la "aportación mínima" se remonta a las primeras resoluciones del *Reichsgericht* sobre el tema. En 1880 se admitió por primera vez esta tesis aunque sin usar todavía la terminología actual (RGSt. T. 2, p. 439); sin embargo, poco más tarde fue rechazada esta tesis (en 1880, RGSt. T. 4, p. 1 y en 1881, RGSt. T. 5, p. 275; RGSt. T. 5, p. 435), aunque en la jurisprudencia posterior se habría admitido a veces la impunidad del "partícipe necesario" con distintas fundamentaciones. Ver al respecto, SOWADA, *Der begünstigte Gläubiger*, p. 63 y s.; *Die 'notwendige Teilnahme'*, p. 128 y s. Recién a partir de la jurisprudencia del BGH a partir de los años 50 (BGH, GA 1958, p. 48) se puede observar una admisión expresa y continuada de la tesis del "aporte mínimo" (p. ej. BGH NStZ 1993, p. 239 y s. = BGH NJW 1993, p. 1278 y s.). En contra de esta tesis, JAKOBS señala que no existiría ninguna razón para declarar impune el "aporte mínimo" fuera de los casos de falta de dolo y de prohibición de regreso. *Strafrecht. AT*, § 24, n. marg. 12, al final.

105. Así, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, n. marg. 18, p. 316 y s.; WOLTER, p. 345; VORMBAUM, refiriéndose en particular al delito de favorecimiento del acreedor (art. 283c StGB), p. 116 y ss. También ROXIN sostenía antes esta tesis en *Leipziger Kommentar*, com. previo al § 26, n. marg. 37, p. 117.

P. ej., en los casos de "favorecimiento de acreedores" (art. 283c) cuando un acreedor induce al deudor insolvente a favorecerlo ilegalmente en el pago de una deuda; también en la "infidelidad del abogado" (art. 346 StGB), cuando una parte induce al abogado de la otra parte litigante a revelarle asuntos confidenciales o a darle asesoramiento (art. 356 StGB); y en el caso del representante de un poder extranjero, cuando hace más que solamente recibir secretos de Estado del país huésped (art. 94 StGB)¹⁰⁶. En el Perú recién se ha puesto de manifiesto esta problemática con motivo de la aplicación del tipo peruano de "tráfico de influencias" (art. 400 C.P.) en una serie de casos de corrupción vinculados con el régimen "fujimontesinista" (1990 a 2000); casos en los cuales una serie de particulares interesados acudían a un poderoso asesor presidencial para que éste, a quien se le pagaba por sus "servicios", influyera en el funcionario pertinente que tuviera en sus manos algún asunto en el que los interesados estuvieran involucrados (un contrato con el Estado, un juicio pendiente de solución, etc.). Como el tipo peruano solamente describe la conducta del "vendedor de influencias", resulta claro que quien solamente aprovechaba los "servicios" del asesor intermediario no pueda ser considerado coautor en la "venta de influencias", pero podría discutirse si es posible englobar la conducta como un injusto de participación en este delito¹⁰⁷.

106. Ver, entre otros, STRATENWERTH, p. 363, n. marg. 212; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 468, n. marg 47c; con más ejemplos, OTTO, p. 214 y s.

107. Esta posición la defendí, aunque por lo visto sin la debida claridad, ya en la primera edición de este libro, Lima, 2001, p. 472; compárese ahora el comentario sobre la "participación del interesado" en 3.4.12. En la doctrina nacional, SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, admiten primero ampliamente la aplicación de las reglas generales de la participación para el delito de "tráfico de influencias" (ver p. 54), pero luego parecen admitir la tesis del "aporte mínimo", que precisamente no parte de la aplicación básica de las reglas generales de la participación (ver p. 63 y ss., esp. 64).

Pero últimamente la tesis del "aporte mínimo necesario" ha sido criticada, pues no parece resultar suficiente para justificar la impunidad del partícipe necesario. Y es que la falta de tipificación expresa de la conducta del partícipe necesario podría interpretarse también en el sentido de que el legislador solamente habría excluido la autoría de aquél y querría, más bien, que se le apliquen las reglas generales sobre participación; y si para otros "delitos de encuentro" el legislador prevé por separado de manera expresa la conducta del partícipe necesario (p. ej., en el caso del cohecho pasivo y el activo), con ello solamente habría querido describir con mayor exactitud las conductas típicas de cada uno de los participantes e introducir diferentes marcos penales; además, la tesis no explica por qué sí debería ser impune el partícipe que hace más del "mínimo necesario"¹⁰⁸. Finalmente, la regla general de técnica legislativa ha sido siempre que no se tiene por qué prever tipos penales expresos para los demás sujetos que, sin ser autores, contribuyen a la realización del delito previsto en la parte especial; para estos últimos rigen precisamente las reglas generales sobre instigación y complicidad¹⁰⁹.

Con todo, la crítica no quiere afirmar la punibilidad de este "partícipe necesario", sino solamente destacar la fragilidad de la fundamentación tradicional de esta impunidad (la "deducción a

108. Ver la crítica de SOWADA, *Die "notwendige Teilnahme"*, p. 117 y ss.; *Der begünstigte Gläubiger*, p. 61 y ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, p. 137 y s.; MAGATA, p. 249, col. der.; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, cap. 24, n. marg. 12. También ROXIN ha reconocido recientemente la insuficiencia de la argumentación del "aporte mínimo necesario" (defendida anteriormente también por él en *Leipziger Kommentar*, 11 ed., com. previo § 26, n. marg. 37), ver *Strafrecht AT*, T. 2, § 26, n. marg. 52. En España se hace eco de estas objeciones, CARRASCO ANDRINO, p. 109 y ss.

109. SOWADA, *Die "notwendige Teilnahme"*, p. 199; c. más ref. de la doctrina italiana y española, CARRASCO ANDRINO, p. 110.

contrario"). En la práctica alemana, además, esta impunidad ha sido ampliamente admitida, hecho que se demuestra precisamente con la introducción de nuevos tipos penales específicos para abarcar conductas consideradas antes impunes¹¹⁰.

En este contexto, GROPP ofrece una interesante argumentación, mencionada con frecuencia en la reciente doctrina¹¹¹, con la finalidad de explicar mejor la punibilidad o la impunidad del partícipe necesario, de la cual el aporte más interesante consiste en la diferenciación entre "delitos centrífugos" y "delitos centrípetos". En ambos casos el partícipe necesario solamente tendría una *actuación periférica* (el injusto del partícipe necesario no se correspondería cualitativamente con el del autor), pero con la siguiente diferencia entre ambos: en los *delitos centrífugos* la conducta típica se caracterizaría por el hecho de que el autor propaga, difunde o envía objetos peligrosos (p. ej., la difusión de impresos pornográficos del art. 184, el uso abusivo de documentos ajenos del art. 281, la interrupción del embarazo del art. 218 StGB); en cambio, en los *delitos centrípetos* el autor captaría con su conducta típica a terceros para la comisión típica de los hechos (p. ej., los delitos de quiebra del art. 283, el favorecimiento de acreedores del art. 283c y la deslealtad del abogado del art. 356 StGB)¹¹².

110. WOLTER, p. 345; siguiéndolo CARRASCO ANDRINO, p. 110 y s.

111. Se remiten expresamente a GROPP, ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 54; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Op. cit.* p. 467, n. marg. 46; MAGATA, p. 252, col. derecha y s.; un análisis amplio y crítico de las tesis de GROPP en español en CARRASCO ANDRINO, p. 69 y ss. También SOWADA, quien, aunque rechaza una relevancia dogmática autónoma de las estructuras centrífugas y centrípetas, les atribuye una función de "descripción meramente ilustrativa", así como uno la posibilidad de constituir uno de entre varios "factores de ponderación" en el análisis teleológico de los tipos penales para determinar la impunidad o punibilidad del partícipe necesario; ver *Der begünstigte Gläubiger*, p. 68, 69.

112. GROPP, 1992, p. 207 y ss., 222 y ss.

La conducta periférica no sería merecedora de pena cuando consista solamente en aprovechar la oportunidad creada por la conducta central del autor, pues el legislador únicamente habría querido penar la "raíz del mal", la conducta creadora de dichas oportunidades. Luego, en principio solamente sería punible la conducta del autor, donde "el injusto está impregnado por una conducta potencialmente multiplicadora que se basa en la repetición siguiendo un esquema idéntico"¹¹³.

Esta tesis ayuda ciertamente a explicar de manera gráfica por qué la conducta con un "aporte mínimo necesario" debe resultar impune, pero no se puede decir que se contraponga a ella o la sustituya¹¹⁴. Tampoco implica una nueva categoría dogmática (con base en el principio de igualdad y de proporcionalidad) que pueda llevar a invertir el punto de partida tradicional de "regla-excepción" de la participación punible (el partícipe siempre es punible con base en las reglas generales, salvo que existan argumentos en contrario), tal como pretende GROPP: excluir *siempre* la punibilidad del partícipe necesario en todos los delitos centrífugos y centrípetos, admitiendo su punibilidad sólo bajo una legitimación

113. GROPP, p. 223.

114. ROXIN tampoco ve necesidad político-criminal para ello, pues existiría la necesidad de contar con este principio general para fundamentar el merecimiento de pena del partícipe o su impunidad en estos casos; ver *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 54. SOWADA entiende que la tesis de GROPP iría más lejos que la del "aporte mínimo necesario", pues también declararían como aprovechamiento periférico impune la conducta de "instigación formal" (acto de instigación a un autor ya dispuesto a realizar los hechos) (*Der begünstigte Gläubiger*, p. 66), pero a este resultado también se puede llegar sin la tesis de GROPP simplemente denegando la "causalidad" (o "idoneidad") del acto de inducción (ver al respecto CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 511, n. marg. 7). Por cierto que la tesis de GROPP también llevaría a denegar la "tentativa de inducción" (punible en Alemania), mientras que ello sería todavía discutible bajo la tesis del "aporte mínimo necesario".

especial¹¹⁵. Y es que resulta más que dudosa la legitimidad de los niveles dogmáticos autónomos postulados por GROPP (los tipos de delito centrífugos o centrípetos), pues por un lado no tienen ningún asidero legislativo y, por otro lado, tampoco encuentran suficiente fundamentación en los principios constitucionales de igualdad y de proporcionalidad (los tipos serían expresión del principio "máxima protección de bienes jurídicos a través de una mínima incriminación"). El recurso a estos principios es muy inseguro (itoda tesis contraria sería anticonstitucional!) y, además, no permitiría explicar la impunidad del partícipe necesario, pues si lo que caracteriza a los delitos centrípetos y centrífugos es un elemento personal en el "autor central" (una especie de "conducta habitual"), la ley alemana prevé para el partícipe de estos delitos una punibilidad atenuada (según el art. 28, primer párrafo, StGB); como, en última instancia no puede prescindirse de las peculiaridades de cada tipo penal, se perdería la pretensión de exclusividad dogmática de la tesis de GROPP¹¹⁶.

Por cierto que esto no quiere decir que se deba renunciar a una fundamentación de la impunidad del partícipe necesario *partiendo del* fundamento de la participación punible. Y es que la conducta "mínima" del partícipe necesario no puede equipararse a la del partícipe en el sentido tradicional: aquél se limita a hacer algo propio, no a ayudar o cooperar con el hecho de éste; por ello no parece haber "merecimiento de pena" en la conducta del partícipe necesario¹¹⁷. Un análisis de cada tipo penal tampoco ayudaría mucho, pues en la mayoría de los casos no se encuentran indicaciones especiales que permitan deducir por qué debe haber

115. GROPP, p. 310 y ss.

116. Ver toda esta crítica en SOWADA, *Der begünstigte Gläubiger*, p. 66 y ss. Ver también las críticas de CARRASCO ANDRINO, p. 74.

117. Recientemente fundamenta así ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, cap. 26, n. marg. 53.

punibilidad o impunidad del partícipe necesario; por ese motivo parece ser indispensable recurrir a consideraciones de carácter general¹¹⁸. Por último, la constatación de que la conducta del partícipe necesario sea "periférica" tampoco debería llevar a una amplia impunidad de estas conductas, pues por política criminal no resulta deseable que resulten impunes aquellas conductas del partícipe necesario cuya frecuencia y peligrosidad para el bien jurídico en muchos casos se ha visto constatada por la práctica¹¹⁹.

El problema reside, más bien en fijar la *magnitud* del "aporte mínimo necesario", pues éste puede variar de tipo en tipo (motivo por el cual se trata en estos casos de un problema de la parte especial) según si la conducta del partícipe necesario influye o no en la peligrosidad de la conducta del autor. Así en la "piratería" contra los derechos de autor, no siempre está claro que en todos los casos de exceso del "mínimo de participación necesaria" deba haber punibilidad del partícipe: el sujeto que compra dolosamente o pide la entrega de productos reproducidos ilegalmente en contra de los derechos de autor debería quedar impune aunque haya sobrepasado el "aporte mínimo" previsto en el tipo penal¹²⁰.

Parte de la doctrina italiana resuelve el problema a partir del "principio de legalidad", pues —se argumenta— constituiría una "analogía *in malam partem*" penar como partícipe del hecho principal al "partícipe necesario", dado que su conducta tendría un *significado totalmente diferente* al previsto en el tipo para el autor

118. ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, cap. 26, n. marg. 54.

119. Refiriéndose al tipo alemán de "favorecimiento de acreedores" (art. 283c StGB), VORMBAUM constataba que la fuente más frecuente de estos delitos provendría precisamente de la inducción por parte del acreedor favorecido; ver p. 132.

120. ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, cap. 26, n. marg. 56.

del delito¹²¹. Pero, la solución es engañosa, pues la argumentación contradice la esencia misma de la punibilidad del partícipe en general; tampoco en los casos abarcados por las reglas de la inducción y la complicidad, los partícipes tienen que realizar conductas similares a las del autor; ello ocurre tanto en los delitos comunes como en los especiales (salvo que se sostenga la teoría de la "ruptura del título de imputación"), pues ni el que vende a los ladrones la llave de la casa que va a ser robada, ni el que dolosamente alquila el local donde se van a realizar los actos de estafa realizan conductas de "igual significado" que los autores. Pero normativamente en todos estos casos, así como en los que se refieren a la participación necesaria, ambas conductas, la del autor principal y la del partícipe necesario convergen en algo: el ataque doloso al bien jurídico. P. ej., en la "venta" de obras reproducidas ilegalmente, donde las legislaciones penales suelen considerar en los tipos solamente la conducta del "vendedor", si bien la "compra" tiene, como acción, un significado distinto de la "venta", desde el punto de vista normativo también implica aquí un ataque doloso al bien jurídico (atentado contra los derechos de autor en su aspecto patrimonial)¹²².

121. Ver ref. en CARRASCO ANDRINO, quien también sigue esta doctrina, p. 109, 124 y s.

122. También CARRASCO ANDRINO ve aquí que, desde el fundamento de la punibilidad de la participación (adopta la tesis del "ataque accesorio al bien jurídico"), debería afirmarse la punibilidad de la contribución causal del partícipe necesario. Pero, la impunidad se derivaría de todos modos de un principio anterior: el "principio de legalidad", pues la conducta del partícipe necesario, pese a estar prevista en la parte especial como conducta complementaria aunque diferente de la del autor principal (si no lo estuviera, regirían las reglas de extensión de la punibilidad previstas para el partícipe en la parte general), como de todos modos no puede ser considerada una "coejecución" (que la convertiría en autoría o coautoría, según la interpretación que hace la autora del art. 28 del C.P. español de 1995, referido a los autores), tendría que quedar impune; ver p. 124 y s.

Esta tesis italiana llevaría incluso a negar la punibilidad del "partícipe necesario" cuando su conducta fuera más allá del mínimo necesario, pues si éste hiciera lo que el tipo penal describe para él (sea que esté dentro del mínimo necesario o fuera de él) siempre realizaría una conducta que no es la de un "tercero ajeno". Y solamente si su conducta constituyera un acto de colaboración de un tercero ajeno (ataque al bien jurídico desde afuera) podría admitirse la aplicación de las reglas generales de participación; como el "partícipe necesario" no se encuentra fuera del hecho delictivo, sino dentro de él, resultaría ser un "sujeto inidóneo para la participación" (y tampoco sería coautor por no "coejecutar" el hecho)¹²³. Sin embargo, desde la perspectiva político-criminal no se comprende por qué tiene que aceptarse una solución tan global que dejaría graves vacíos de punibilidad.

En resumen, si bien la tesis del "aporte mínimo necesario" puede constituir el punto de partida para el esclarecimiento de la participación punible del "partícipe necesario" en muchos casos, no puede tampoco eludirse un análisis de cada tipo en particular para determinar hasta dónde abarca tal "mínimo necesario imputable" (o "conducta periférica")¹²⁴.

123. C. ref. a la doctrina italiana, CARRASCO ANDRINO, p. 142 y s.

124. SOWADA abandona por completo la tesis del "aporte mínimo necesario" y prefiere analizar cada tipo penal (de encuentro) en particular, llegando así a la punibilidad del partícipe necesario en los casos de "favorecimiento de acreedores" (art. 283c StGB) y de "deslealtad del abogado" (art. 356 StGB); ver *Der begünstigte Gläubiger*, p. 64 y s., 70 y s.; *Die 'notwendige Teilnahme'*, p. 161 y ss., 173. El acreedor (doloso) favorecido por el deudor insolvente tendría que ser punible como cómplice o instigador del delito (del deudor) de "favorecimiento de acreedores" (art. 283c StGB) puesto que aquí el tipo penal, en realidad, trataría de impedir el aprovechamiento del deudor mismo (pues éste de todas maneras es insolvente) que infringe así el precepto de la "repartición homogénea de su patrimonio" entre todos los acreedores; por lo demás, el acreedor favorecido, ya resultaría favorecido también por la ley al

d) Casos de un *partícipe (interviniente) necesario no favorecido* que podría ser considerado tanto partícipe de este delito como autor de otro delito independiente. Este caso es parecido al del supuesto c.2. Aquí, como bien ha observado SAX (aunque con una fundamentación algo distinta), no puede haber punibilidad del partícipe necesario como partícipe del delito de otro, pues la ley ya ha previsto por separado su propio injusto penal como autor; aun si el sujeto resultara impune como autor del tipo penal diseñado para él, no puede ser tenido como partícipe del delito diseñado para la autoría de otro por decisión legal (no puede ser usado este otro tipo penal como "tipo residual")¹²⁵. En el aborto (art. 218 StGB) se pena por separado a la mujer que practica su propio aborto (tercer párrafo) y a los que practican el aborto a la mujer (primer párrafo); luego la mujer que pide a un médico que le practique el

ser considerado partícipe de este delito y no del más grave de "quiebra" (art. 283 StGB). La conducta del acreedor favorecido por el deudor solamente podría llevar, en casos extremos (p. ej. que el deudor le exija o hasta coaccione a aceptar el favorecimiento) a una atenuación o exención de la pena en un análisis situado más allá del injusto penal. En los demás casos habría mayormente impunidad del partícipe necesario por distintas razones: la adquisición de productos "pirateados" sería impune solamente para el consumidor final, pero no para el intermediario, pues éste participaría en la "difusión" de dichos productos según los arts. 106 y ss. UrhG; en la "liberación de presos", el preso que participa en su propia liberación sería impune por aplicación (analógica) de la cláusula de exoneración prevista para el similar caso del favorecimiento personal en el artículo 258, 5.º párrafo StGB; y en los casos de "promoción de actos sexuales de menores" (art. 180 StGB) y de "prostitución" (184a, 184b StGB) también es impune la conducta de la pareja o del "cliente", salvo que el tipo penal reprima el abuso de una especial dependencia de la víctima (art. 180, 3.º párrafo), etc.; ver *Die 'notwendige Teilnahme'*, p. 184 y 194, 204 y ss., 241, 252 y ss. respectivamente.

125. SAX (en p. 951 y ss.) afirma que aquí hay que negar el "merecimiento de pena" de la participación del partícipe necesario (y con ello, el segundo elemento del injusto del partícipe, según su propia terminología) en el delito del otro.

aborto no puede ser tenida como instigadora en caso de que el acto se realice, sino como autora de su propio injusto.

e) Casos de *participación en tipos de "infracción del deber"* (delitos especiales). Estos casos no ofrecen mayores problemas que los ya vistos anteriormente. El partícipe necesario puede resultar punible a través del tipo especial¹²⁶, salvo que su conducta haya sido prevista por separado por el propio legislador (p. ej., en el caso de los nombramientos ilegales); en los casos en los que no haya sido prevista su conducta de manera expresa, rige lo ya expresado con anterioridad: habrá impunidad en todos los casos —sin excepción— en que la ley esté dirigida a protegerlo o haya previsto expresamente su impunidad como autor y, en los demás casos, solamente cuando su conducta no haya superado la "contribución mínima necesaria", cuya magnitud deberá medirse teniendo en cuenta las peculiaridades de cada tipo penal. Por cierto que cuando se declare la punibilidad del partícipe necesario, como éste no reúne la cualidad (el deber especial) que exige el tipo para el autor, debe haber una atenuación especial de la pena porque su injusto penal es menor que el del autor que ha infringido "deberes especiales". Esto lo prevé expresamente el StGB alemán en su artículo 28, primer párrafo.

f) La *participación en la participación necesaria*. En los tipos penales que solamente prevén de manera expresa la conducta del autor principal, se distinguen dos casos: según si el sujeto actúa del lado del partícipe necesario impune o si lo hace del lado del autor o autores cuya conducta describe expresamente el tipo penal. En el primer caso el sujeto sería siempre impune (p. ej., el que aconseja al enfermo grave a pedir una inyección letal al médico; el que recomienda a otro a pedir un crédito usurario; el que reco-

126. Ver STRATENWERTH, p. 363, n. marg. 212; OTTO, p. 216 y s.; SAX, p. 954 y ss.

mienda comprar una copia "pirateada")¹²⁷; el fundamento está en que la conducta en la que se participa es impune. Pero, en principio, si se participa en la conducta del autor (p. ej., se colabora con el médico que mata a petición, o el que instiga a otro a cobrar intereses usurarios), no hay razón para afirmar la impunidad, salvo que la conducta del sujeto se haya realizado por deseo y en interés del partícipe necesario impune (p. ej., el que, por petición de la víctima, busca y solicita a otro la muerte a petición o el otorgamiento de un crédito usurario), pues en realidad la inducción aparente del autor resulta ser objetivamente una conducta situada en el lado de la víctima¹²⁸.

g) Pero también puede presentarse el problema cuando se trata de evaluar *la conducta del "tercero ajeno"* (o sea aquél que ni es el autor ni el partícipe necesario, según el tipo penal que se trate) que colabora a la realización de aquella conducta típica que está prevista expresamente por separado tanto para el autor principal como para el partícipe necesario, p. ej., en el caso del cohecho ("cohecho activo" y el "cohecho pasivo"), o en los "nombramientos ilegales" ("nombramiento por parte del funcionario" y "aceptación del nombramiento" por parte del favorecido). Como ya se dijo antes (ver c.2), esto es especialmente polémico en casos como el del cohecho, cuando se evalúa la conducta del "tercero

127. Fundamentación y ejemplos de ROXIN, *Leipziger Kommentar*, com. previo al § 26, n. marg. 42, p. 118 y s.; el mismo autor en *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 56; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, cap. 24, n. marg. 9.

128. ROXIN, *Strafrecht. AT*, T. 2, § 26, n. marg. 56 *in fine*; con distinta argumentación y clasificación (quien hace depender la punibilidad del tercero, según si el partícipe necesario impune se encuentra en situación de igualdad o de inferioridad con respecto al autor principal; solamente en este último caso habría punibilidad), aunque igual resultado también JAKOBS, *Strafrecht. AT*, § 28, n. marg. 9 a 11, p. 695 y s. En España CARRASCO ANDRINO parece seguir aquí más bien la fundamentación de JAKOBS, p. 154.

ajeno", aunque esta conducta podría teóricamente ser entendida como "participación" punible tanto en el tipo penal del autor principal como en el tipo penal previsto para el "partícipe necesario" (ver c.2, al final y nota 100).

Como resultado final de las reflexiones hechas en este capítulo debe recordarse, para el desarrollo ulterior en este libro, lo siguiente: *en los "tipos de encuentro"*, donde el legislador solamente haya descrito expresamente y previsto una pena para la conducta de una de las partes, la otra parte (el partícipe o interviniente necesario) será impune si su conducta no sobrepasa el "aporte mínimo necesario"; esta regla general no exime, sin embargo, de analizar cada tipo en particular, pues podrían haber peculiaridades que la hagan inaplicable. En el caso del *"tercero ajeno"*, es decir, uno distinto al autor y al partícipe necesario que colabora con éstos (como puede ocurrir en los distintos tipos de "cohecho"), nada debería impedir la aplicación de los principios generales de "participación punible" según cada tipo penal de que se trate.

1.4. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

El Código penal, refiriéndose a delitos contra la Administración Pública, establece un plazo especial de prescripción de la acción en el artículo 80: el doble del tiempo normal. No obstante, el artículo no se refiere indiscriminadamente a todos los delitos contra la Administración Pública, sino solamente a aquellos delitos *"contra el patrimonio del Estado"* cometidos por *funcionarios públicos*. Esto puede entenderse de dos maneras:

1. Que se trate de un delito contra la Administración Pública, cuya naturaleza sea la de atentar contra el patrimonio del Estado. En este caso, obviamente, sólo debe entenderse que el plazo especial de prescripción rige para el "peculado" y

figuras afines (arts. 387 a 392) y la "colusión ilegal" o "fraude a la Administración Pública" (art. 384).

2. Que se trate de cualquier delito en el cual, de manera general, se vea afectado el patrimonio del Estado. Aquí incluso podría tratarse de un delito de hurto simple cometido por un funcionario que no ejerce la función específica en relación con los "efectos o caudales" o un particular. Pero el patrimonio del Estado podría verse afectado por cualquier otro delito; p. ej., cuando se mata a un funcionario público, el Estado sufriría un perjuicio económico, en cuanto estaría obligado al pago de pensiones y a contratar a otra persona. Lo mismo sucede con las lesiones e incluso con los delitos contra la libertad individual: se secuestra a un funcionario público, quien, al no poder ejercer sus funciones, hace perder dinero al Estado.

Esta segunda interpretación, entendida de manera tan amplia no tendría límites y, por lo demás, desembocaría en una violación del principio de igualdad, pues se protegería desmesuradamente el patrimonio del Estado (y a los funcionarios públicos), sin que ello provenga de un mayor injusto penal. Pero la primera interpretación sería demasiado estrecha, pues solamente aplicaría el plazo especial de prescripción a muy pocos delitos.

Puesto que —como se ha visto— la Administración Pública no es un fin en sí mismo y no debe merecer una protección especial, salvo cuando se trata de afectar su funcionamiento en perjuicio de todos los administrados, el plazo extraordinario de prescripción sólo puede justificarse de *lege lata* (y aun aquí dudosamente) cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios públicos que afecten "directamente" al funcionamiento de la Administración Pública en su aspecto patrimonial. Con esto se adopta la segunda posibilidad, pero en un sentido restringido. El plazo se aplicará para los funcionarios que cometan delitos de peculado, malversa-

ción, fraude a la Administración Pública y negociaciones incompatibles, pero también para los que cometan estafas, hurtos, apropiaciones indebidas, fraude en la administración de personas jurídicas, etc., que afecten "directamente" el patrimonio de la Administración Pública.

En este marco sería recomendable, sobre todo, prever un plazo especial de prescripción para los delitos contra la Administración Pública cometidos *por funcionarios políticos y de confianza del gobierno*. Debido a que su persecución penal se torna difícil frente a las posibilidades que otorga el poder político, la prescripción de estos delitos debería comenzar a correr a partir del cambio de poder político en el gobierno. Y como la "prescripción" es una institución que no forma parte del injusto penal y no tiene nada que ver con la punibilidad, un sector de la doctrina y jurisprudencia alemanas coincide en afirmar que incluso podría ampliarse su plazo con efectos retroactivos para los procesos penales por delitos cuyos plazos de prescripción todavía no hayan vencido¹²⁹. El argumento central consiste en que, si bien podría argumentarse que el delincuente habría tenido en cuenta el plazo de prescripción para cometer su delito (en aplicación estricta del principio de legalidad), no se ve ninguna necesidad de proteger normativamente este interés del autor¹³⁰. Esta posición (criticada en Alemania) ten-

129. Ver c. más ref. de la doctrina alemana, JESCHECK/WEIGEND, p. 911 y s. Se fundamente este resultado en que, si bien la "prescripción" tiene su origen en el Derecho material, sus efectos se limitarían al proceso penal. Su fundamento estaría en la "falta de necesidad de pena" pese a la permanencia del "merecimiento de pena", lo cual solamente afecta al proceso penal. Y ello siempre habría sido así, pues en todos los casos de prescripción no se "absuelve" al procesado, sino se "archiva el proceso". Ver *idem*, p. 912 y s. Críticamente, expone esta posición también JAKOBS, c. más ref., p. 67 y s., n. marg. 9, en el texto y en la nota 20.

130. Así expresamente JESCHECK/WEIGEND, p. 912, nota 3. En contra, expresamente Santiago MIR PUIG, citando doctrina y jurisprudencia española en ambos sentidos, ver p. g., p. 774 y s.

dría que evaluarse en nuestro país para su adopción oportuna. Sin embargo, ello no exime la necesidad de revisar de *lege ferenda* el sistema peruano de la prescripción de la acción e introducir cambios en el sentido arriba propuesto.

1.5. LA AGRAVANTE GENÉRICA Y LA INHABILITACIÓN ESPECIAL

El artículo 46-A C.P. peruano ha previsto una circunstancia agravante para el funcionario público que cometa delitos aprovechándose de su condición de tal: hasta un tercio por encima del máximo legal previsto en el tipo correspondiente, sin que se pueda exceder el máximo establecido en el artículo 29 (35 años). Pero también se aclara que la agravación no se aplicará "cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible". El primer supuesto existe, p. ej., en la agravación de los delitos contra los derechos de autor (art. 220, literal 3), de tráfico ilícito de drogas para funcionarios públicos (art. 297, primer párrafo). El segundo supuesto se refiere al propio injusto penal del funcionario público previsto de manera independiente, como en el caso de la contaminación ambiental (art. 306), la tortura (art. 321), uso indebido de información privilegiada (art. 251-A), o precisamente, los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Entonces, debe quedar claro que la circunstancia agravante del art. 46-A *no es aplicable* a los delitos contra la Administración Pública, pues en estos, por su propia naturaleza, la condición de "funcionario público" fundamenta el injusto penal y la penalidad de la conducta (delito especial propio) o sirve de base para prever una pena mayor que la que le correspondería por el delito común que subyace en el tipo penal (delito especial impropio). Aplicar la agravante a todos estos casos implicaría atentar contra el princi-

pio *ne bis in idem* al tener en cuenta dos veces las mismas características del sujeto activo para construir el tipo penal y prever la pena¹³¹.

Por otro lado, el artículo 39 del C.P. establece que se impondrá "inhabilitación especial" como pena accesoria "cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye *abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública (...)*". Y dicha inhabilitación se extenderá por igual tiempo que la pena principal.

En la legislación comparada no siempre se prevé una cláusula similar a la peruana. En Argentina, p. ej., el fundamento de la inhabilitación no es el "abuso del cargo", pues éste siempre está dado cuando interviene un funcionario público, a veces incluso si comete delitos comunes. Por eso, la inhabilitación depende del ánimo con que ha actuado el funcionario. Pero para la Administración Pública no es peligroso ni reprochable cualquier ánimo, pues, p. ej., el sujeto podría haber actuado con un exceso de "celo" funcional para conseguir beneficios para la propia administración (p. ej., en las exacciones simples). El legislador argentino ha considerado que debe tratarse de un "ánimo de lucro" (art. 22 *bis* C.P. argentino). Y en España no se observa una cláusula similar, pero son los tipos penales mismos los que prevén, cuándo el legislador ha estimado conveniente, una pena de inhabilitación, además de las penas principales.

La situación se complica en el caso peruano, porque el legislador penal ha previsto, además de la "inhabilitación" de carácter general para los funcionarios públicos que abusaran de su cargo en el artículo 39, una "disposición común" (art. 426) para los capítulos referidos a "delitos contra la Administración Pública cometidos

131. Igual argumentación para la agravante genérica española en Carlos MIR, p. 29.

por funcionarios públicos" (capítulo II, Título XVIII) y "delitos contra la administración de justicia (capítulo III, Título XVIII), donde se dispone que, además de la pena, deberá imponerse a los sujetos una "pena de inhabilitación" de 1 a 3 años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2. Con esto habría una repetición de lo que ya se había dispuesto en la parte general del Código penal.

Esta superposición de disposiciones puede salvarse de alguna manera a través de la siguiente interpretación. Como en toda la parte especial (y eventualmente en las leyes especiales) se encuentran dispersos tipos penales en los que, aunque el bien jurídico tutelado no es el "funcionamiento de la Administración Pública", intervienen "funcionarios públicos", la cláusula general del artículo 39 se aplicará en estos casos, así como a los particulares en la comisión de cualquier delito pero en los cuales abusen de su profesión, oficio o cualquier otro atributo señalado en esa disposición. P. ej., el artículo 39 sería aplicable en los siguientes casos: matrimonios ilegales (141, 142), allanamiento ilegal de morada (art. 150), violación de libertad de menores o incapaces (153a), violación de la intimidad personal (155), omisión de protección del patrimonio cultural (229), delito financiero de omisión y denegación de información (245), abuso de información privilegiada (251a), delito monetario (258), tráfico ilícito de drogas (297), otorgamiento indebido de licencias de funcionamiento a empresas contaminantes (306), delito ecológico (307, segundo párrafo), autorización indebida de proyectos de urbanización (312), omisión de resistirse a una rebelión, sedición o motín (352). También podrá aplicarse tal disposición para el grupo de delitos cometidos del capítulo I del título XVIII de la Parte Especial (usurpación de funciones, violencia, resistencia y desobediencia a la autoridad, etc.). Aunque aquí hay supuestos en los que el sujeto activo puede ser también un "funcionario público", la inhabilitación para estos solamente es posible a través del artículo 39, pues su caso está excluido expresamente por el artículo 426.

En cambio, la *inhabilitación específica* del artículo 426 se aplicará solamente a todos los demás delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. La diferencia está en que en este último caso el tenor de la disposición obliga a imponer determinadas inhabilitaciones (privación de la función, cargo o comisión e incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público), y una duración determinada de ellas (de uno a tres años). Es decir, se trata de una *inhabilitación principal*, aunque la jurisprudencia nacional no parezca haberlo entendido así del texto (por lo demás confuso por referir la "inhabilitación accesoria" a un abuso de la función) del artículo 39 *in fine*: las "inhabilitaciones accesorias" tienen siempre la misma duración que la pena principal¹³². Puede justificarse la interpretación propuesta aquí por el hecho de que el legislador habría considerado de antemano la gravedad del abuso de la función específica en este último grupo de delitos, motivo por el cual ha preferido fijar con carácter vinculante las inhabilitaciones y la duración de ellas.

En efecto, si bien todos los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos implican "abuso de autoridad", no obstante, en el primer grupo el funcionario público solamente es sujeto activo y abusa "de su cargo", mientras que en el segundo, además, abusa de sus "funciones específicas". Por eso, para la inhabilitación del artículo 426 no bastará que el sujeto activo sea funcionario público, también se exige que abuse de tal condición ("abuso del cargo").

Pero es criticable que el período de la inhabilitación sea tan corto. P. ej., si un Ministro cometiera un delito de peculado o cohe-

132. PRADO SILDARRIAGA constata esta mala interpretación en la jurisprudencia nacional; ver c. jurisp. nacional, *Las consecuencias jurídicas*, p. 84 y ss.; también sobre la "inhabilitación accesoria", p. 66.

cho, la inhabilitación para obtener un nuevo cargo similar no superaría los 3 años. Desde esta perspectiva, el artículo 426 es incluso más benigno que el 39, pues este permitía una inhabilitación por un tiempo igual que la pena principal, aunque también, en líneas generales, pueda ésta parecer todavía demasiado benigna.

De *lege ferenda*, siguiendo el modelo español, debería preverse por separado, en cada tipo legal la pena de inhabilitación, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta.

II. DELITOS COMETIDOS (MAYORITARIAMENTE) POR PARTICULARES

A continuación se procederá al análisis de los delitos contra la Administración Pública en particular, siguiendo la clasificación hecha en el C.P. peruano: delitos cometidos por particulares y delitos cometidos por funcionarios públicos. Esta técnica, sin embargo, tal como se ha dicho más arriba (1.1) no es acertada.

En la exposición que sigue se destacará en especial el respectivo objeto del bien jurídico (correcto funcionamiento de la Administración Pública) contra el que cada uno de los delitos atenta.

En el caso de los "delitos cometidos por particulares", se tiene un total de 15 artículos con la descripción de muchas conductas punibles. Una situación que va claramente en contra de la tendencia moderna de prever la menor cantidad posible de figuras penales contra la Administración Pública en la que el sujeto activo sea un particular. Esta tendencia es explicable, pues si se constata la existencia de un "deber especial" que solamente recae en funcionarios públicos debido a su cercanía con el bien jurídico

tutelado¹³³, las conductas más graves y merecedoras de sanción penal serán las cometidas por ellos.

Pero el C.P. peruano no ha tenido en cuenta el principio de "mínima intervención" en una serie de casos. Así, la gravedad del ataque al bien jurídico no es constatable en la usurpación de insignias, títulos u honores (art. 362); en el "desacato ofensivo" (art. 374) y en la mayoría de supuestos de violencia y resistencia a la autoridad (arts. 365 a 369) deberían bastar los tipos comunes ya existentes; en los casos de "intrusismo" (art. 363 y 364) el ataque está dirigido más bien a la "fe pública". Solamente en la "usurpación de funciones" (art. 361), la "desobediencia a la autoridad" (arts. 369 y 371) y los atentados contra medios probatorios u objetos requisados por la autoridad (arts. 372 y 373), podríamos constatar todavía atentados directos contra el funcionamiento de la Administración Pública, aunque la gravedad del atentado todavía sea discutible.

Como, por lo demás, las conductas de los particulares pueden ser subsumidas ya por tipos penales comunes (delitos contra la libertad, el honor) o ser vistas como "participación" de los delitos cometidos por los funcionarios públicos¹³⁴, no se justifica la agrupación de los delitos bajo el epígrafe: "delitos cometidos por particulares".

133. Véase sobre esta "relación positiva con el bien jurídico" en FEIJÓO SÁNCHEZ, p. 707 y s.

134. También FEIJÓO SÁNCHEZ destaca la similitud de delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares con la "participación criminal" de los otros delitos contra la Administración Pública, salvo el caso del aprovechamiento de secretos o información privilegiada del artículo 418 y el tráfico de influencias del artículo 430; ver p. 706.

2.1. USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES

2.1.1 Bien jurídico tutelado

Parece ser discutible que el bien jurídico tutelado sea aquí el "funcionamiento de la Administración Pública". Y es que, aunque se usurpen funciones, el ejercicio de ellas puede ajustarse a las leyes y no perjudicar a los administrados, a pesar de lo cual, seguirá habiendo delito. Lo que sí resulta afectada, sin dudas, es la *seguridad del tráfico jurídico* en relación con la actividad funcional y el valor que ésta posee. Por ese motivo, tanto el C.P. español anterior como el actual prevén estas figuras, junto a otras, dentro del grupo de las "falsedades"¹³⁵. Además, resulta interesante, de *lege ferenda*, comprobar que el legislador español prevé por separado otros actos de "usurpación de funciones" cometidos por determinados funcionarios públicos: autoridades que usurpan funciones propias de otros poderes del Estado (arts. 506 a 509). Estos casos son considerados como "delitos contra la división de poderes", pues ése es el bien jurídico que se quiere tutelar.

Con respecto al OBJETO (o "bien jurídico específico") directamente afectado, aquí está en juego la *legalidad de la función* en cuanto a la competencia o idoneidad de quien actúa o puede actuar ejerciendo una función pública para decidir o establecer distintas esferas de competencia entre los funcionarios¹³⁶.

135. Sobre la anterior regulación, ver ORTS en COBO/VIVES y otros, p. 193 y ss., 269 y ss.; sobre el actual C.P., QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1760 y ss.

136. CREUS, p. 147 y s.; FONTÁN BALESTRA, p. 213; ÁNGELES/FRISANCHO, p. 3110 y s. En Alemania, debido a la ubicación de esta figura (entre los "delitos contra el ordenamiento público"), se considera que el atentado se dirige contra la "autoridad estatal" y el "prestigio del aparato estatal", aunque también se discute sobre esto; ver c. más ref. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 1235, n. marg. 1; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1121, n. marg. 1.

2.1.2 Usurpación de funciones públicas (art. 361)

Artículo 361.- El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

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

El legislador nacional ha escogido el verbo rector "usurpar" para describir el núcleo del injusto penal. Esto puede generar algunos problemas de interpretación, pues dicho concepto puede tener distintas acepciones. Por ejemplo, en la doctrina colombiana se distingue entre "usurpación" y "abuso" de funciones: el primer caso implica "arrogarse" un título (de funcionario) que no se tiene; el segundo, "investirse" de una función que no se tiene¹³⁷.

Interpretativamente se ha distinguido entre "usurpación de funciones" y "usurpación de autoridad". La diferencia entre ambos radicaría en quién es el sujeto activo: si es el funcionario público, el cual sí tiene autoridad, y se extralimita o asume funciones ajenas, estaría usurpando funciones; si es un particular, estaría usurpando autoridad, pues no tiene ninguna¹³⁸. Esta construcción, muy clara y sencilla y que parece, además, concordar con el texto

137. Ver FERREIRA DELGADO, p. 177 y s.

138. Así con jurisprudencia nacional FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 459 y ss.; 2.ª ed., p. 493; 3.ª ed., p. 653 y ss.

legal peruano, no deja de ser engañosa. La distinción se basaba en otra más profunda: aquélla que distinguía entre funcionarios con autoridad y funcionarios sin autoridad. Esta distinción elaborada en el marco de la discusión del concepto penal de "funcionario público" ¹³⁹ no puede servir aquí, pues el tipo penal no exige que se ejerza o no autoridad, sino que se usurpen "funciones públicas". Si nos atenemos a lo dicho por el artículo 425 C.P. peruano para definir el concepto de funcionario público, veremos que muchos funcionarios públicos (p. ej., los funcionarios de confianza) que pueden ser sujetos activos de delitos contra la Administración Pública no tienen autoridad. Y, sin embargo, ejercen funciones públicas.

Si se quiere persistir en las distinciones, podría decirse que la primera modalidad del artículo 361 contiene una usurpación genérica de "funciones" (de funcionarios con o sin autoridad) y a continuación detalla un caso evidente de usurpación de autoridad: la de dar órdenes militares o policiales. Pero nótese que la distinción no tiene ninguna trascendencia en la tipicidad. El legislador no ha dado importancia a la distinción ni siquiera para prever las consecuencias penales (el marco penal pudo haber sido más grave para la "usurpación de autoridad"). Eso no quiere decir, por cierto, que dentro del marco penal ya existente, no se puedan valorar de manera diferente las conductas y fijar una mayor pena para la "usurpación de autoridad".

Por otro lado, sí es relevante la distinción entre "usurpación de funciones" y "usurpación del cargo" ¹⁴⁰, pues —como se verá— en algunos casos se dará la primera (usurpación por ejercicio) y en otros solamente la segunda (usurpación por asunción), la cual, por

139. Ver al respecto la doctrina española citada más arriba, 1.2 nota 10.

140. Distingue correctamente, aunque sin más explicaciones, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 461; 2.ª ed. 495; 3.ª ed., p. 655.

quedarse dentro del ámbito interno de la Administración Pública, deberá ser considerada atípica.

El modelo escogido por el legislador nacional no parece ser el mejor. Debió haber evitado emplear el concepto "usurpar", y referirse mejor directamente a las conductas supuestas en el particular (asumir y ejercer). Por otro lado, también debió diferenciar la penalidad según el grado de injusto de las conductas; por ejemplo, será más grave la "usurpación" del particular que la "continuación" ilegítima del ejercicio de la función por el funcionario.

Los supuestos típicos de "usurpación" están contenidos en el artículo 361 y se refieren a distintos sujetos activos. Veamos las modalidades:

a) Ejercicio ilegítimo de actividad funcional (primer párrafo, primera modalidad).

Se trata de usurpar funciones públicas o de usurpar la facultad de dar órdenes militares o policiales. Aquí hay que distinguir varios elementos:

— SUJETO ACTIVO puede ser cualquier persona, menos un funcionario público, pues para este caso está previsto el tercer supuesto que estudiaremos a continuación (el que ejerce una función pública de otro teniendo un cargo diferente). No obstante, si se admitiera la distinción entre "asumir" y "ejercer", y se observara que dicho tercer supuesto sólo cubre los casos de "ejercer" función pública ajena, tenemos que puede interpretarse que en este primer supuesto también podría ser sujeto activo otro funcionario público en cuanto "asuma", pero no ejerza, funciones públicas ajenas¹⁴¹.

141. Así CREUS, p. 156.

No obstante, esta posibilidad interpretativa debe ser rechazada, pues, como se argumenta más adelante, no tiene en cuenta al verdadero bien jurídico tutelado cuando considera típicas las modalidades de "asunción" que, en realidad, no llegan al ámbito "externo" de la Administración Pública.

Por el sujeto activo, se trata entonces de un "delito común" de carácter especial, pues puede ser cometido por cualquiera, menos por el funcionario público. Por lo demás, como es evidente, el tipo penal, en el caso de "usurpación por ejercicio ilegítimo" no se restringe solamente al "revolucionario fracasado", es decir, a aquél que quiso cambiar violentamente el orden establecido, ejerció funciones, pero luego fue derrotado¹⁴².

— USURPAR. La doctrina argentina no utiliza el término "usurpar", sino dos modalidades diferenciadas: "asumir" o "ejercer"¹⁴³. Por eso, una primera alternativa de interpretación del tipo penal peruano podría consistir en seguir la fuente argentina y entender que la "usurpación" albergaría ambas modalidades, siempre que se refieran a una función pública (cargo o comisión) o, de manera más específica, la facultad de dar órdenes militares o policiales. Y aquí habría que precisar que la *asunción* (ilegítima) consistiría en la toma de posesión de modo efectivo mediante acto público o privado de apropiación o tenencia. No bastaría para ello invocar el cargo, se necesitaría su ocupación efectiva (no simulada).

No obstante, nada obliga a seguir la interpretación argentina, pues el tipo penal peruano no se refiere expresamente a la modalidad de "asumir". Además, tal modalidad no puede ser equiparada a la de "ejercer". El mero "asumir" funciones públicas,

142. Así el discurso de FERREIRA DELGADO, p. 180 y s.

143. En la doctrina nacional se ha seguido a la doctrina argentina, sin tener en cuenta las consecuencias de las diferencias en la redacción de los tipos penales. Ver Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 463; 2.^a ed., p. 497, 3.^a ed., p. 658; PORTOCARRERO, p. 25; ÁNGELES/FRISANCHO, p. 3116.

indebidamente, puede tener suficiente injusto administrativo (ataca el "ámbito interno" de la Administración Pública), pero no penal. Por último, tampoco se explicaría una interpretación tan extensiva de la primera modalidad, cuando las otras dos implican siempre un ejercicio efectivo de funciones: continuar ejerciendo funciones y ejercer funciones ajenas. Es más, el propio tipo legal, en la primera modalidad, se refiere a la "usurpación de una función pública" y no a la "usurpación de un título de función pública"; con esto presupone que el reproche penal no va dirigido aquí a esto último (que se manifiesta en la "asunción"), sino más allá de eso al efectivo ejercicio de la función pública. Luego, el término "usurpar" debe entenderse solamente en el sentido de que el sujeto activo ejerce, ilegítimamente (sin título ni nombramiento), funciones públicas, haya o no haya asumido previamente de manera oficial tales funciones.

El EJERCICIO (ilegítimo) consiste en desempeñar efectivamente el cargo o comisión, realizando actos que son propios de ellos. En algunos casos será necesaria la "asunción" previa, pero ella sola no es suficiente, el sujeto activo deberá ejercer la función. Al ejercer, el sujeto debe *atribuirse públicamente* la calidad del funcionario y *realizar* actos funcionariales; no basta con la mera invocación de ser funcionario público¹⁴⁴. P. ej., sólo habrá delito de daños cuando un particular (sin invocar ser funcionario) mandara destruir un edificio en estado ruinoso y es obedecido; pero sí habría delito de "usurpación de funciones" cuando el sujeto activo haya asumido previamente el cargo respectivo y luego ordena el acto mencionado o, sin haber asumido el cargo, ordena tal acto dando a entender que es un funcionario competente para ello. No interesa si el acto por sí mismo es legal o ilegal; si es formal y

144. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 1236, n. marg. 5; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1122, n. marg. 5.

materialmente correcto o no. P. ej., también habrá tipicidad cuando el sujeto se atribuye la condición de funcionario público y ordena la destrucción de un edificio realmente ruinoso que amenaza la seguridad pública. Aquí, por supuesto, podría discutirse más bien una causa de justificación (estado de necesidad).

La ocupación del cargo y el ejercicio de funciones deben ser *auténticos* (aunque indebidos), no simulados. Ejemplo: si A y B engañan a C, actuando como si el primero fuera Juez; aquí puede haber solamente una maniobra de estafa. Una conducta tan amplia como ésta está tipificada en el artículo 163 del C.P. colombiano de 1980¹⁴⁵. Tal conducta engañosa podría constituir un elemento de otros delitos como la "estafa" o la "concusión", pero no un delito de "usurpación de funciones". Si tal simulación se produce con el uso indebido de uniformes, signos distintivos, etc., es posible también la tipicidad del artículo 362.

Esto no quiere decir que en la "usurpación de funciones" no medie el *engaño*. Aunque el tipo penal no lo diga expresamente, el término "usurpar" denota automáticamente también un elemento de "falsedad": la "atribución de carácter oficial" de la conducta del sujeto activo; en este elemento se manifiesta el engaño que sufre el que soporta la actuación del usurpador¹⁴⁶. El engaño puede estar ya desde el momento de la "asunción" de una función pública, que es ejercida posteriormente, o en la legitimidad para ejercer funciones, sin previa asunción. Una modalidad de "usurpación-ejercicio" en este último sentido ha sido previsto de manera expresa en el artículo 132 del StGB alemán¹⁴⁷.

145. Al respecto ver FERREIRA DELGADO, p. 185 y s.

146. QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1761; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 610.

147. Al respecto CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 1236, n. marg. 6 y ss.; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1122, n. marg. 6 y ss.

El verbo rector "usurpar" se refiere a los dos supuestos señalados en el tipo: "la función pública" y la "facultad de dar órdenes militares o policiales". Luego, en ambos casos debe darse la conducta típica de "usurpar" en el sentido de "ejercicio ilegítimo"¹⁴⁸.

— FUNCIÓN PÚBLICA. El tipo penal peruano vincula el acto de usurpación a una "función pública". Ésta debe entenderse como toda tarea de la administración que implica el ejercicio de la *voluntad estatal* para realizar una *finalidad pública*. No basta con que se trate de ejecutar un "servicio público", sino de un "ejercicio de la función propia de un funcionario". P. ej., no hay usurpación cuando un vecino se lleva la basura dejada en la calle que a la Municipalidad le toca recoger, pero sí cuando, sin ser el funcionario competente, ordena que la basura sea recogida. No toda facultad de un funcionario público implica el ejercicio de una función pública.

Además, la función debe *existir en el momento del hecho*. No hay usurpación, p. ej., cuando alguien ocupa la función de miembro de una Comisión Liquidadora de un órgano descentralizado del Estado (como el ya desaparecido ITINTEC) después que ella ha dejado de funcionar. Aquí hay inidoneidad del objeto, la cual es propia de la tentativa inidónea, la cual es impune para nuestra legislación. Y también la función pública usurpada debe estar vigente, aunque todavía no la haya asumido el funcionario designado por la ley. Solamente así podría armonizarse el tipo penal con el principio de lesividad, pues en los casos en que la función pública no existiera, no se atentaría contra el bien jurídico. En cambio, para una concepción distinta, que viera como bien jurídico tutelado al

148. Aparentemente entiende lo mismo Fidel Rojas cuando exige que el particular "ordene inmiscuyéndose en atribuciones de las que no goza", es decir solamente aceptaría la modalidad del "ejercicio"; ver 1.^a ed., p. 466; 2.^a ed. p. 500; 3.^a ed., p. 661.

"prestigio" de la administración o del aparato estatal, también habría delito de usurpación de funciones si la función pública no existiera¹⁴⁹.

En mi concepción, no se admite, entonces, el delito contra la Administración Pública, pero sí sería posible la comisión de otros delitos si la conducta de engaño fuera acompañada de otros elementos: estafa, daños, etc.

Otra característica de la "función pública" usurpada es que represente *funciones nacionales*; el tipo penal no protege las funciones públicas de Estados extranjeros u organizaciones internacionales.

Como el tipo penal peruano se centra en la "usurpación" como "ejercicio ilegítimo" y no en la "forma" cómo se ha ejercido el acto funcional, para la tipicidad no importará que el sujeto activo, al ejercer las funciones, lo haga de conformidad con lo que la ley ha estipulado para ellas o se extralimite; p. ej., ejerce abusivamente ordenando detenciones ilegales, dictando resoluciones ilegales, incautaciones y registros sin orden judicial, etc.¹⁵⁰. En es-

149. Así en Alemania; ver al respecto CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 1235, n. marg. 4; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1122, n. marg. 4.

150. También en Alemania, si bien allí interesa que la acción típica "dé la impresión de una actividad funcional" porque así se dañaría también la "autoridad estatal"; ver al respecto CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 1236, n. marg. 8; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1122 y s., n. marg. 8.

En el artículo 402 del C.P. español esta distinción sí es importante; el tipo penal es aplicable solamente si el usurpador ejerce funciones públicas sin extralimitarse; ver QUINTERO OLIVARES, quien pone el ejemplo del empleado de una Notaría quien, haciéndose pasar por el Notario, da fe notarial de manera que también sin la usurpación hubiera infringido el Reglamento Notarial; ver en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1762.

tos casos, como el sujeto será un "funcionario de facto" para efectos penales, el delito de "usurpación" podría concurrir con otros delitos contra la Administración Pública (ver al respecto 1.2).

— ILEGITIMIDAD ("sin título o nombramiento"). El legislador penal especifica las causas de la "ilegitimidad" del ejercicio de funciones por parte del sujeto activo. Pero la terminología utilizada ha llevado desde antiguo a confusiones. Por eso, hubiera sido preferible emplear simplemente el término genérico: "El que *ilegítimamente* (...)", tal como hace ahora el artículo 402 del nuevo C.P. español. El *nombramiento* es aquel acto administrativo efectuado por la autoridad competente para el cargo de que se trate. El concepto de *título* es más polémico, pero usualmente hay consenso en admitir que no es sinónimo de "nombramiento". Hay dos teorías. Para unos, siguiendo un concepto formal, se trata del "diploma", del medio oficial de acreditar idoneidad, exigido por la ley¹⁵¹. Pero esta interpretación se confunde con la de otros supuestos que sí se refieren expresamente a este tipo de títulos, como los arts. 362 y 363 que estudiaremos a continuación. Para otra doctrina, se trata de situaciones en que la investidura de la función no depende del nombramiento, sino de otros procedimientos; p. ej., elecciones. Esta parece ser la interpretación más lógica.

La usurpación sin legitimidad (sin título o nombramiento) no es legitimada por un título o nombramiento posterior. Si el título o nombramiento eran inválidos, seguirá habiendo usurpación, pero el sujeto será un "funcionario de facto" y podrá ser sujeto activo de otros delitos contra la Administración Pública (ver *supra* 1.2).

— TIPO SUBJETIVO. El delito es doloso. El dolo está dirigido a la ocupación del cargo o al ejercicio. Si bien para algunos

151. CREUS, p. 214; en el Perú, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 464; 2.ª ed., p. 498, 3.ª ed., p. 659.

autores no es posible el *dolo eventual*¹⁵², me parece que puede presentarse en caso de títulos o nombramientos obtenidos en circunstancias dudosas con conocimiento del autor, de tal manera que éste arriesgó la invalidez posterior y la ilegitimidad de su accionar. Aquí debería ser plenamente válido el argumento de la admisión del dolo eventual: no se debe dejar en manos de los individuos el decidir acerca de la posibilidad que acciones peligrosas para el bien jurídico (así observadas por él) puedan llevar a una efectiva afección del bien jurídico. Por eso el tipo penal sí admite el "dolo eventual"¹⁵³.

Algunos entienden que debe concurrir un elemento subjetivo adicional: una "intención de ejercer materialmente el cargo"¹⁵⁴. Pero esto restringiría demasiado los alcances del tipo.

El ERROR sobre la calidad de funcionario público o de las "facultades funcionariales" debe ser tratado como *error de tipo*; un "error de prohibición" es posible cuando el sujeto activo cree poder realizar actividades que, en realidad implican ejercicio funcional, creyendo que no era necesario que las ejecute un funcionario público¹⁵⁵.

El tipo penal no está construido como un "delito de propia mano"; es decir, no es necesario que sea el propio AUTOR el que ejecute los hechos que implican "usurpación de funciones". Puede hacerlo tanto en "coautoría" con otros sujetos que aporten dolosamente con dominio funcional del hecho (p. ej., un registro

152. CREUS, p. 157.

153. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 1237, n. marg. 13; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1123, n. marg. 13.

154. Más ref. en CREUS, quien está en contra de esto, p. 154.

155. Al respecto, c. más ref. sobre la discusión alemana, CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 1237, n. marg. 14; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1123, n. marg. 14.

domiciliario hecho por dos supuestos funcionarios de la policía), como también la "autoría mediata" a través de un "instrumento no doloso" (p. ej., cuando el registro fue llevado a cabo por policías engañados por un supuesto fiscal)¹⁵⁶. La PARTICIPACIÓN es posible en aquellos que aporten contribuciones que no impliquen tal dominio del hecho.

Para la CONSUMACIÓN hay que tener en cuenta que se trata de un delito de "mera actividad"; prescindiendo de la afección al bien jurídico, no se exige ningún resultado separable espacio-temporalmente de la acción típica. P. ej., perjuicio o ejecución efectiva de las órdenes. Pero la TENTATIVA es posible. Puede pensar en la realización de actos de ejecución destinados a ejercer la función pública, sin lograrlo, como p. ej., la asunción de funciones para ejercer a continuación ilegítimamente.

Finalmente, en el marco del CONCURSO conviene hacer distinciones entre esta figura típica y otras. Con el abuso de autoridad (art. 376) se distingue en que en esta última figura, el autor es siempre funcionario público y ejerce sus propias funciones aunque excediéndose de ellas. Además, el tipo penal peruano de abuso de autoridad exige una "idoneidad" de perjudicar intereses de particulares (para otros sería un "resultado") que no es exigido por el tipo de usurpación de funciones: que el abuso se cometa "en perjuicio de alguien". La aceptación de designación ilegal (art. 381, segundo párrafo) puede llegar a un concurso con la usurpación de función pública cuando, tras la aceptación ilegal del cargo, el sujeto lo ejerce. Pero en este caso estamos ante un "concurso real", pues habría pluralidad de hechos.

Con delitos comunes es perfectamente posible el "concurso ideal", cuando la conducta de ejercicio ilegal implicó una "sustrac-

156. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 1237, n. marg. 12; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1123, n. marg. 12.

ción con ánimo de lucro" (hurto), un engaño seguido de una libre disposición patrimonial y perjuicio (estafa) o la elaboración de un documento falso (falsedad documental)¹⁵⁷. En este último caso, no hay que olvidar que los tipos peruanos de falsificación (arts. 427, 428) exigen un "peligro concreto" (resultado): que del uso del documento pueda resultar algún perjuicio. Claro que este elemento se encontrará siempre en casos en los que se use el documento (público) para usurpar funciones públicas y, por lo tanto, allí es inevitable el concurso.

b) Continuación arbitraria de la función pública (art. 361, primer párrafo, segunda modalidad).

Los elementos típicos coinciden, en parte, con los de la primera modalidad.

— SUJETO ACTIVO puede ser el funcionario cesado, destituido, suspendido o subrogado en el cargo, pero que lo sigue ejerciendo. No puede serlo el que detentaba ilegalmente el cargo. En este caso se produce más bien la primera modalidad del tipo. Tampoco puede ser sujeto activo quien está de LICENCIA, pues sigue teniendo capacidad funcional¹⁵⁸. Aquí hay solamente la posibilidad de una sanción administrativa.

— EJERCER función pública correspondiente al cargo que el sujeto activo tenía. Esto presupone también la existencia previa de tal función pública; si la función dejara de existir al mismo tiempo que el funcionario cesa su vínculo funcional, por más que continúe "ejerciendo", no habrá delito de "usurpación de funciones", pues no hay función pública que usurpar¹⁵⁹.

157. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 1237, n. marg. 16; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1124, n. marg. 16.

158. CREUS, p. 161.

159. Cfr. CREUS, p. 160.

— CONTINUACIÓN del ejercicio. El sujeto no debe haber abandonado el cargo, pues en tal caso, al tratarse ahora de un particular, volveríamos al primer supuesto. Pero también debe subsistir la función que antes tenía el funcionario (si la función ya no existe, no hay delito). Como dice FONTÁN BALESTRA: "La actividad del (ex)funcionario se prolonga como si no hubiera mediado cesantía o suspensión y así, sin solución de continuidad, se pasa de lo lícito a lo ilícito"¹⁶⁰. Incluso si se produjera una continuación parcial de funciones, también se presentará este elemento¹⁶¹.

— DESTITUCIÓN, CESE, SUSPENSIÓN O SUBROGACIÓN del cargo. Se trata de casos de terminación o suspensión temporal del vínculo del funcionario con la Administración Pública y, por lo tanto, de la facultad de ejercer la función pública¹⁶². Mediante la *destitución*, el sujeto es separado de la Administración Pública debido a alguna falta grave o medida disciplinaria. En el *cese*, el funcionario se aleja voluntariamente o debido al cumplimiento de plazos estipulados en la ley para el ejercicio del cargo, o incluso cuando así lo dispone una autoridad superior. La *suspensión* constituye una medida disciplinaria que priva temporalmente al funcionario del cargo o ejercicio de la función. Por último, la *subrogación* se refiere al reemplazo del funcionario por otra persona que va a asumir y ejercer la función que aquél detentaba.

Todas estas situaciones tienen que darse de manera legítima, tanto en lo formal (por autoridad competente y en la forma debida) como en lo material (no debe tratarse de un "abuso de

160. FONTÁN BALESTRA, p. 217.

161. CREUS, p. 158 y s.

162 Las definiciones que siguen son admitidas en la doctrina administrativa nacional. Ver también al respecto FIDEL ROJAS, 1.^a ed., p. 467 y s.; 3.^a ed., p. 662 y s.

autoridad" típico. Por otro lado, no importa que estas se hayan dado de manera injusta o improcedente¹⁶³.

— Aunque el tipo penal peruano no lo diga expresamente (la fuente argentina sí), es preciso que antes, el agente haya recibido una COMUNICACIÓN OFICIAL de la resolución correspondiente que lo destituye, cesa, suspende o subroga¹⁶⁴. No basta, p. ej., la simple presentación de la renuncia, si ésta no ha sido todavía aceptada. En realidad, éste es un requisito formal. No es necesaria la comunicación cuando la duración del cargo estaba establecida de antemano¹⁶⁵. Pero sí es necesaria, incluso cuando el funcionario tenía (por cualquier otra vía) pleno conocimiento de la suspensión o terminación de su vínculo con la función pública¹⁶⁶.

— TIPO SUBJETIVO. Sólo cabe el *dolo directo* que implica conocer la cesantía, suspensión, etc. a través de una comunicación oficial, y querer seguir ejerciendo funciones. Precisamente porque hay una comunicación oficial, es imposible que exista dolo eventual¹⁶⁷. Ahora bien, lo que sí es posible es el ERROR, tanto evitable como inevitable, p. ej., si el sujeto activo desconocía su cese, o si la comunicación era ambigua, o incluso si interpretó mal la comunicación bajo su propia culpa¹⁶⁸. Entender que estos casos de error de tipo evitable albergarían casos de "dolo eventual" implicaría dar trascendencia penal a casos verdaderamente de bagatela: en esas situaciones siempre es posible la sanción administrativa o una reiteración de la comunicación oficial al funcionario público.

163. CREUS, p. 159; FONTÁN BALESTRA, p. 218.

164. FONTÁN BALESTRA, p. 219; CREUS, p. 160.

165. FONTÁN BALESTRA, p. 218.

166. Cfr. CREUS, p. 160.

167. En contra, Fidel ROJAS, quien acepta dolo eventual en todas las modalidades; ver 1.ª ed., p. 469; 2.ª ed., p. 503; 3.ª ed., p. 664.

168. Similar, CREUS, p. 162 y s.

La CONSUMACIÓN se da con la ejecución de cualquier acto funcional. No se necesita un daño, ni siquiera un peligro concreto. El delito puede llegar a ser un "delito permanente", pues el sujeto continuará usurpando la función todo el tiempo que continúe ilegítimamente en el cargo. Teóricamente es posible la TENTATIVA cuando se dan actos ejecutivos del funcionario con la intención de seguir ejerciendo actos funcionariales, pero sin lograr que estos se cumplan. Ejemplo: estar a punto de firmar una resolución. La doctrina solía indicar que estos casos son difíciles de encontrar en la práctica¹⁶⁹, pues la continuación ilegítima se materializaría con cualquier acto de administración: firmar resoluciones, dar órdenes a subordinados, enviar oficios, etc. Ahora bien, siguiendo la noción de bien jurídico adoptada al inicio (1.1), debe entenderse que solamente tendrán efectos penales aquellos actos que se enmarcan dentro del "ámbito externo" de la Administración Pública. Desde esta perspectiva es posible afirmar que *la consumación solamente se produciría con actos administrativos y no con cualquier acto de administración*. En estos últimos casos habrá infracción disciplinaria; y si tienden a lograr un acto administrativo auténtico, podrían ser considerados como "tentativa" del delito.

Como aquí se trata de un *delito funcional especial*; es decir, no puede ser autor del delito cualquier funcionario público, sino solamente el que se halle "destituido, cesado, suspendido o subrogado", solamente puede ser AUTOR del delito tal funcionario. La "coautoría" sería posible solamente cuando se trate de funcionarios que reúnan tal cualidad referida a la misma función (p. ej., órganos colegiados). Pero no se puede decir que se trate de un delito de "mano propia", pues es posible cometer el delito empleando un instrumento humano ("autoría mediata").

169. Similar razonamiento, CREUS, p. 161.

Es posible que en la práctica concurren CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. Así, puede darse un "estado de necesidad" cuando el funcionario cesado continúa ejerciendo funciones para evitar los daños que ocasionen una omisión del servicio. Aquí no basta la simple "posibilidad", sino que es necesaria una "probabilidad" de la causación de un peligro actual e insuperable de otro modo (art. 20, número 4). P. ej., esta situación casi no se presentará en el Juez que quiere evitar demoras en los trámites, pero sí en el director de un hospital alejado, donde la sustitución por el nuevo funcionario puede tardar y podría ocasionar graves daños ante una situación de emergencia en dicha zona (una epidemia grave)¹⁷⁰.

c) Usurpación de funciones ajenas (art. 361, primer párrafo, tercera modalidad).

— SUJETO ACTIVO es el funcionario público, sin importar que esté en pleno ejercicio de su propio cargo. Es decir, incluso puede ser sujeto activo el funcionario que esté suspendido, subrogado, cesado, etc. En caso contrario habría impunidad incomprensible, pues la "suspensión" no excluye la calidad de funcionario público de la persona. El merecimiento de pena resulta evidente también en estos casos, pues quien ni siquiera puede ejercer su propia función menos podría hacerlo con una que le corresponde a otro funcionario¹⁷¹.

— REALIZAR ACTOS PROPIOS DE DICHA FUNCIÓN AJENA. No basta la simple invocación u ostentación del cargo ajeno, tampoco la simple "asunción"; es necesario el ejercicio efectivo, una injerencia en la competencia de funciones ajenas. Existe una evidente superposición con el delito de "abuso de funciones" (art.

170. También en este sentido y con los mismos ejemplos, CREUS, p. 161 y s.

171. CREUS, citando a Ricardo NÚÑEZ, p. 165.

376), pues también el invadir funciones de otro funcionario implica un "acto arbitrario o injusto". La diferencia estaría en la "idoneidad" de causar daños a terceros (para otros: el "resultado típico"), pues este elemento no es exigido aquí, sino en el "abuso de funciones" del artículo 376¹⁷².

— LEGITIMIDAD DE LA FUNCIÓN AJENA. Se ha entendido este elemento en el sentido de que la función que se usurpa debe ser legítima y el usurpador debería hacer algo que corresponde a dicha función. P. ej., el Fiscal que emite la sentencia en lugar del Juez, asumiendo la función de éste. Aquí "no hay arbitrariedad ni abuso en el hecho, sino incompetencia del órgano funcional"¹⁷³. P. ej., el Vocal de una Sala que completa otra sin ser competente para ello. Pero si los actos son ilegítimos porque el sujeto activo se excede incluso de las funciones ajenas (un Fiscal emite resolución antes del término legal) sólo habría "abuso de funciones", siempre que también concorra la idoneidad para el daño a terceros. Esto tendría efectos prácticos para aquellos casos en los que se actúa sobre la base de una delegación ilegítima de la función pública, incluso si esta delegación la ha efectuado el titular del cargo que se usurpa.

Esta interpretación, por cierto, no deja de ser insatisfactoria: el funcionario que, usurpando funciones de otro, abusa de ellas debería merecer incluso una mayor sanción que en los tres supuestos del artículo 361. Como el tipo penal no permite otra interpretación, este supuesto agravado debería ser introducido de

172. Similar distinción en FERREIRA DELGADO, aunque allí se llama "abuso de función pública" (art. 162) a lo que aquí se conoce como "usurpación de funciones ajenas" (art. 361, tercera alternativa), y "abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto" (art. 152) a lo que aquí conocemos como "abuso de funciones públicas" (art. 376); ver p. 182 y s., 184.

173. FONTÁN BALESTRA, p. 219.

lege ferenda; contentarse con la aplicación del "abuso de funciones innominado" (art. 376) no es suficiente, además que este último tipo penal también tiene problemas de legitimidad como se verá más adelante (ver 3.1.2). Por ahora, no existe razón para declarar atípica (aunque con el mismo marco penal) la "usurpación de funciones ajenas" cuando el usurpador se extralimita de las facultades que la función usurpada legalmente admite. Solamente interesa que la "función pública" usurpada "exista", pues solamente en ese caso existe un atentado contra el bien jurídico.

— TIPO SUBJETIVO. Solamente es posible el *dolo directo*. Teóricamente es discutible el caso del "dolo eventual": ¿puede darse cuando el funcionario duda de su incompetencia y a pesar de todo actúa? P. ej., si la decisión sobre la competencia depende de la decisión de un superior, pero el funcionario actúa sin esperar ésta, la cual resulta finalmente denegatoria. Aquí rigen las consideraciones dadas en el supuesto anterior: los casos de dolo eventual no alcanzan suficiente lesividad para el bien jurídico tutelado. En todo caso, debe quedar claro que la invasión "culposa" de funciones ajenas no es punible ni de *lege lata*, ni tampoco a través de interpretaciones sobre el "dolo eventual".

Es posible el ERROR DE TIPO, pero difícilmente será inevitable o incluso evitable. Es posible el error sobre la legitimidad de una delegación de facultades o cuando se cree que la función le corresponde (dudas sobre la competencia). Aquí, los autores argentinos, que sólo creen posible el dolo directo en estos casos, admiten "inculpabilidad"¹⁷⁴. Pero como la "legitimidad del ejercicio funcional" es aquí elemento del tipo, la "conciencia de la antijuricidad" no tiene nada que ver con esto; además, tratar estos casos dentro de la culpabilidad lleva a la represión penal en todos los casos (el error de prohibición vencible también es punible),

174. CREUS, p. 166 y s.

pese a que en casos de errores evitables, en realidad, no hay aún suficiente injusto penal. Luego, estos casos deberán ser considerados dentro del "error de tipo"; si son vencibles también serán impunes (no hay un tipo penal culposo al respecto), pero podrán tener relevancia administrativa.

Al igual que en las modalidades anteriores, la CONSUMACIÓN se produce con el ejercicio funcional efectivo a través de actos que trascienden la esfera interna de la administración. Por ello es posible la TENTATIVA cuando el funcionario ejecute actos de administración destinados al ejercicio ilegal. P. ej., la mera asunción del cargo ajeno. Sin embargo, este caso parece estar comprendido ya dentro de la primera alternativa (como tentativa), si se considerara que allí puede ser sujeto activo también el funcionario público¹⁷⁵.

Ya se dijo que este tipo de usurpación se distingue del "abuso de funciones" (art. 376) en que este último tipo penal exige por lo menos la idoneidad (para algunos incluso un "resultado") de causar daño a terceros. La doctrina argentina (basada en un tipo penal distinto de "abuso de funciones") establece la distinción según si el funcionario se excedió o no en el ejercicio de las funciones ajenas: habría usurpación cuando solamente existe falta de competencia para ejercer una función ajena de forma legítima; pero si el sujeto (en la modalidad en que es un funcionario público) ejecutara ilegítimamente la función ajena sí habría abuso de autoridad¹⁷⁶. Pero esta interpretación no es necesariamente correcta. El tipo penal exige en las tres modalidades, un acto de "usurpación" en el cual es irrelevante cómo concretamente el sujeto activo ha "desempeñado" el cargo. Sería, por lo demás, absurdo entender que el "funcionamiento de la Administración Pública" (en el supuesto que

175. Así, CREUS, p. 165.

176. CREUS, p. 166.

éste fuera el bien jurídico tutelado) se vería más perjudicado cuando el usurpador ejerce ilegítimamente, pero apegándose a la ley, que cuando, además de usurpar, su actuación rebasa el marco legal de las funciones usurpadas. Pues la interpretación argentina, si bien subsana el vacío mediante la aplicación del tipo de "abuso de autoridad" en los casos de la segunda y tercera modalidades (cuando el sujeto activo es funcionario público); en el caso de la primera (cuando el sujeto activo era un particular) habría una impunidad innecesaria.

Constituye una AGRAVANTE el prestar resistencia o enfrentarse a las fuerzas del orden. No obstante, esta figura parece superponerse a la "desobediencia y resistencia a la autoridad" del artículo 368. La diferencia estaría en que la agravante es temporalmente "anterior" ("para" cometer el delito) mientras que la resistencia a la autoridad se realizaría *ex post* (durante el ejercicio de funciones de la autoridad). Esta distinción no deja de ser artificial, no solamente porque la pena de este último delito es notoriamente menos grave que la de la agravante de la usurpación de autoridad¹⁷⁷, sino también porque puede llevar a malas interpretaciones: el prestar resistencia o enfrentarse a las Fuerzas del Orden debe presuponer que estas actúan en el marco del cumplimiento de sus funciones. Esto destaca claramente en el artículo 368, mas no en el 361. Se debió dar solución a estos casos aplicando las reglas del "concurso real" entre los arts. 361 y 368.

2.1.3 Usurpación de títulos y honores (art. 362)

Artículo 362.- El que, públicamente, ostenta insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o se arroga

177. Así la crítica de Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 471; 2.^a ed., p. 505; 3.^a ed., p. 666.

grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas.

El tipo penal peruano es casi idéntico al tipo penal del artículo 247 del C.P. argentino de 1917. FONTÁN BALESTRA critica la existencia de este tipo penal en Argentina porque no lesionaría, en realidad, el bien jurídico "funcionamiento de la Administración Pública". Dado que no hay ninguna usurpación de autoridad, el ilícito no debería rebasar los límites de lo administrativo. Las críticas también se han hecho oír en España. MUÑOZ CONDE, p. ej., critica la punición de estas conductas en el nuevo C.P. español, pues la mera "ostentación" no debería ser equiparable al "ejercicio" de funciones que sí es punible¹⁷⁸. Si el uso indebido se dirige a defraudar a otros, evidentemente bastará el tipo penal de "estafa". De todas maneras en España estas conductas solamente constituyen "faltas" (art. 637), de donde la crítica del autor debe entenderse como una dirigida a la descriminalización completa de estas conductas. Por otra parte, algunos casos de "usurpación de títulos" todavía son punibles a través de otros tipos penales (p. ej., falsedades documentales o como forma cualificada del intrusismo)¹⁷⁹. También en Alemania el § 132a prevé figuras similares a las peruanas, pero la doctrina duda de su legitimidad desde la perspectiva del principio de *última ratio*; sobre todo, porque el Derecho contravencional alemán prevé ya una serie de figuras referidas a conductas similares¹⁸⁰.

178. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 613.

179. Ver sobre la descriminalización de estas figuras y sus actuales posibilidades de inclusión a través de otros tipos penales, QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1760 y s.

180. Al respecto ver CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 1238, n. marg. 3 y 2; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1124 y s., n. marg. 3 y 2.

En realidad, aquí destaca el trasfondo autoritario de la concepción del legislador peruano. Y es que, como se verá en la interpretación de los tipos penales, lo que se ha querido penar no ha sido "la inducción a error sobre la propia investidura", sino la *autoatribución de la investidura* (ésta le compete solamente a la Administración Pública); en otras palabras, no ha importado, en realidad, la vulneración de la "fe pública"¹⁸¹. Pero en la actualidad, si se entiende que la Administración Pública por sí misma no merece protección, la legitimidad de este tipo penal solamente puede buscarse en función de la "lesividad" de las conductas en contra del "funcionamiento de la Administración Pública". Y esta lesividad es mínima: solamente se constata un "peligro abstracto" en la "legalidad del ejercicio funcional", en el "carácter de lo público" o incluso en el "patrimonio" de la administración.

Aparentemente, si existe aquí algún bien jurídico tutelado, éste debería estar referido más bien a la protección de la generalidad en cuanto a la *lealtad en el uso de títulos*¹⁸². Pero la ubicación del tipo penal peruano obliga a interpretar en el sentido de que los delitos (además de ello) deben atentar contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

2.1.3.1 Ostentación pública de insignias o distintivos (art. 362, primera modalidad)

Los elementos típicos son los siguientes:

— SUJETO ACTIVO. El tipo penal es común; autor del delito puede ser cualquier persona.

181. Cfr. CREUS, p. 168.

182. Así, c. más ref. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 1238 y s., n. marg. 3; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1124 y s., n. marg. 3.

— OSTENTAR. Sólo es posible por comisión; no basta el dejar hacer, o sea el permitir que otros llamen a uno "doctor", "ingeniero", etc. El "ostentar" consiste en la actitud activa de "llevar", "portar", "mostrar" una insignia o un distintivo de manera notoria y pública¹⁸³. Por otro lado, es un delito de mera actividad, aunque puede tener efectos permanentes.

— PUBLICIDAD. Este elemento está vinculado conceptualmente a la "ostentación", por lo tanto, era, en realidad, innecesario. "Público" es lo susceptible de ser visto por un número indeterminado de personas¹⁸⁴. No basta, entonces con un acto de portar secretamente o con la exhibición a un número limitado de personas¹⁸⁵. Y, aunque tal "publicidad" puede darse también en un lugar privado, pero accesible al público, no existirá si la "ostentación" se ha hecho de manera inusual a como las insignias o signos distintivos son usados por los funcionarios¹⁸⁶.

Pero esta conducta no debe implicar usurpar (asumir o ejercer) ninguna función pública.

— ILEGITIMIDAD ("que no le corresponden"). Es la falta de derecho para ostentar las insignias y signos de la función o del cargo. No interesa si el sujeto reúne efectivamente las condiciones o ha desempeñado con anterioridad el mismo o similar cargo. Este elemento limita los alcances del tipo penal a aquellos en los cuales las disposiciones de Derecho público no otorgan derecho a osten-

183. FONTÁN BALESTRA, p. 222 y s.; CREUS, p. 168 y s. El tipo penal argentino dice expresamente "el que públicamente *llevar*". También en Alemania para el supuesto típico del §132a, primer párrafo, numeral 4 ("portar uniformes, vestimenta oficial o distintivos oficiales, nacionales o extranjeros"); cfr. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 1241, n. marg. 18; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1127, n. marg. 18.

184. FONTÁN BALESTRA, p. 212.

185. CREUS, p. 169.

186. CREUS, p. 169.

tar las insignias o los signos distintivos y la acción sea "idónea" para despertar la falsa impresión de que tal legitimidad existiría¹⁸⁷.

Para un sector de la doctrina, será posible aplicar aquí los criterios de *imputación objetiva* a fin de limitar los alcances del tipo penal¹⁸⁸. Si bien es cierto que el uso de estos uniformes en fiestas privadas es de plano atípica, pues puede excluirse el elemento publicidad, en cambio, en caso de desfiles, fiestas folklóricas o incluso representaciones teatrales, es posible argüir la falta de "elevación de riesgo" de afección al bien jurídico, pues se trata de conductas dentro del llamado "riesgo permitido" (o adecuadas socialmente)¹⁸⁹. En cambio, en el caso del periodista que porta insignias e incluso ejerce funciones públicas para realizar determinado reportaje, esto no está dentro del riesgo permitido, la solución tendría que darse a través de la admisión de una causa de justificación. En otros casos, la ostentación de insignias o signos distintivos tampoco puede afirmarse un riesgo para el bien jurídico cuando ello se realizó independientemente de finalidades funcionariales; p. ej., colocar un anuncio en el estacionamiento, con un distintivo oficial, para evitar que otros lo usen indebidamente¹⁹⁰.

187. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 1241 y s., n. marg. 19; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1127, n. marg. 19.

188. Sobre la "teoría amplia" de la imputación objetiva que la aplica también en los delitos de "mera actividad" ver c. más ref. en CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista...*, refiriéndose sobre todo a las posiciones peculiares de FRISCH y de JAKOBS, y adoptando esta última, p. 71 y ss., 93 y s. Ver también sobre esta discusión, pero adoptando la "teoría restringida" de la imputación objetiva que la limita a los delitos de resultado, en ABANTO VÁSQUEZ y PAZ DE LA CUESTA AGUADO, ambos en ROXIN, *La imputación objetiva...*, p. 38 y p. 64 y ss. respectivamente.

189. Así, FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 482; 2.ª ed., p. 515; 3.ª ed., p. 678 y s.

190. CRAMER/STERNBERG-LIEBEN consideran todos estos casos son vistos como atípicos, por no ser "ilegítimos" o no estar comprendidos dentro del verbo rector "portar"; ver en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 1241, n. marg. 18 y s.; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed. p. 1127, n. marg. 18 y s.

Pero en realidad, la "imputación objetiva" debe restringir su aplicación a los "delitos de resultado". En los delitos de "mera actividad" como el que se está analizando, se trata solamente de delimitar la *idoneidad* de la conducta típica; o sea de la "ostentación pública indebida", tal como ya se ha realizado precedentemente. Los demás casos tendrán que excluirse en la esfera de la antijuricidad, como se verá más adelante.

— INSIGNIAS O SIGNOS DISTINTIVOS. Se trata de los signos oficiales que constituyen el aspecto exterior que identifica a un cargo o función pública¹⁹¹. P. ej., no se incluyen signos extranjeros, signos de policías particulares, clubes, *boy scouts* o signos que no representan una función pública existente. No interesa si la insignia o el signo distintivo es auténtico o imitado; pero no es punible la ostentación pública de signos o insignias inventados¹⁹².

Como la protección del tipo penal está vinculada a la "Administración Pública", debe entenderse que los signos y las insignias deben referirse a funciones públicas *nacionales*. En general, para la protección de funciones públicas de otros Estados o de entidades de Derecho público internacional, debe existir una previsión explícita en el tipo penal, tal como existe p. ej., en Alemania en el § 132a; primer párrafo, numeral 4 del StGB.

Tampoco se ha previsto que el tipo penal sea aplicable también en aquellos casos en que las insignias y los signos distintivos sean *parecidos a los oficiales* (signos confundibles). Obviamente en este caso existe un "riesgo de confundibilidad", aunque el injusto parece ser menor que en el caso de las insignias y los distintivos idénticos. Para el tipo peruano estos supuestos tienen que ser "atípicos"; en cambio, el § 132a del StGB alemán prevé una cláusula

191. FONTÁN BALESTRA, p. 224; CREUS, p. 169.

192. CREUS, p. 170.

expresa que equipara las "designaciones" reales a las "parecidas y confundibles"¹⁹³.

— En el TIPO SUBJETIVO solamente es posible el *dolo directo* porque el sujeto debe conocer y querer todos los elementos del tipo objetivo y, además, querer el "riesgo de la confusión" sobre el carácter público que importa la ostentación de las insignias y los distintivos. Esta interpretación, además, es necesaria por razones de política criminal para restringir los alcances del tipo. Es posible el ERROR DE TIPO sobre la el hecho de estar legitimado para ostentar las insignias o los distintivos.

Esta figura podría CONCURSAR idealmente con la "usurpación de funciones" (primer supuesto) cuando el sujeto activo, además de "ostentar" las insignias y distintivos, realiza alguna actividad que implique ejercer la función que tales signos e insignias representan¹⁹⁴. La acción de ostentar varias veces el mismo título es solamente un hecho; no puede considerarse como concurso real de varias conductas típicas.

2.1.3.2 Atribución pública de grados, títulos u honores (art. 362, segunda modalidad)

— SUJETO ACTIVO. El tipo penal se refiere a cualquier persona.

— PUBLICIDAD. Se sobreentiende que el término "públicamente" se refiere también a esta segunda alternativa del tipo penal

193. Al respecto ver CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 1240, n. marg. 13; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1126, n. marg. 13.

194. Cfr. CREUS, p. 176; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 1242, n. marg. 21; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1127, n. marg. 21.

y no sólo a la primera. "Público" es, en este caso, lo que trasciende del ámbito familiar y amistoso¹⁹⁵.

— ARROGARSE (públicamente) grados, títulos y honores significa atribuirse el hecho de ser titular de estos logros. No basta con el ejercicio de la profesión (en el caso de títulos académicos) si el sujeto activo no ha manifestado con algún acto positivo el acto de atribuirse tal profesión¹⁹⁶. El arrogarse no admite, pues, una "conducta omisiva"; no basta con una actitud tolerante hacia la expresión (errónea) de terceros que atribuyen el grado, título u honor al sujeto¹⁹⁷. Los medios que se pueden usar para esto pueden ser verbales, mediante papel membretado, placas, anuncios periodísticos, etc.¹⁹⁸. Además, basta con la designación usual del título o grado y que el acto se refiera a la persona del sujeto activo, sin necesidad de que se trate de su identidad verdadera¹⁹⁹.

— ILEGITIMIDAD para ostentar grados, títulos u honores. Al igual que en el caso anterior, no interesa la "idoneidad" del sujeto (p. ej., es un experto sin título), así como para ser titular del título, etc. no interesa que se ejerza efectivamente la profesión o el grado. Pero sí interesa la "idoneidad" de la conducta para producir un riesgo para el bien jurídico (para algunos, se tratará de la "imputación objetiva").

— GRADO, TÍTULO U HONOR son los reconocimientos oficiales y legalmente autorizados. El GRADO es el título que otorga un centro de enseñanza superior y que reconoce la capacidad aca-

195. FONTÁN BALESTRA, p. 222.

196. CREUS, p. 171.

197. También así la jurisprudencia y la doctrina alemanas, ver CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, 26.ª ed., p. 1241, n. marg. 17; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 1127, n. marg. 17.

198. CREUS, p. 171 y s.

199. CREUS, p. 172.

démica del titular sobre determinada ciencia o arte; bachiller en estudios superiores (en el Perú), maestrista, doctor. No interesa que el "grado" sirva, como el título profesional, dentro del mercado como condición para competir con otros²⁰⁰, como en el caso del doctorado *honoris causa*. Pero aquí solamente se protegen "grados" provenientes de entidades públicas; si son extranjeras, deben haber sido reconocidos oficialmente por el país²⁰¹.

EL TÍTULO, en este contexto, significa el reconocimiento estatal ("a nombre de la Nación"), hecho por entidades públicas o privadas con reconocimiento oficial, de la capacidad para ejercer determinada profesión u oficio, estén estos reglamentados o no²⁰².

El término HONORES se refiere a condecoraciones o diplomas meramente simbólicos, es decir, que no capacitan para ejercer ni indican especialización. Pero deben ser "oficiales" en el sentido de reconocidos por las leyes de Derecho público²⁰³. P. ej., no estarían reconocidos los títulos nobiliarios, ni tampoco es un "honor" (nacional) el premio Nóbel, o cualquier otro que no exista.

Aquí, al igual que en el primer supuesto, los "grados, títulos u honores" solamente pueden ser *nacionales*; el tipo peruano no se refiere a la protección de aquellos otorgados por administraciones públicas extranjeras o por organismos internacionales de Derecho público. Sí está previsto expresamente el primer caso en el § 132a, primer párrafo, numeral 1 StGB alemán.

— DOLO. Ciertamente el dolo no incluye una finalidad especial. P. ej., la vanidad, la intención de perjudicar, etc. no son elementos

200. FONTÁN BALESTRA, p. 224; CREUS, p. 172 y s.

201. CREUS, p. 173.

202. CREUS, p. 173 y s.

203. FONTÁN BALESTRA, p. 225; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 1240, n. marg. 9; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1125, n. marg. 9.

del tipo. Pero se necesita el *dolo directo*, tanto por razones político-criminales de restringir los alcances del tipo, como también porque el verbo rector ("arrogarse") exige una conducta en la cual el sujeto activo sabe y quiere, sin duda alguna, los elementos del tipo, incluyendo el "riesgo de confusión".

Estamos ante un delito de mera actividad, tal como se desprende ya de la acción típica: atribuirse públicamente grados, etc. No es posible la TENTATIVA, pues la actividad (el emprendimiento) exteriormente reconocible ya implica la consumación, y antes de ello no es reconocible ningún injusto penal²⁰⁴.

Esta figura podría CONCURSAR con el "ejercicio ilegal de la profesión" en la modalidad de "ejercicio con título falso". En estos casos, habrá concurso real²⁰⁵.

2.2. EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN (INTRUSISMO) (ARTS. 363 Y 364)

Artículo 363.- El que, con falso título o el titulado que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años (texto modificado por la Ley 27754, publicada el 14/06/02).

Artículo 364.- El profesional que ampara con su firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

204. Tampoco CREUS admite la tentativa, p. 175.

205. CREUS, p. 177.

Este tipo penal presenta uno de los vacíos más notorios de la legislación peruana. A diferencia de nuestra legislación y de su fuente argentina, el modelo español ubica al "intrusismo", junto con la "usurpación de funciones públicas", como una típica figura de "falsedad personal" dentro de los delitos contra la "fe pública". No obstante, el C.P. español sanciona penalmente el "ejercicio" de aquél que no tiene título, a diferencia del C.P. peruano, el cual no contempla expresamente esta posibilidad y dirige la represión más bien a quienes ejercieren con títulos falsificados o sin cumplir requisitos burocráticos adicionales.

La mala técnica del tipo penal peruano deja impune el caso más frecuente del "ejercicio ilegal de la profesión" (intrusismo). Aunque es posible comprender penalmente a este sujeto, en algunos casos, dentro del artículo 361 (usurpación de funciones públicas) o por el artículo 362 (arrogarse grados, títulos u honores), existe la posibilidad teórica de un cierto vacío de punibilidad²⁰⁶. El vacío solamente es inocuo en el caso del "ejercicio ilegal de la medicina", pues para esto existe un tipo penal específico (art. 290 C.P.) como "delito contra la salud pública". Precisamente la previsión específica del "intrusismo" para las profesiones médicas confirma que el artículo 364 no se ha referido al supuesto del "ejercicio de profesiones sin título alguno", pues si fuera así, hubiera sido innecesario el artículo 290. Es lamentable que la reciente modificación del tipo penal mediante la Ley 27754 solamente se haya limitado a elevar el mínimo legal y no haya cubierto el vacío mencionado.

Por su parte, el C.P. argentino tiene los mismos problemas que el peruano. Solamente prevé un tipo penal sobre "ejercicio ilegal de la medicina" (art. 208).

206. También interpreta así Fidel Rojas, aunque justifica la redacción típica, pues lo que aquí se sancionaría sería no la ejecución ilegítima de actos de profesión, sino el arrogarse facultades no reconocidas por el Estado; ver 1.^a ed., p. 489; 2.^a ed., p. 523; 3.^a ed., p. 687 y s.

El atentado contra el *bien jurídico* "correcto funcionamiento de la Administración Pública" no es tan visible en el tipo penal peruano. El ejercicio ilegal de profesiones tiene más bien que ver con la *fe pública* en la capacidad de los que desempeñan profesiones y oficios para los cuales se requiere una titulación oficial. La Administración Pública solamente interviene en el momento de la concesión de estos títulos; un atentado contra su funcionamiento solamente sería sostenible en cuanto a la credibilidad de sus actividades. P. ej., si se constatará que los delitos son cometidos por personas que utilizan "falsos títulos" provenientes de determinada universidad, ésta se vería desprestigiada y probablemente sufriría, por ello, también otros perjuicios (menos postulantes, menos puestos de trabajo para sus egresados, etc.).

El vacío de la ley peruana solamente es explicable a través de la (errónea) concepción tradicional que manejó el legislador nacional: si se entiende al "intrusismo" como delito contra la Administración Pública en el sentido de que se afectarían los intereses internos del ente mismo, queda claro que la falsificación de títulos o el incumplimiento de otros trámites burocráticos por parte del titulado, atenta contra estos intereses (desconocimiento abierto del monopolio estatal de otorgar títulos académicos o de facultar su uso); en cambio, el que no tiene título alguno, no tiene ningún vínculo con la Administración Pública.

De *lege ferenda* es recomendable una reubicación del tipo penal (trasladarlo a los "delitos contra la fe pública") y una reestructuración de los elementos típicos. El "intrusismo" debe ser descrito en el tipo penal como "la realización de actos propios de una profesión sin tener capacitación y titulación para ello"²⁰⁷. El injusto penal de la conducta consiste, no en un atentado contra el

207. Así está estructurado el artículo 403 del nuevo C.P. español; ver al respecto. QUINTERO OLIVARES en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1763 y ss.

"funcionamiento de la Administración Pública", sino en "la invasión del ámbito competencial que por razones de conocimientos específicos el sistema jurídico y técnico ha reservado a un número de personas, de manera tal que quienes no posean esa precisa condición carecen de legitimación para realizar esas actuaciones o trabajos"²⁰⁸. Y con ello no solamente se afecta la potestad del Estado de conceder los reconocimientos oficiales a sobre este "ámbito competencial", sino también eventualmente otros intereses como los del grupo profesional o de los que reciben los servicios de los supuestamente capacitados para prestarlos²⁰⁹.

En el tipo penal peruano destacan los siguientes elementos típicos:

— SUJETO ACTIVO. En el primer supuesto (uso de falso título) puede ser cualquier persona, incluso una que haya estudiado parcialmente la profesión u oficio o ya la ha terminado, pero no ha rendido los exámenes finales. Es especialmente difícil el caso de aquél que ya ha culminado con éxito su formación, pero se pone a ejercer antes de hacer los trámites para retirar el documento en el que consta el reconocimiento oficial (el título-documento) o, por impaciencia, antes de recoger el documento, pese a haber iniciado los trámites correspondientes. Considero que estos casos por sí mismos deben ser atípicos (aunque podría haber otro tipo de responsabilidad), pues la conducta del sujeto no era idónea para poner en riesgo el bien jurídico: ya había sido reconocida su capacidad profesional, aunque ello no haya constado aún en un documento. Esta interpretación concuerda, además, con la que considera la atipicidad del ejercicio sin título alguno.

— MODALIDADES TÍPICAS. El tipo penal distingue dos modalidades distintas:

208. QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1764.

209. Cfr. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 611.

a) USO DE FALSO TÍTULO o no reunir requisitos legales adicionales al título. En realidad, el uso de "falso título" entra en concurso evidente con la "falsedad documental" y, si llegara a causar un perjuicio económico, con el delito de "estafa". Esta modalidad era, entonces, innecesaria.

El término *título* se refiere aquí claramente al "título profesional" o "académico", o sea el otorgado por el Estado de manera oficial y plasmado en un documento respectivo; solamente éste es el que tiene suficiente entidad como para que la conducta típica pueda atentar gravemente contra el bien jurídico y contra la "fe pública"²¹⁰. Luego, aquellos "títulos", en los que no es la Administración Pública la que garantiza la capacitación sino una entidad privada sin reconocimiento oficial, no pueden ser considerados como elementos del tipo penal.

El título debe ser *falso*, es decir que, o bien el documento mismo lo es, o, pese a ser verdadero, ha sido alterado de tal manera que lo que expresa no corresponda a la realidad.

El texto legal es claro aquí: el "falso título" no puede entenderse como un "no tener título alguno". Eso es más claro aun porque el supuesto que viene a continuación se refiere al "titulado" en el sentido de quien tiene el documento oficial donde consta una capacitación para ejercer profesión u oficio. Además, como ya se dijo, el hecho de que el propio legislador haya previsto por separado el ejercicio ilegal (sin título) de profesiones médicas (art. 290), confirma esta interpretación.

b) NO REUNIR REQUISITOS LEGALES ADICIONALES A LA TITULACIÓN. Esta modalidad parece referirse a los supuestos en

210. En la doctrina y jurisprudencia españolas, aunque desde la perspectiva del bien jurídico "fe pública", se había llegado ya a esta conclusión antes del nuevo C.P.; al respecto QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1764 y s.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 612.

los cuales las personas que han recibido un título oficial deben cumplir aun algunos requisitos previstos en la ley para poder ejercer. P. ej., en el caso de los abogados es necesaria la inscripción del título en la Corte Superior de Justicia de la jurisdicción y, además, su colegiación profesional. Pero esta interpretación (que parece haber sido la idea del legislador) atentaría evidentemente contra el principio de lesividad. Los requisitos adicionales solamente sirven a intereses corporativos o a cuestiones de orden meramente burocrático. Por ese motivo, también el C.P. español ha suprimido estos supuestos que anteriormente estaban establecidos de manera más clara que en el tipo peruano²¹¹.

Sin embargo, considero posible una interpretación distinta de este supuesto. Puede entenderse en el sentido de que se refiere a *aquél que tiene un título, pero no una especialización adicional para ejercer las actividades que la requieran según la ley*. Estos supuestos sí serían graves y, por lo demás, permanecen dentro del concepto de intrusismo en el sentido de engaño al público potencial respecto de la preparación técnica y académica suficiente para desempeñar la labor.

Nótese que el tipo peruano se refiere a *ejercer profesión* y no a la "ostentación" o la "autodenominación" de poseedor del título. Además, el sujeto debe de alguna manera afirmar que ejerce una *profesión que requiere título académico*. Ejemplo: el chamán que ejerce curanderismo no estaría incluso en el tipo penal, pues no ejerce ninguna profesión oficial ni se atribuye título u honor existentes; igualmente la partera que no se autodenomina como "obstetra" no sería punible. Pero ese no sería el caso de quien ejerce la medicina, afirmando ser médico, empleando título falso o sin título alguno. En el primer caso es aplicable el tipo penal analizado; para el segundo se tiene previsto expresamente un tipo penal de protección

211. QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1764, 1765.

de la salud pública, el artículo 290. En los casos del curandero o del chamán es posible la aplicación de otros tipos penales en función de otros elementos. P. ej., podría considerarse una "estafa".

— EJERCER LA PROFESIÓN. Los actos ejercidos deben ser *propios de la profesión*. Los actos de curanderismo, p. ej., no pueden ser considerados propios de la profesión de medicina²¹². La ley no exige "ejercicio habitual"; por tanto, basta con una sola acción. Alguna doctrina exige que se den varias acciones para que exista el delito²¹³, pero no es que esto sea un elemento del tipo penal, sino que, por su naturaleza, el ejercicio de una profesión pasa siempre por una "oferta pública de servicios" que puede ser aceptada en reiteradas oportunidades. Luego, se comete siempre un solo delito, sea que el sujeto activo haya llegado a ejercer ilícitamente una sola vez o que lo haya hecho varias veces de manera continuada²¹⁴.

— En el TIPO SUBJETIVO de ambas modalidades se precisa *dolo directo*. El error sobre la licitud del ejercicio (sobre todo en el caso del incumplimiento de requisitos legales adicionales) constituye un error de tipo.

El delito puede entrar en CONCURSO con otras figuras, cuando se producen sucesos posteriores al ejercicio ilegal. P. ej., si la persona tratada por quien dice ser médico muere o sufre lesiones; si la casa construida por el seudo-arquitecto se cae; si el cliente sufre un perjuicio patrimonial. En todos estos casos existe *concurso real* con delitos comunes, sobre todo, en la forma de delitos imprudentes. Pero no hay que olvidar aquí el "principio de culpabilidad"; el otro delito solamente será punible si en el "intruso" medió dolo o culpa (p. ej., no lo habrán si la casa correctamente

212. MUÑOZ CONDE, p. 612; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1765.

213. Ver MUÑOZ CONDE con ejemplos de la jurisprudencia española, p. 612.

214. Cfr. QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1766.

construida, pese a que el "arquitecto" tenía un título falso, se cae por circunstancias ajenas a defectos en la construcción)²¹⁵.

Puede discutirse el concurso con la "estafa", derivada de la percepción de "honorarios profesionales" por quien ejerció ilegalmente la profesión. Pero tal como la jurisprudencia española ha reconocido, la percepción de honorarios es inmanente al "intrusismo", por lo cual no puede ser considerada por separado como un elemento de "estafa"²¹⁶.

Por otro lado, existe un tipo penal independiente de "participación en el ejercicio sin título de una profesión" (art. 364). Esta figura es totalmente contradictoria, pues por un lado prevé una sanción independiente del partícipe, pese a que las reglas de la parte general (arts. 24 y 25) podrían ser aplicables para estos casos. Por otro lado, la participación va referida precisamente a la única figura atípica del artículo 363: el ejercicio de una profesión sin título alguno. Esto contradice claramente las reglas sobre autoría y participación, pues según ellas, por "accesoriedad limitada" solamente es punible el partícipe de un hecho típico y antijurídico que haya llegado por lo menos a la tentativa. Por otro lado, sigue siendo discutible que aquí el bien jurídico tutelado sea el funcionamiento de la Administración Pública²¹⁷.

2.3. VIOLENCIA, RESISTENCIA VIOLENTA Y DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD (ARTS. 365 Y SS.)

Estas figuras han experimentado una notable evolución en el Derecho penal moderno. Conforme se suele destacar, aquí se ma-

215. Cfr. QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1767.

216. QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1767.

217. De distinto parecer, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 496; 2.ª ed., p. 530; 3.ª ed., p. 696.

nifiesta como en ninguna otra parte, el cambio de postura de los Estados desde una actitud autoritaria hacia una más democrática²¹⁸. Si el hecho de ser funcionario público conllevara una especial "aura de autoridad", los atentados contra aquél tendrían que ser considerados muy graves. Precisamente esto era lo que sucedía en la época romana y sucede aún en gobiernos de corte autoritario. Pero esta concepción ya no puede tener vigencia en la actualidad si se toma en cuenta que el bien jurídico protegido es solamente el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el sentido explicado al inicio (ver 1.1). De todos modos se observan en esta parte del C.P. peruano (y también en otras) secuelas de la tradición autoritaria²¹⁹, la cual se manifiesta, sobre todo, en la previsión de una figura autónoma de "atentado contra la autoridad", independiente del ejercicio funcional efectivo (art. 365).

De manera más moderna, el legislador español de 1995 ha considerado que estos delitos, tipificados en los artículos 550 a 556, atentan contra el "orden público" junto con los delitos de "sedición" (art. 544 a 549.), "desórdenes públicos" (art. 557 a 561), "tenencia y tráfico ilegal de armas" (arts. 563 a 570) y "terrorismo" (571 a 580). En efecto, ahora, a diferencia de la concepción tradicional que suponía un "principio de autoridad", una Administración Pública buena por sí misma y, por lo tanto, funcionarios y autoridades que siempre debían ser acatados, ahora, en un Estado democrático y de Derecho, se trasciende "la mera relación interpersonal entre agresión y víctima, hacia la alteración o riesgo para la convivencia ciudadana", con lo cual, si esta trascendencia no existiera, la conducta debe ser analizada como delito común de amenazas y coacciones²²⁰.

218. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 505 y s.; 2.ª ed., p. 539; 3.ª ed., p. 705 y s.

219. Así también Fidel ROJAS quien reclama con justicia una modernización y simplificación de *lege ferenda*, 1.ª ed. p. 509; 2.ª ed., p. 543; 3.ª ed., p. 710.

220. PRATS CANUT en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 2169.

También en Alemania el artículo 113 StGB está concebido como delito contra el "orden público" y solamente entra en acción cuando se trata de actos funcionariales de ejecución legítimos²²¹.

Aunque la ubicación de los tipos delictivos pueda estar mejor en un capítulo referido al "orden público", una correcta interpretación de nuestro C.P. también puede cumplir con la finalidad expresada en la doctrina extranjera si se interpretara que aquí el bien jurídico tutelado tiene que ser el "correcto funcionamiento de la Administración Pública". El OBJETO directamente atacado será la *libertad de determinación* del funcionario en los dos primeros supuestos. En el último, en realidad ya no está en juego esta libertad de determinación, sino solamente el *cumplimiento de las órdenes* dadas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, las cuales pueden tener distintas finalidades; p. ej., una finalidad de aseguramiento de pruebas en un proceso judicial, el resarcimiento a un deudor, una expropiación, el cumplimiento de una sentencia penal, etc.

2.3.1 Atentado (o coacción) contra la autoridad (art. 365)

Artículo 365.- El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

El *bien jurídico* está constituido siempre por el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Para que la

221. Al respecto, ESE en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1037, n. marg. 1; 26.^a ed., p. 1139, n. marg. 1.

Administración Pública funcione correctamente, el funcionario debe decidir "libremente" y los interesados deben advertir también que esa libertad existió al momento de decidir. Algunos ven aquí incluso en juego el "prestigio" de la Administración Pública, prestigio que sería fundamental para que "pueda ordenar y pretender ser debidamente obedecida"²²². Pero este prestigio no es más que el efecto del buen y efectivo trabajo de la Administración Pública y no debe ser visto como un bien consustancial a ella. De manera inmediata, el OBJETO o bien jurídico específico menoscabado es la *libertad de determinación* del funcionario público en el ejercicio de sus funciones; el sujeto activo quiere superponer (imponer) su voluntad a la voluntad del funcionario²²³. Algunos ven aquí diversos bienes jurídicos afectados: la Administración Pública (por la vía de la usurpación de autoridad), la libertad del funcionario como ser humano, la "violencia pública" contra la autoridad²²⁴.

Para algunos, debido a las diferencias de los elementos típicos peruanos con los de la legislación extranjera tomada por modelo (el tipo penal peruano admitiría menos casos de violencia y las vincularía a la coacción), debería denominarse a esta figura incluso de manera *sui géneris* como "atentado-coacción"²²⁵.

En el nuevo C.P. español estos delitos están ubicados dentro del rubro "orden público" y no "Administración Pública" (art. 550

222. Siguiendo la doctrina italiana, CREUS, p. 10.

223. También lo destaca CREUS, pero añadiendo que a esto se añade la percepción en los ciudadanos de que esta libertad ha existido en el ejercicio funcional, p. 9 y s.

224. CREUS, c. más ref., p. 10. También Fidel ROJAS, quien pese a señalar que está en juego la "libertad de decisión" también admite que se trata de un "delito pluriofensivo", ver 1.ª ed., p. 515; 2.ª ed., p. 549; 3.ª ed., p. 715.

225. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 509, 514 y s.; 2.ª ed., p. 543, 548 y s.; 3.ª ed., p. 715. Este término parece ser preferible porque se centra más en el efecto sobre la libertad de determinación del funcionario y no tanto en la "intangibilidad" del funcionario.

y ss.), pero el C.P. anterior tenía tipos penales muy similares a los actuales debido al tronco común: la legislación y la doctrina italianas.

La fuente más importante es el artículo 237 del C.P. argentino de 1921, modificado en 1968, el cual se basa en la legislación y doctrina italianas. También es importante el artículo 164 del C.P. colombiano de 1980, así como su correspondiente doctrina, así como el artículo 149 del C.P. español de 1863. De manera directa, interesa el 321 del C.P. peruano de 1924.

El artículo 113 del StGB alemán solamente pena la "resistencia violenta" contra actos de ejecución de la autoridad, o sea es comparable con el artículo 366 peruano.

La penalidad, para el contexto legal peruano, no es muy grave, lo cual parece indicar que el legislador peruano atiende a la tendencia "desmitificadora" de estas figuras. Pero su sola existencia ya indica que el "principio de autoridad" todavía estaba presente en la mente del legislador²²⁶.

Los *elementos del tipo delictivo* son los siguientes:

— SUJETO ACTIVO. Cualquier persona, pero no un funcionario público, pues para él opera la agravante del artículo 367, numeral 3.

— SUJETO PASIVO. Según el tipo peruano, la violencia o amenaza deben estar dirigidas contra un funcionario público, sea que se trate de una "autoridad" o no. Aquí hay una desproporción, pues debería diferenciarse el injusto reprochado en función del sujeto pasivo, tal como hace el legislador más adelante en el artículo 369 al referirse a funcionarios de los poderes legislativos

226. También Fidel ROJAS, para quien estas figuras constituyen el indicador de la concepción del legislador sobre las relaciones entre autoridades y subordinados, ver 1.^a ed., p. 505, 509; 2.^a ed., p. 539, 543; 3.^a ed., p. 705, 710.

nacional, regional o local. Será más grave atentar contra una "autoridad" que contra un "funcionario público" cualquiera. Por esta razón, el legislador español ha previsto mayor pena para el primero de los casos (art. 551 C.P. de 1995), tal como hizo el Código derogado desde la reforma de 1944 tras una situación anterior similar a la peruana, pero muy controvertida²²⁷.

El sujeto pasivo debe haber conocido la "violencia" o "amenaza"; si ésta no ha llegado a su conocimiento, no habrá delito, ni siquiera en el grado de tentativa, pues el injusto requiere siempre una violencia o amenaza idóneas (grave, seria e inminente) que solamente existirán, objetiva y subjetivamente, cuando el sujeto pasivo las haya conocido²²⁸.

— SIN ALZAMIENTO PÚBLICO. Con esta característica el C.P. peruano quiere deslindar la independencia de este tipo con respecto a la "rebelión" (art. 346) y a la "sedición" (art. 347). Es característica del "alzamiento público" el concurso de varias personas, la hostilidad declarada contra el Estado y la publicidad de los hechos; el C.P. peruano exige además, para estos delitos, un empleo de armas. Luego, todos estos elementos del "alzamiento público", conjuntamente, deberán faltar en la conducta típica que se está analizando.

— USO DE VIOLENCIA O AMENAZA. VIOLENCIA es todo acto de constreñimiento dirigido *contra la persona* misma (violencia personal) o *contra las cosas* (violencia real). Pero en el caso de la "violencia sobre las cosas" hay que hacer la salvedad de que ésta, para ser típica, debe influir indirectamente en la persona del funcionario. No hay tal influencia en la mera fuerza sobre esas cosas: destrucción de bienes que deben embargarse ante los ojos del

227. Al respecto MUÑOZ CONDE, p. e., p. 760.

228. CREUS, p. 25.

funcionario, o cerrar la puerta para impedir que entre a un lugar. En los casos en que no hubo esta influencia síquica o no fue grave podría haber "desobediencia" si se dan los requisitos de dicho tipo penal²²⁹. Si la violencia ataca el psiquismo, atemorizando o amedrentando, se habla de *violencia moral*, pero el mal que se anuncia debe ser "inmediato" y "grave"; en eso se diferencia esta figura de la "amenaza" del "desacato"²³⁰.

Por lo interpretado anteriormente, el tipo penal pudo prescindir de mencionar expresamente a la AMENAZA. En realidad, ella ya es una violencia, pues se identifica perfectamente con la violencia moral. Por eso el C.P. colombiano eliminó la anterior referencia a este concepto que existía en el Código anterior²³¹. Dado que, al igual que el argentino, el legislador peruano ha querido distinguir los conceptos, debe entenderse que la "violencia" del tipo penal se refiere a la violencia "física" y la "amenaza" a la "violencia psíquica"²³².

La doctrina colombiana emplea un concepto amplio de "violencia" que incluye incluso a la "inducción", o sea el ataque al psiquismo engañando o induciendo²³³. No importaría el grado ni la calidad; p. ej., un insulto, un empujón, incluso huir del lugar pese al llamado del funcionario en ejercicio de sus funciones²³⁴. Esta es una interpretación demasiado extensa del concepto "violencia" y

229. CEREZO MIR, p. 213; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 761 y s. Criticando la jurisprudencia española que admitía la "violencia en las cosas" en estos casos, PRATS CANUT, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 145 y ss.

230. CEREZO MIR, en referencia a los tipos penales del C.P. español derogado, pero similares a los peruanos; ver p. 214.

231. FERREIRA DELGADO, p. 188.

232. Ver la disquisición teórica que hace CREUS, p. 11 y ss.

233. FERREIRA D., p. 188.

234. FERREIRA D., p. 189.

atenta contra una correcta concepción de un "Estado social y democrático de Derecho". Es preferible restringir el concepto como lo hacen la doctrina argentina y la española, pues la "violencia" siempre debe implicar un "atentado" (éste es el término empleado por el Código argentino), el cual siempre excluye a la astucia, el engaño y la persuasión²³⁵.

Además, la violencia o amenaza utilizada debe ser IDÓNEA en el sentido de *grave*, es decir, debe tener la tendencia a lesionar intereses vitales del sujeto; p. ej., no lo es el amenazar el honor. También debe ser *seria*, o sea capaz de influir en el funcionario; p. ej., no lo es la de un niño o de un ebrio total. Por último, también debe ser *inminente*, es decir, actual, no remota²³⁶. Esta idoneidad debe medirse según las circunstancias que rodean al hecho, pues lo que para un funcionario puede constituir una violencia o amenaza grave, para otro puede no serlo²³⁷; teniendo en cuenta —claro está— que el juicio de idoneidad debe basarse en una apreciación objetiva: no se trata de lo que subjetivamente el funcionario cree, sino de lo que aprecie un observador objetivo imparcial y dotado de todos los conocimientos de aquél²³⁸. Pero la violencia no debe causar un resultado de lesiones graves, pues ese caso está previsto de manera independiente como una agravante (art. 367, primer párrafo, N.º 4). Si se causan lesiones leves, habrá concurso con el delito común correspondiente.

235. FONTÁN BALESTRA, p. 153; CREUS, p. 15 y s.

236. Ver estos elementos en FONTÁN BALESTRA, p. 154.

237. CREUS, p. 13.

238. En este sentido también coincide con esto el criterio objetivo-subjetivo de la doctrina clásica argentina (carácter objetivo de amenaza y repercusión en el funcionario); ver CREUS, p. 15. Similar desarrollo en la jurisprudencia española, donde se habla más bien de un "criterio objetivo"; al respecto, PRATS CANUT, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 2171; MUÑOZ CONDE, p. 761.

Por último, la violencia debe *dirigirse a atentarse contra la libertad del funcionario en su ejercicio funcional*; no es violencia para este tipo penal aquella que se realiza para que el funcionario haga u omita acciones que no tienen nada que ver con el ejercicio de funciones²³⁹; p. ej., para que entregue dinero propio al sujeto activo o a un tercero, para someterlo a una violación de su libertad sexual, etc.

La violencia o amenaza pueden recaer en bienes propios del funcionario (su vida, su salud, su patrimonio, etc.), o también en *bienes de terceros*, pero debe implicar violencia física o idoneidad de "intimidar" (en el caso de amenazar)²⁴⁰.

Parte de la doctrina exige además que la coacción deba ser *ilegítima*. No sería típica la violencia que buscara impedir una arbitrariedad o injusticia²⁴¹. Pero la doctrina argentina (con base en los arts. 237 y 238 antes de su modificación) señala que esto no sería posible si se atiende a que la característica de este delito es que el funcionario todavía no ha actuado funcionalmente y, por lo tanto, no puede haber cometido todavía ninguna arbitrariedad. El caso planteado sólo sería posible en el delito de "resistencia y desobediencia", mas no en el de "violencia o atentado contra la autoridad"²⁴². Pero sí sería posible, en el marco de violencias para obligar a actuar a un funcionario, que se den casos de "estado de necesidad"; p. ej., el sujeto obliga a un bombero a apagar un incendio, o a un policía a arrestar a un ladrón.

239. También Fidel ROJAS, invocando a MANZINI, 1.^a ed., p. 516; 2.^a ed., p. 550; 3.^a ed., p. 716 y s.

240. En ese sentido, CREUS, p. 16 y s.

241. FERREIRA DELGADO, p. 188, con lo cual sigue la antigua doctrina italiana (que se remonta a CARRARA).

242. Ver al respecto FONTÁN BALESTRA, p. 155 y s., 158 y ss.

Dada la división del tipo legal peruano (siguiendo la fórmula argentina antigua) en dos momentos distintos (antes de que el funcionario actúe y durante la ejecución de sus funciones), tal aseveración de la doctrina argentina es plenamente sostenible. Distinto es el caso español, donde el artículo 550 agrupa todas las conductas violentas cometidas contra el funcionario en el ejercicio de sus funciones; por lo tanto, allá el problema de la legitimidad de la actuación de la autoridad se trata sin diferenciar tales momentos de actuación.

— IMPEDIR, OBLIGAR O ESTORBAR. En las dos primeras modalidades, se trata de imponer (como en el art. 237 del C.P. argentino) la voluntad del autor al funcionario que todavía no ha obrado para que realice u omita actos propios de su función²⁴³, solamente que el tipo penal peruano diferencia entre dos tipos de conducta: una persigue una omisión del funcionario (impedir); la otra busca que el funcionario haga algo (obligar). En el OBLIGAR, el funcionario todavía no ha actuado, y el sujeto activo busca que lo haga en el sentido que él quiere. IMPEDIR implica hacer que el funcionario público no realice la función pública que quería realizar. Es un delito de *resultado*. Pero, además, la acción típica debe efectuarse antes de que se inicie la función pública, pues esa es la única manera de distinguir esta figura con la "resistencia" del artículo 366²⁴⁴. En el ESTORBAR solamente se trata de poner obstáculos superables al ejercicio funcional. Esta última conducta típica constituye una novedad del C.P. peruano que extiende innecesaria e inútilmente el tipo legal, pues o bien puede entenderse el "estorbar" como "impedir" u "obligar", o configura de suyo algún otro ilícito penal ya previsto por separado, p. ej., un "desacato" si con-

243. Cfr. FONTÁN BALESTRA, p. 155; CREUS, p. 17.

244. En este sentido, la doctrina argentina y también ROJAS, 1.ª ed., p. 519; 2.ª ed., p. 553.

siste en silbar o insultar. Además, incluso en el supuesto de admitirse su relevancia autónoma, el injusto de un simple "estorbar" no puede equipararse en gravedad al del "impedir" u "obligar"²⁴⁵.

— EN EJERCICIO DE LAS PROPIAS FUNCIONES. La acción típica debe estar dirigida a que el funcionario haga u omita un acto propio de sus funciones; es decir, *no es típico obligar a realizar actos no relacionados con la función*. Esto es igual en el artículo 237 del C.P. argentino. Por el contrario, el C.P. colombiano llenó el del C.P. del 36, similar al peruano en este aspecto; ahora el texto dice: "(...) o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales"²⁴⁶.

Para el caso peruano queda claro, en primer lugar, que cuando la acción típica vaya dirigida a que el funcionario realice algo que no constituya en absoluto un acto funcional, entrarían a tallar los tipos penales comunes referidos a la libertad individual. Ahora bien, en el caso de que sí se trate de "actos funcionariales", debe aclararse si el elemento se refiere solamente a actos funcionariales lícitos o también abarca a los que rebasan las facultades del funcionario. Si se considera que en el caso de la violencia para obligar o impedir actividades funcionariales correctas del funcionario público hay un atentado contra el bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración Pública", con más razón lo habrá cuando se obligue a actuar o se impida actuar al funcionario haciendo, al mismo tiempo, que atente contra sus deberes funcionariales. Es por eso que considero que para estos últimos casos *existe un vacío* que debe ser llenado legislativamente²⁴⁷. No basta-

245. También Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 520; 2.^a ed., p. 554; 3.^a ed., p. 721.

246. Cfr. FERREIRA, p. 189. Refiere CREUS, que también en Argentina hubo intentos de agregar al tipo penal la referencia de que la conducta típica también se dirija a obligar al funcionario público a realizar un "acto contrario a los deberes del cargo", pero tal reforma no prosperó; ver p. 21.

247. CREUS considera que también la imposición de "actos ilícitos" al funcionario es típica, pese a que el tipo penal, al igual que el peruano, a un "acto propio de su función".

rá la reinterpretación del "acto funcional" en el sentido de que también comprendería al "acto funcional lícito" y al "ilícito", o sea que "acto funcional" al cual se refiere el tipo penal sería solamente aquél que realiza el funcionario en el desempeño de sus funciones (sea que lo haga respetando o infringiendo la ley)²⁴⁸. Eso no puede ser así, pues el tipo penal peruano da a entender que se trata de funciones públicas lícitas ("acto de sus funciones").

Por otro lado, el tipo penal no se refiere a que el acto del funcionario constituya un "acto de autoridad", sino solamente de manera general un acto que implique "ejercicio de funciones públicas"²⁴⁹. Luego, tanto puede darse la conducta típica cuando se obliga o impide al funcionario a renunciar, a emitir una resolución, a dar una nota aprobatoria, como también a emitir un comunicado oficial u otorgar una conferencia de prensa. En todos los casos debe tratarse, ciertamente, de actos funcionariales que trascienden las meras relaciones internas de la administración. Pero no existirá tipicidad cuando la violencia o amenaza se dirija a obtener del funcionario beneficios económicos propios, prestaciones sexuales, o cualquier otro acto que no tenga nada que ver con el ejercicio funcional.

— TIPO SUBJETIVO. El tipo penal es doloso. Además existe un elemento subjetivo especial: el querer imponer al funcionario la voluntad del sujeto activo, sea para que ejecute o para que omita un acto propio de sus funciones²⁵⁰. Por eso, solamente es posible el *dolo directo*: es imposible imaginarse un "dolo eventual", pues el sujeto activo perseguía una finalidad específica al ejercer violencia

248. Así CREUS, c. más ref., p. 22.

249. Distinta es la opinión de CREUS, quien exige que la conducta se dirija contra "actos de autoridad" del funcionario, pese a que el tipo penal argentino, al igual que el peruano, no exige esto, p. 18.

250. Así, CREUS, p. 17.

o amenaza²⁵¹. En cambio, sí es posible el ERROR; p. ej., atentar contra quien no es funcionario queriendo que realice u omita una función pública que no tiene. En este caso, obviamente, hay delito imposible, pero queda subsistente el tipo de coacciones y eventualmente, el de daños, lesiones, etc.²⁵².

Si el sujeto activo ignoraba que el funcionario ya había ejecutado el acto funcional esperado (o estaba de antemano dispuesto a omitir su ejercicio funcional), se ha dicho que el error sería irrelevante, pues no se referiría a ningún elemento objetivo exigido en el tipo penal²⁵³. No obstante, parece sostenible que aquí habría un "delito imposible" impune en cuanto al delito contra la Administración Pública (pero quedando subsistentes los delitos comunes, si lo hubieran), pues el objeto del bien jurídico (la libertad de determinación del funcionario), en relación con los actos funcionariales buscados, no ha sido lesionado ni puesto en peligro.

En los dos primeros casos del tipo penal peruano (impedir u obligar) se trata de *delitos de resultado*. La CONSUMACIÓN, se produce cuando el funcionario se ve *impedido* u *obligado*. Distinto sería si el tipo penal girara en torno al empleo de violencia o amenaza, tal como ocurre en la legislación extranjera, pues entonces no se necesitaría que se haya conseguido que el funcionario realice o se inhiba de realizar la conducta funcional buscada²⁵⁴, pero sí se necesitaría, por razones de lesividad, que la violencia ejercida contra el funcionario haya sido idónea para "afectar el servicio"²⁵⁵.

251. También CREUS, quien descarta incluso el "dolo necesario", p. 34 y s.; Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 520; 2.ª ed., p. 554; 3.ª ed., p. 722.

252. CREUS, p. 30 y s., 34; igualmente ROJAS, 1.ª ed., p. 515, 521; 2.ª ed., p. 549, 555, 3.ª ed., p. 716, 722.

253. Así CREUS, p. 19 y s.

254. CREUS, p. 24 y s.

255. En este sentido, PRATS CANUT, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 2169 y s.

En el caso peruano, entonces, es perfectamente posible la TENTATIVA en los supuestos de "impedir" y "obligar". Pero en el caso de "estorbar" no es posible la tentativa²⁵⁶. Este último es un tipo de mero emprendimiento que incluso puede superponerse en la práctica con la figura penal de "desacato".

En la ANTIJURICIDAD se discute, como ya se anticipó más arriba, si sería posible la "legítima defensa" contra un acto funcional abusivo o ilegítimo²⁵⁷. Pero si este delito se caracteriza porque la conducta típica se realiza cuando todavía no ha habido ninguna actividad funcional previa del sujeto pasivo (pues justamente eso es lo que se ha impedido o se quiere obligar a hacer), no puede hablarse tampoco de "agresión ilegítima". Por ello, lo único que podría existir como justificación sería un *estado de necesidad*, el cual operaría incluso (y, por lo tanto, también en caso de que la tipicidad sea la de un delito común) cuando el sujeto activo buscara actos ilícitos del funcionario o tratara de impedir la actuación lícita de éste, siempre que se den los presupuestos del "estado de necesidad" (situación de necesidad, inminencia de un mal grave, preponderancia de los bienes rescatados)²⁵⁸.

También se menciona como causa de justificación el "cumplimiento del deber" y el "legítimo ejercicio del derecho". No obstante, si el funcionario (inferior o superior jerárquicamente) actuara dentro del marco de la ley para ejercer violencia sobre otro funcionario, no podría hablarse siquiera de la tipicidad de la conducta, sea que se excluya el elemento "violencia" o "amenaza"

256. También ROJAS, 1.^a ed., p. 521; 2.^a ed., p. 555, 3.^a ed., p. 722.

257. La admite, en contradicción con su constatación sobre el hecho de que la actividad típica debe realizarse antes de la actividad funcional, ROJAS, 1.^a ed., p. 519, 521; 2.^a ed., p. 553, 555; 3.^a ed., p. 719 y s. 723. Niega la posibilidad de la "legítima defensa", FONTÁN BALESTRA, p. 159 y s.; se une a esta posición, aunque con dudas, CREUS, c. más ref., p. 33.

258. Así CREUS, p. 32.

o el elemento "ejercicio funcional del sujeto pasivo" (no lo es resistirse precisamente al ejercicio funcional de otro amparado en la ley)²⁵⁹.

En cuanto al CONCURSO con otras figuras penales, puede darse el caso de que la violencia sea el medio para lograr atentados contra otros bienes jurídicos; p. ej., si se buscara que el funcionario otorgue un documento, libere a un preso, sustraiga bienes de la administración, etc.²⁶⁰. Cuando lo que se busca es un *acto* del funcionario que no esté abarcado por las potestades de la función, solamente existirá el delito referido a este acto ilícito mismo y el de coacciones (art. 151), pero no el delito contra la Administración Pública, pues, tal como ya se explicó más arriba, el tipo penal no abarca los casos de violencia contra funcionarios para que efectúen actos que violen sus deberes funcionariales. Cuando el otro delito se refiera a la misma persona del funcionario público (daños, lesiones, etc.), sí habrá teóricamente (pero de *lege lata* es aplicable el supuesto de agravación pertinente del art. 367) un *concurso ideal* entre estos delitos comunes y el de violencia contra el funcionario, salvo el caso de las "coacciones", las cuales quedarán absorbidas por el de violencia contra la autoridad²⁶¹.

2.3.2 Resistencia violenta a la autoridad (art. 366)

Artículo 366. - El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asis-

259. Similar CREUS quien, sin embargo, parece admitir una "causa de justificación" en el caso de que un inferior actúe contra un superior jerárquico; p. 33.

260. Para quienes admiten que la "violencia contra la autoridad" también existe cuando se la obliga a realizar actos contrarios a sus funciones, habrá concurso real o aparente, según el caso, ver CREUS, p. 26.

261. Igualmente, CREUS, con algunas precisiones derivadas de la configuración del tipo penal argentino de "coacciones", p. 26 y s.

tencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Al igual que en el caso anterior, también se ataca aquí a la *libertad de determinación* del funcionario público, pero el ataque se produce en la fase de ejecución de actos funcionariales²⁶²; es decir, luego de haberse operado una actividad funcional con un destinatario concreto y en el momento en que se está cumpliendo una orden de este funcionario contra este destinatario.

Constituyen fuentes de este tipo penal el artículo 238 del C.P. argentino modificado por la Ley 21338 (25/06/1976), actualmente derogado. El tipo penal español del artículo 550 engloba estos casos y los estudiados anteriormente; el supuesto en que el sujeto pasivo fuera un auxiliar de la autoridad está previsto por separado en el artículo 555. El artículo 113 del StGB alemán es comparable al tipo penal peruano, pero solamente prevé la resistencia contra "funcionarios y soldados"; el artículo 114 se refiere a otras personas que "tienen los derechos y las obligaciones de un empleado policial o son colaboradores de la Fiscalía sin ser funcionarios públicos".

Los *elementos típicos del delito* son los siguientes:

— El SUJETO ACTIVO puede ser cualquiera, pero no un funcionario público, pues para éste opera el supuesto agravado por su condición que se prevé en el artículo 367, numeral 3.

— SUJETO PASIVO. Aquí se trata del *funcionario público*, con la particularidad de que el tipo extiende este concepto a un

262. CREUS, p. 35; similar, aunque refiriéndose a la "finalidad" de la disposición. ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1037, n. marg. 2; 26.ª ed., p. 1139, n. marg. 2.

particular que presta ayuda al funcionario público, en virtud de un deber legal o un requerimiento de éste. Generalmente, tienen deber legal los soldados, marinos, policías, miembros de institutos penitenciarios, etc., según sus propias leyes²⁶³. El "requerimiento" tiene que estar dentro de las funciones del funcionario, ya que sólo así puede "transmitirse" autoridad²⁶⁴. No puede ser sujeto pasivo una persona que se entrometa en la actividad del funcionario, así su ayuda sea necesaria, o el curioso que se acerca durante el acto de ejecución funcional²⁶⁵. El requerimiento debe haber sido hecho y aceptado por el requerido.

Aunque esté justificada la protección especial de los colaboradores no-funcionarios del funcionario ejecutante, debido al mayor peligro al que se les expone al cumplir tareas de Derecho público²⁶⁶, no parece ser proporcionado que la pena sea la misma cuando se atenta contra un funcionario público y contra un auxiliar de éste. En este último caso, el funcionario siempre puede acudir al auxilio de otras personas, mientras que cuando se atenta contra el propio funcionario público, el desarrollo de las actividades funcionariales se ve paralizado. Luego, puede sostenerse un mayor grado de injusto en este último caso. Es por eso que el legislador español ha previsto una separación de las conductas y una menor pena para el atentado contra el auxiliar del funcionario público. En el caso peruano, por razones de proporcionalidad, la pena deberá ser

263. CREUS, p. 46.

264. FONTÁN BALESTRA, p. 163.

265. CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, p. 210, refiriéndose al delito de "atentado propio" del C.P. español derogado, similar al peruano actual; también en Alemania, en relación con el § 114 que extiende la protección del § 113 a terceros, al respecto ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1052, n. marg. 16; 26.ª ed., p. 1155, n. marg. 16.

266. ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1051, n. marg. 1; 26.ª ed., p. 1154, n. marg. 1.

diferente según uno u otro caso, pero la graduación deberá hacerse dentro del mismo marco penal.

— INTIMIDACIÓN O VIOLENCIA. Estos elementos deben ser interpretados de igual manera que en el tipo penal anterior, pues la *intimidación* es asimilable a la "amenaza" o "violencia síquica", mientras que el término *violencia* deberá restringirse a la "violencia física". Por lo demás, al igual que en el tipo penal anterior, estos medios comisivos deben ser idóneos y pueden dirigirse contra el funcionario o terceros o también contra las cosas, siempre que incidan en la actividad funcional²⁶⁷.

El que la ley diga "intimidación" en vez de "amenaza" (como en el artículo anterior) no tiene, en realidad trascendencia alguna. Algunos autores creen que, como el término "intimidación" acentúa el elemento "miedo", las acciones típicas deberían ser solamente aquella violencia o amenaza que infunda temor²⁶⁸. Pero esto no es así, pues en la práctica habría que atender siempre al aspecto subjetivo del sujeto pasivo, lo cual es irrelevante para el atentado contra el bien jurídico. Además una amenaza grave, seria e idónea usualmente causará "miedo" en el funcionario que, precisamente por ello sometió su voluntad a la del sujeto activo.

Se ha dicho que como el tipo penal prevé expresamente la violencia contra el funcionario, en puridad, la conducta típica no sería la "resistencia", pues este término englobaría conductas que no necesariamente implican violencia contra el funcionario (p. ej., atarse uno mismo a un árbol para no ser conducido por el funcio-

267. También CREUS, p. 37 y s. Igualmente admite la "violencia contra las cosas", cuando esta se dirija de manera mediata contra la persona, la doctrina y jurisprudencia alemanas en el tipo penal del § 113 StGB, al respecto ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1046, n. marg. 42; 26.ª ed., p. 1149, n. marg. 42.

268. ROJAS, 1.ª ed., p. 528; 2.ª ed., p. 562; 3.ª ed., p. 730.

nario)²⁶⁹. Pero el hecho es que el tipo penal actual (también el argentino) solamente se refiere a una "resistencia violenta"²⁷⁰.

— IMPEDIR O TRABAR. Según FONTÁN BALESTRA, esta característica resalta la diferencia con el "atentado" (violencia), pues "sólo se puede impedir o trabar la ejecución de un acto cuando el autor se opone a la acción del funcionario y (...) en el atentado el funcionario puede no haberse propuesto hacer o dejar de hacer nada, y es el sujeto activo quien se lo impone"²⁷¹. TRABAR es menos que "impedir"; significa dificultar, entorpecer la actividad del funcionario. En el IMPEDIR hay un resultado: el hecho de que la actividad funcional no se lleve a cabo en el momento señalado por el funcionario; en el trabar no hay resultado²⁷². Todos estos casos implican una *oposición activa* del sujeto activo a la actividad del funcionario durante la etapa de la ejecución; si se da antes, habrá delito de "atentado"; si se produce después de la ejecución, puede haber otro delito distinto²⁷³.

En la modalidad de "impedir" se persigue una "omisión" de la actividad funcional, y en el "trabar" un "entorpecimiento de la comisión" de la actividad funcional, mientras que en el "atentado" se buscaba imponer una omisión o una acción en el funcionario.

269. CREUS, p. 36.

270. El C.P. argentino anterior al vigente empezaba por el siguiente tenor: "El que resistiere...", pero el elemento "resistirse" ya había sido interpretado por la doctrina de dicho país de manera que incluía siempre un acto de violencia contra el funcionario, al respecto, CREUS, p. 36.

271. FONTÁN BALESTRA, p. 162.

272. En cambio, para ROJAS, en "impedir" solamente habría una mera actividad; 1.^a ed., p. 529 y s.; 2.^a ed., p. 563; 3.^a ed., p. 731 y s., 733. Pero si esto fuera así, no habría diferencia entre una y otra conducta. Lo que sí no se necesita es que el impedimento sea definitivo; es decir, que imposibilite el cumplimiento de la actividad funcional en otra oportunidad.

273. CREUS, p. 37.

Por la parte del sujeto activo, se trata de un delito usualmente de *comisión*, pues el atentado contra el bien jurídico se dará mediante actos positivos de impedir o trabar. Podría haber una auténtica *omisión* cuando se requiriera una acción del sujeto activo para que el funcionario cumpla con sus funciones y aquél se negara a participar. P. ej., si se necesitan los conocimientos de un cerrajero para ingresar a un inmueble y trabar embargo, y el cerrajero se negara a actuar. Pero en estos casos de omisión, como no existe un elemento de "violencia", el supuesto es más bien típico del delito de "desobediencia".

— LEGITIMIDAD en la ejecución del acto funcional. No hay "resistencia" si el funcionario actuara fuera del marco legítimo de sus funciones. Debe haber una *decisión funcional preexistente* contra alguien, es decir, una "orden", que un funcionario esté tratando de ejecutar de manera actual²⁷⁴. Pero también habrá legitimidad de la ejecución si el funcionario ejecutante actúa dentro del marco de sus atribuciones, pese a que la orden misma que quiere cumplir es ilegítima; en tal caso, el afectado puede recurrir a una causa de justificación²⁷⁵.

El acto funcional será siempre un *acto de autoridad*²⁷⁶, pues aunque el tipo penal no lo especifica ni exige, la ejecución de órdenes siempre implicará tal actividad funcional específica. Por otro lado, aquí no cabe duda alguna que la conducta típica debe dirigirse contra un acto de autoridad "legítimo".

En resumen, el acto funcional objeto del delito de "resistencia" debe reunir las siguientes características²⁷⁷:

274. CREUS, p. 36, 40.

275. Igual solución ofrece CREUS, p. 43.

276. Aquí sí concuerdo plenamente con CREUS, p. 41.

277. Cfr. CREUS, p. 41. ROJAS, 1.ª ed., p. 528 y s.; 2.ª ed., p. 562 y s., 3.ª ed., p. 731 y s.; ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1042, n. marg. 23 y ss.; 26.ª ed., p. 1144 y s., n. marg. 23 y ss.

- a) La actividad impedida o trabada debe corresponder a las funciones del funcionario que ordena y del que ejecuta la orden (competencia por la materia y por el territorio).
- b) Debe tratarse de un "acto de autoridad".
- c) No debe significar una extralimitación (falta de abuso).
- d) Debe tratarse de la "ejecución" de una resolución emitida por el propio o por otro funcionario.
- e) Debe cumplir las formalidades exigidas por la ley.

Especialmente problemático es el requisito c), pues la doctrina ha destacado que la *extralimitación* puede ser leve o grave y que el efecto de una y otra no debería ser el mismo, pese a que no es fácil encontrar un criterio de delimitación. Por ello se propugna últimamente una solución distinta: según si los actos (ilegales) del funcionario son "nulos" o "anulables". En el primer caso, el atentado contra el funcionario debería ser atípico; en el segundo, depende de si existen vías jurídicas para la reposición de la situación: si existieran, debería afirmarse la existencia de una extralimitación leve y, por tanto, la tipicidad de la conducta; si no existieran, debería ser posible una ulterior justificación de la conducta²⁷⁸.

— TIPO SUBJETIVO. Se exige claramente un *dolo directo*²⁷⁹, pues el tipo penal exige una dirección determinada de la conducta: "impedir o trabar" la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de las funciones de un funcionario. El hecho de que el sujeto activo persiga otras finalidades adicionales (ánimo de venganza, odio personal al funcionario, etc.), no excluye del *dolo*²⁸⁰.

Es posible el ERROR de tipo: si el autor sabía o no que se trataba de un funcionario público y que éste estaba actuando legít-

278. C. más ref., PRATS CANUT, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 2173.

279. CREUS, p. 46; ROJAS, 1.ª ed., p. 530; 2.ª ed., p. 564, 3.ª ed., p. 732 y s.

280. CREUS, p. 40 y s.

timamente²⁸¹. Pero estos casos podrían hacer que el tipo penal resulte burlado, sobre todo, en el segundo caso (en el primero puede ser difícil en la práctica admitir el error), pues siempre puede alegarse el "error de tipo" y, aunque éste fuera evitable, llevaría a la impunidad, pues no existe un tipo "culposo" de resistencia contra la autoridad. Es por eso que el tipo penal alemán del § 113, cuarto párrafo, prevé expresamente una atenuación de pena en casos de "error sobre la legitimidad de la acción funcional" con lo cual se evita la impunidad de un error de tipo evitable²⁸². Ante la falta de previsión específica de este supuesto, una posibilidad consistiría en admitir aquí la existencia de un "error de prohibición" (por lo menos evitable) cuando el sujeto activo dude de la legitimidad de la orden o el acto administrativo previo a un acto funcional legítimamente ejecutado y crea que puede resistirse a ello (error sobre los presupuestos de la existencia de una causa de justificación).

Y cuando el sujeto actúe, pese a creer equivocadamente que la conducta funcional era legítima, tendría que afirmarse la existencia de una *tentativa inidónea*, que según el artículo 17 C.P. peruano es impune²⁸³.

Para determinar la CONSUMACIÓN del delito hay que tener en cuenta que la configuración del tipo es distinta que en el caso anterior: aquí el injusto recae en el empleo de la "violencia" o "intimidación" y no en la consecución de la finalidad buscada. Luego, al igual que en el tipo penal argentino (art. 238), la consuma-

281. CREUS lo admite, pero ubica este error en la culpabilidad. p. 47.

282. En este sentido también ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1040 y s., n. marg. 20 y s., p. 1048 y s, n. marg. 53 y ss.; 26.ª ed., p. 1142 y s., n. marg. 20 y s, p. 1150 y s., n. marg. 53 y ss.

283. También considera este caso como una "tentativa inidónea" impune según una previsión específica en el artículo 113, tercer párrafo, ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1048, n. marg. 54; 26.ª ed., p. 1151, n. marg. 54.

ción se produce con el despliegue de fuerza para impedir o para trabar²⁸⁴.

Se trata de delitos de "mera actividad" en los cuales no es posible la TENTATIVA: antes del ejercicio de la violencia o del conocimiento de la amenaza solamente existen actos preparatorios; y después del ejercicio de estas conductas ya hay delito consumado²⁸⁵. Como el reproche penal se da en la restricción de la libertad de determinación del funcionario, antes que éste experimente la violencia o tome conocimiento de la amenaza, su libertad no se ha visto afectada de ningún modo.

En la ANTIJURICIDAD es conveniente hacer unas precisiones. Cuando el funcionario ejecutante actúa ilegal o abusivamente, no hay razón para exigir que los particulares toleren esto, pues lo que se protege no es el "principio de autoridad" sin más, sino el ejercicio funcional legítimo de una autoridad²⁸⁶. Pero, como el tipo penal de "resistencia" presupone una actuación legítima del funcionario, en este tipo penal la "legítima defensa" contra actos ilegítimos del funcionario no tiene efectos de "causa de justificación", sino una de *atipicidad*²⁸⁷.

Diferente es el caso de que el funcionario ejecutante actúe *legítimamente*, aunque basado en una *orden ilegítima*, con conocimiento pleno de éste (aunque a su vez, justificado por la "obediencia jerárquica"). Aquí podría discutirse la "legítima defensa" del particular que actúa para rechazar la ejecución²⁸⁸, así

284. CREUS, p. 44.

285. Acertadamente CREUS, p. 44.

286. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 760 y s.

287. CREUS, p. 42, 46; también ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1037, n. marg. 1, p. 1040 y s., n. marg. 19 y ss.; 26.ª ed., p. 1139, n. marg. 1, 1142 y s., 18 y ss.

288. El caso es advertido por CREUS, ver p. 43.

como las posibilidades de una no-ejecución de la orden por parte del funcionario. En este caso, habría ciertamente tipicidad de la conducta del particular, pues el funcionario era competente y estaba cumpliendo una orden de un superior jerárquico. Pero como la orden misma era ilegítima, sí podría haber una resistencia "justificada". No obstante, en estos casos de actos administrativos obligatorios, aunque "antijurídicos", no parece ser correcto hablar de "legítima defensa" de parte del particular, sino más bien de un *estado de necesidad*²⁸⁹.

En el caso del *funcionario ejecutante* de una orden del superior jerárquico o por mandato de una autoridad competente, habría que distinguir los supuestos que se puedan presentar²⁹⁰:

- a) Si la orden o el mandato eran ilegales porque la ley no las autorizaba (p. ej., matar prisioneros de guerra, torturar, etc.), tampoco el acto de ejecución puede ser legítimo, independientemente de que el funcionario ejecutante confíe en la legalidad de tal acto;
- b) Si a la orden o al mandato, en realidad legítimos, solamente les faltara cumplir un requisito y el funcionario ejecutante estaba en una relación de subordinación con el que dio la orden, el acto de ejecución solamente será antijurídico cuando el funcionario ejecutante reconociera fácilmente esto, es

289. CREUS, p. 42, 46; MUÑOZ CONDE, c. más ref., p. 762.

290. Se siguen aquí las soluciones propuestas por ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 1044, n. marg. 31; 26.^a ed., p. 1146, n. marg. 31. En similar sentido también la doctrina española ha interpretado la causa de atipicidad prevista en el segundo párrafo del artículo 410: "desobediencia a órdenes manifiestamente ilegales"; al respecto, c. más ref. ver Carlos MIR, p. 107 y s., 119 y ss. En este caso se discute en la doctrina si ella llevaría a la atipicidad o a la exclusión de la antijuricidad del delito de desobediencia (en este último sentido, basándose en el principio de "conflicto de intereses" se manifiesta Carlos MIR, ver *idem*, p. 124, 132 y ss.).

decir, sin tener que examinar jurídica y objetivamente la orden o el mandato.

- c) Si el funcionario ejecutante no estuviera en una relación de estricta subordinación con quien dio la orden, la ejecución de la orden o del mandato antijurídicos solamente serán correctos cuando el funcionario ejecutante, pese a someterlos a un examen objetivo y jurídico, no pudo reconocer la ilegalidad. Estos principios deben tenerse también en cuenta para determinar la responsabilidad penal del "funcionario ejecutante" por el delito de desobediencia del artículo 368 C.P., tal como se analizará más adelante.

Finalmente, hay que distinguir los casos mencionados de aquellos en los que el funcionario actúa legítimamente, pero acompaña su actuación de otros actos que no lo son. Contra estos *actos secundarios ilegales* es plenamente posible una "legítima defensa" del afectado²⁹¹.

Para los casos de CONCURSO rige lo ya mencionado en el tipo penal anterior.

Entre la "violencia" o el "atentado" y la "resistencia" a la autoridad no hay concurso, sino se trata de figuras distintas. En la doctrina hay varios criterios para diferenciar ambas figuras penales²⁹²:

- a) Criterio *temporal*: el "atentado" se daría antes de que se adopte la resolución que legitima al funcionario; la "resistencia" sólo es posible después, al impedir o trabar la ejecución del acto funcional²⁹³. Pero en ambos casos los tipos también

291. Eser en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1045, n. marg. 36; 26.ª ed., p. 1148, n. marg. 36.

292. A continuación se exponen los criterios citados por FONTÁN BALESTRA, p. 149 y ss.

293. Al respecto ver FONTÁN BALESTRA, p. 149.

incluyen la modalidad de obligar al funcionario a un no-hacer ("impedir" el ejercicio en el art. 365 e "impedir" del art. 366), con lo cual el criterio no sirve de mucho.

- b) Criterio del *destino* del acto funcional: si el acto funcional se transforma en "orden" con destinatario asignado, plural o singular, la conducta que la impida será "resistencia", si la voluntad del funcionario no ha pasado a la etapa de la ejecución, habrá "atentado".
- c) Criterio de SOLER: en el "atentado", la voluntad de hacer o no hacer es la del autor que la impone al funcionario; en la resistencia, en cambio, la voluntad del acto emana del funcionario, y el autor se opone a su ejecución. El "atentado" sería una forma de "usurpación de autoridad".
- d) Criterio de la *finalidad*: según Eusebio GÓMEZ, en el "atentado" se quiere impedir al funcionario que ejecute u omita actos que le competen; en la "resistencia" se quiere resistir o desobedecer a un funcionario en el ejercicio legítimo de sus funciones.

2.3.3 Violencia y resistencia agravadas (art. 367)

Artículo 367.- En los casos de los artículos 365 y 366 la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:

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

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

Estos supuestos de agravación han sido inspirados en el artículo 238 (antes art. 239) del C.P. argentino (salvo el último supuesto).

La justificación de las agravantes deberían basarse en un mayor injusto debido al medio empleado o al objeto afectado.

— En el caso de la MANO ARMADA, obviamente existe una mayor idoneidad del medio para afectar la libertad de determinación del funcionario, pero también la peligrosidad para otros bienes de éste y de terceros²⁹⁴. Por tal motivo, si se tratara de un "arma simulada" no deberá operar la agravante²⁹⁵. Las armas pueden ser "propias", es decir, las que tienen esta finalidad, o "impropias" siempre que estas tengan el mismo poder intimidante que aquellas; p. ej., un perro bravo, una botella rota, un arma propia inservible pero utilizada de otra manera, etc.²⁹⁶. Si bien este concepto de "arma impropia" suele ser interpretado de manera tan extensiva que incluye todo tipo de objetos: palos, piedras²⁹⁷, es posible una restricción interpretativa a través del elemento subjetivo. Debe exigirse "intención" de emplear el arma "contra la persona" en la comisión del delito de resistencia o atentado; no serán suficientes el mero "portar" el arma sin señales de que se la quiera utilizar para el delito, ni el dirigir las armas a la violencia contra las cosas²⁹⁸.

294. CREUS, p. 50 y s.

295. CREUS, p. 50.

296. CREUS, p. 52.

297. Críticamente contra la jurisprudencia española que admite esta interpretación extensiva, PRATS CANUT, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 2176. La doctrina y jurisprudencia alemanas emplean esta interpretación extensiva; ver ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1050, n. marg. 63 y s.; 26.ª ed., p. 1152 y s., n. marg. 63 y s.

298. Así en la doctrina y jurisprudencia alemanas, ver ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 1050, n. marg. 65; 26.ª ed., p. 1153, n. marg. 65.

Podría darse un CONCURSO con la "tenencia ilegal de armas" (art. 279), cuando en esta agravante se empleen "armas propias". Pero, aunque aquél tipo penal, de dudosa constitucionalidad, parece sancionar la mera posesión, en realidad debe interpretarse como un delito de "peligro concreto" en relación con la direccionalidad de la tenencia hacia la afección de bienes jurídicos. Y si tal afección ya se ha producido, como en el caso agravado aquí ya analizado, el "tipo residual" de la "tenencia ilegal" debe ceder, por más que su penalidad sea exageradamente mayor que la del tipo penal específico.

— El segundo supuesto de agravación se refiere a la PLURALIDAD DE AGENTES. En el caso peruano, basta con que los hechos sean realizados por DOS o más personas; en el caso argentino se necesitan tres o más personas. La razón de ser de la agravante radica en las posibilidades de una mayor intimidación²⁹⁹. Pero para que esto se produzca, los sujetos tienen que haber ejecutado ellos mismos los hechos; no basta con la mera concurrencia pasiva o con actos de complicidad o instigación³⁰⁰. La agravante opera incluso si los demás participantes ejecutivos son inimputables, pues el mayor efecto intimidatorio se ha producido igualmente; basta la "actuación grupal"³⁰¹.

— Carácter de FUNCIONARIO PÚBLICO del autor. Este supuesto era innecesario, pues ya existe la agravante genérica del artículo 46-A. El mayor reproche penal radicaría en la condición del autor, quien debería respetar en mayor medida las normas que regulan el funcionamiento de la Administración Pública³⁰². Pero tal fundamentación difícilmente podrá librarse de la crítica de es-

299. CREUS, p. 54.

300. Similar CREUS, p. 54 y s.

301. CREUS, p. 55.

302. CREUS, p. 56.

tar defendiendo un "Derecho penal del autor". Por lo tanto, la agravante solamente debe operar cuando el funcionario público *se aprovechara o prevaleciera* de su condición para cometer con mayor facilidad el delito; p. ej., si emplea intimidación proveniente de su propio ejercicio funcional. En caso de que emplee las armas propias de su ejercicio funcional, operará el primer supuesto de agravación. Así se exige expresamente en el tipo penal español correspondiente (art. 552, numeral 2 C.P. 1995)³⁰³.

Esta agravante podría entrar en CONCURSO con el delito de "requerimiento indebido de la fuerza pública" (art. 379), pero este concurso será solamente "real", pues en el art. 379 la consumación se da con el mero "requerimiento"³⁰⁴; si éste es atendido y se llega a utilizar violencia contra el funcionario víctima, entrará a tallar también el supuesto agravado del artículo 367.

— CAUSACIÓN DE LESIÓN GRAVE: aunque el supuesto no precisa que la lesión se produzca en el sujeto pasivo; no puede ser otra la interpretación. Este supuesto "preterintencional" era innecesario, pues siempre podía aplicarse el concurso con el tipo penal de "lesiones graves". De todos modos, solamente operará la agravante cuando la lesión grave sea producto de una falta del deber de cuidado del sujeto activo. P. ej., el arma, culposamente, causa la lesión. Si el sujeto activo actuara dolosamente, sí tendrá que recurrirse al concurso con el tipo penal de "lesiones" (arts. 121 y ss.).

— CAUSACIÓN DE MUERTE: también aquí se tiene un "tipo preterintencional" innecesario. Como la agravante solamente se refiere a la "culpa" en el resultado más grave, en caso de "dolo"

303. Al respecto, PRATS CANUT, quien sugiere que hubiera sido preferible, en vez de exigir el "prevalimiento", solamente que el funcionario realice la acción típica encontrándose en el ejercicio de su cargo; ver en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 2176.

304. Así también CREUS, p. 57.

deberá recurrirse al concurso con los tipos de "homicidio" (arts. 106 y ss.).

2.3.4 Desobediencia y resistencia leve a la autoridad (art. 368)

Artículo 368.- El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

El tipo penal peruano tiene como fuente indiscutible al artículo 240 del C.P. argentino de 1917 con el que coincide en la mayoría de los elementos típicos y en la penalidad. La única diferencia está en que el tipo penal argentino no prevé la modalidad de "resistencia de órdenes", con lo cual evita problemas de interpretación y delimitación con el tipo penal de "resistencia". El C.P. peruano de 1924 no tenía un tipo penal semejante. El artículo 556 del C.P. español de 1995 prevé un supuesto similar al peruano, pero como delito contra el "orden público" y exigiendo una "desobediencia grave" y previendo para ella una pena mucho más leve que la del tipo peruano (prisión de 6 meses a un año). Solamente son considerados como delitos contra la Administración Pública los casos en los cuales el sujeto activo de la desobediencia es un funcionario público (arts. 410 y 411).

El OBJETO directamente atacado aquí es la *efectividad de las actividades funcionariales*; es decir, el cumplimiento de las órdenes dadas por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones³⁰⁵.

305. Similar en este punto, Fidel ROJAS, quien habla de "eficacia" de los mandatos de autoridad, 1.^a ed., p. 540; 2.^a ed., p. 574, 3.^a ed., p. 742. CREUS habla del "orden externo" impuesto por la conducción de la Administración Pública, p.

Aquí no está en juego la libre determinación del funcionario público en el ejercicio funcional.

Los elementos objetivos y subjetivos del delito de "desobediencia" son similares a los de la "resistencia", pero contienen un menor injusto, pues se prescinde de la intimidación o fuerza. Al igual que en la "resistencia", se requiere una actuación previa del funcionario con un destinatario fijo.

— SUJETO ACTIVO. Puede cometer el delito cualquier persona, siempre que sea destinatario de la orden y que esté legalmente obligado a cumplirla³⁰⁶. Este último requisito puede darse cuando, pese a que la orden es legítima, el destinatario es el equivocado. P. ej., por un error o por homonimia la citación se dirige a persona distinta de la que debería concurrir al Juzgado.

Nada impide que un funcionario público sea autor del delito, siempre que tal conducta no constituya ya otro delito autónomo; p. ej., en el caso de la orden de prestar alimentos canalizada por el superior jerárquico (art. 149 C.P.), o en el caso del retardo injustificado de pagos (art. 390) o de rehusarse a entregar bienes custodiados o administrados (art. 391).

Pero en los casos en los que el sujeto activo sea el funcionario público se constata que la naturaleza de la "desobediencia" no puede ser la misma que cuando el desobediente es un particular. En el funcionario desobediente se atenta contra una "relación especial de subordinación", a diferencia de los particulares donde la subordinación es de carácter general³⁰⁷. Por eso hubiera sido pre-

62. Sin desconocer estos bienes, Carlos MIR destaca el "orden interno" de la Administración Pública ("principio jerárquico en la organización de la Administración Pública"), en el caso español de los arts. 410 y 411, donde el sujeto activo solamente es el funcionario público; p. 108 y s.

306. CREUS, p. 68.

307. Carlos MIR, p. 100.

ferible separar la descripción típica de ambos casos de desobediencia.

La desobediencia puede realizarse también por un "órgano colegiado"; p. ej., los Regidores de una Municipalidad. Solamente salvarán sus responsabilidad los que votaron en contra de la desobediencia. El Alcalde que no ejecute el acuerdo de los Regidores o impida que estos se reúnan para decidir sobre el cumplimiento de la orden, responderá también de la desobediencia, sea por comisión o por omisión³⁰⁸.

— ORDEN impartida por funcionario público. Para que haya "desobediencia", ésta debe estar dirigida a una orden dada previamente por un funcionario público. No constituye DESOBEDIENCIA cualquier incumplimiento de la orden; ésta debe reunir una serie de requisitos³⁰⁹:

- a) La orden contra la que se dirige la desobediencia debe ser *orden concreta y directa*. Las órdenes no pueden ser vagas o genéricas³¹⁰. Por otro lado, la orden no debe confundirse con un deber jurídico. P. ej., retornar al país, pese a haber sido expulsado; no son órdenes todas las sentencias judiciales, ni siquiera las que creen un estado (o sea una orden prohibitiva de carácter general), pero sí las que contengan una orden expresa de ejecución³¹¹. Tampoco "desobedece" quien se

308. Iguales soluciones en España, en relación con los arts. 410 y 411 del C.P. español, en Carlos MIR, p. 115.

309. Al respecto, CREUS, p. 63 y s.; FONTÁN BALESTRA, p. 170; Carlos MIR, p. 118 y ss. SAN MARTÍN acoge los mismos criterios; ver p. 95 y ss.

310. ROJAS, 1.ª ed., p. 541; 2.ª ed., p. 575, 3.ª ed., p. 743.

311. CREUS, c. ej., p. 63 y s. Ver también la crítica de SAN MARTÍN a la jurisprudencia nacional que entiende mal este requisito, p. 96 y s.; ver también la E. S. de 21-02-1985, exp. N.º 290-85 (Piura), cuya fundamentación teórica es correcta, pero su aplicación al caso concreto es inconsecuente, cit. en SAN MARTÍN, p. 97 y s.

estaciona en una zona prohibida desatendiendo la señal respectiva, pero sí lo hace cuando no cumple la conminación del Policía de no hacerlo.

Esto también ha sido considerado así por la jurisprudencia nacional. P. ej., se ha afirmado que no existe tipicidad del delito de "desobediencia" en el hecho de volver a ingresar al terreno del cual fuera desalojado el sujeto después de un proceso civil³¹², si bien dicho acto pueda constituir otro delito distinto como el de "usurpación"³¹³.

De allí que se conceptúe la ORDEN de la siguiente manera: "mandamiento escrito o verbal, dado directamente —aunque no sea en presencia— por un funcionario público a una o varias personas determinadas para que haga o no hagan algo"³¹⁴. Algunos agregan a este concepto el "carácter intimidatorio" de la orden³¹⁵, pero en realidad se confunde esto con un requisito adicional exigido por la justicia peruana: la conminación previa.

- b) Debe ser *legal*, es decir, la orden debe ser dada por un funcionario en virtud de sus atribuciones. No interesa si es justa o injusta³¹⁶. En el caso de que se trate de una orden cuyo cumplimiento competa a otro funcionario público, no es necesario que haya una relación de "jerarquía", sino que sí exista

312. E. S. de 26-11-97, exp. N.º 665-97 (Piura), cit. en Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 583 y s.; 2.ª ed., p. 617 y s., 3.ª ed., p. 792.

313. Expresamente en este sentido, la E. S. de 01-09-1995, exp. N.º 2240-94-B, en ROJAS PELLA, p. 233.

314. CREUS, c. más ref., p. 63.

315. ROJAS, citando jurisprudencia suprema nacional (ejecutoria de 21/02/1985, exp. 290-85, Piura), pero que precisamente no contempla este elemento de intimidación, ver 1.ª ed., p. 586; 2.ª ed., p. 620, 3.ª ed., p. 795.

316. ROJAS, 1.ª ed., p. 541, 3.ª ed., p. 743.

la "relación de subordinación"³¹⁷; p. ej., las resoluciones judiciales cuyo cumplimiento compete a todos.

- c) No debe tener otra *regulación legal específica*, sea como delito, infracción administrativa o civil. Ejemplo: desobedecer mandatos del Juez laboral (art. 168, segundo párrafo), incumplir resoluciones de las Comisiones y Oficinas del IN-DECOPI.
- d) Pero aquí, como correctamente lo ha establecido la jurisprudencia nacional, debe existir una *conminación previa* en una resolución y otra que haga efectivo el apercibimiento previo³¹⁸. Este requisito también debe exigirse en todos los demás tipos penales autónomos que impliquen desobediencia a la autoridad.
- e) No debe tratarse de cuestiones vinculadas con *intereses personales* de cualquier índole (afectiva, patrimonial, personal) o con las garantías constitucionales. En caso contrario, cualquier incumplimiento de sentencias judiciales sería punible. El fundamento de esta restricción radica en el entendimiento del bien jurídico y del objeto directamente atacado: "el acatamiento que la ley penal impone es el de las normas dadas por la autoridad en función de tales, pero con repercusiones administrativas, no el de las que constituyan obligaciones de carácter personal con repercusiones de estricto derecho civil"³¹⁹. Ejemplos: no desalojar el inmueble ocupado, no pagar la indemnización fijada; incumplir el régimen de visita del hijo.

317. También en la doctrina española, Carlos MIR, c. jurisp., p. 115.

318. E. S. de 21-09-90, exp. 149-88, Segunda Sala Penal; publicado en *Jurisprudencia Penal*, Trujillo, 1996, p. 97.

319. CREUS, p. 64.

En todo caso debería existir, por lo menos, un agotamiento de las vías procesales previstas y una conminación previa que amenace con denunciar penalmente. Si esto no fuera posible, no habría manera de poder hacer cumplir los fallos judiciales. Solamente cuando estos incumplimientos constituyan otros delitos independientes, la tipicidad del delito genérico de "desobediencia" cederá.

- f) No es un requisito la "publicidad" de la orden, pero debe ser por lo menos *notificada* a su destinatario³²⁰. Si se tratara de una orden verbal, tiene que ser directa. Esto también ha quedado claro en la jurisprudencia nacional cuando se declara la atipicidad por desobediencia en el caso de una orden de entregar bienes decomisados que no había sido notificada³²¹.

— LEGITIMIDAD DE LA ORDEN. En principio, está claro que no es típica la desobediencia del particular o del funcionario a una "orden ilegítima", en el sentido que provenga de un funcionario que no esté legitimado para darla (p. ej., falta de competencia). Pero es discutible el caso en el cual el contenido de la orden era injusto, aunque haya sido dada siguiendo las formalidades de ley por un funcionario competente.

Como ya se vio más arriba, si tal orden se hizo de manera formalmente correcta, por más abusiva que sea, deberá, en principio, ser obedecida cuando es ejecutada por otro funcionario que actúa dentro del marco de sus atribuciones; y contra esta orden solamente sería posible una "causa de justificación"³²² (ver también *supra* 2.3.2).

320. ROJAS, con jurisp., 1.ª ed., p. 541 (nota 565); 2.ª ed., p. 575, 3.ª ed., p. 743 (nota 762).

321. E. S. de 20-09-1985, exp. N.º 392-85 (Lima), en *Anales Judiciales*, T. LXXIII, p. 273.

322. En este último sentido, CREUS, p. 65 y s.

Ahora bien, cuando el que desobedece la orden es un "funcionario público" también habría que distinguir una serie de situaciones, tal como ya se expuso más arriba: el funcionario puede desobedecer la orden cuando ésta es manifiestamente ilegal (contradice abiertamente las leyes que protegen bienes jurídicos importantes) o cuando pueda reconocer la ilegalidad de manera fácil. Aquí puede sostenerse que la desobediencia debe ser considerada "atípica" por faltar en la orden el elemento "legitimidad". En los demás casos el funcionario deberá obedecer y podrá ampararse en caso de que la ejecución lleve a un delito, en una "obediencia debida" (art. 20, numeral 9) o, en casos extremos de conflicto de intereses (la obediencia jerárquica y evitar un grave mal ajeno), ampararse en una causa de justificación.

En el mismo sentido se ha interpretado en España la disposición del artículo 410, segundo párrafo, según el cual no habrá responsabilidad penal en las autoridades y funcionarios que no den cumplimiento a un mandato "que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general". Se entiende que esta disposición no se refiere a las desobediencias contra órdenes abusivas, ilegítimas de funcionarios públicos (fuera del ámbito de su competencia o sin las formalidades legales debidas), pues allí lo que hay es una "atipicidad" del desobediente; la disposición se referiría más bien al caso en el cual la orden provenga de un funcionario competente y cumple con las formalidades de ley, pero contiene una infracción manifiesta de la ley³²³. En estos casos, la ley ha previsto una "justificación" específica al funcionario, quien de esa manera salva su responsabilidad (incluso penal) por el cumplimiento de órdenes "manifiestamente" ilegales.

323. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 854 y s.; Carlos M:R, p. 132 y ss.

La doctrina española mayoritaria hace una salvedad: en el caso de *mandatos judiciales*, estos deben ser siempre cumplidos, pese a ser manifiestamente antijurídicos; solamente podría ser incumplidos si fueran ilegítimos (dados por autoridad judicial incompetente o sin las formalidades legales), pues aquí primaría un principio constitucional (previsto expresamente en la Carta Magna española) de la exclusividad de la potestad jurisdiccional³²⁴. Por respeto al principio de "división de poderes", esta interpretación debe ser admitida también para el caso peruano.

En la doctrina extranjera se hacía una distinción adicional: si el funcionario era una "autoridad" y recibiera una orden manifiestamente ilegal, debía rechazarla, pues no estaba amparado por la eximente de la "obediencia debida"; pero si se trataba de un mero funcionario, podía optar por no cumplir la orden o por cumplirla y ampararse en la eximente la "obediencia debida"³²⁵. Esta distinción no es congruente con el sistema actual de organización del Estado de Derecho.

El artículo 322 del C.P. peruano de 1924 no se refería expresamente al "ejercicio legítimo de sus funciones", con lo cual dejaba un exagerado margen a la arbitrariedad del funcionario público, pues el administrado no podía rechazarlo justificadamente cuando aquél abusaba de sus facultades.

— DESOBEDECER o RESISTIR. La DESOBEDIENCIA es similar a la "resistencia", pero contiene un menor injusto, pues prescinde de la intimidación o fuerza. Al igual que en la "resistencia", se requiere una actuación previa del funcionario con un destinatario fijo. Consiste en una conducta "omisiva" en cuanto

324. Carlos MIR, c. más ref., p. 121 y s. (ref. en p. 125).

325. Al respecto ver ampliamente sobre la anterior regulación española, Carlos MIR, p. 105 y s.

incumplimiento de mandatos u órdenes emanadas de la autoridad. La omisión puede consistir en simple desobediencia de algo que se debía hacer o en un hacer algo que se estaba prohibiendo hacer³²⁶. La consumación de la desobediencia se da al cumplirse el plazo dado por la ley o establecido en la orden misma, sin haberse cumplido con lo mandado.

No se requieren más elementos para que se dé este elemento. Por eso exige demasiado la Corte Suprema nacional cuando afirma que la desobediencia equivaldría a una "rebeldía u oposición abierta, hostil y maliciosa acompañada de actos de contradicción decidida y resuelta" a la orden del funcionario³²⁷. En el Derecho penal español, donde el artículo 410 exige expresamente un "negarse abiertamente", se ha interpretado que ello no ocurriría con un mero "retraso" o un mero "entorpecimiento" o "negligencia"; la "rebeldía" del desobediente se manifestaría, en caso de duda, con los incumplimientos reiterados³²⁸. No debe pues exigirse además de esto una "malicia" o "actos ulteriores" adicionales a la desobediencia.

No es típica la llamada *remostratio*; es decir aquellos casos en los cuales un funcionario público obligado a cumplir una orden de otro funcionario, al tener dudas sobre el contenido de la orden o sobre su legitimidad, no lo hace y a cambio de ello efectúan una consulta al primero. Si éste confirmara el mandato y el funcionario persistiera en su desobediencia, ésta será indudablemente típica, salvo los casos justificados ya mencionados. El artículo 411 del C.P. español prevé esta situación de manera específica³²⁹. Nuestra

326. Cfr., empleando aquí la terminología de omisión "simple" y "por acción", ROJAS, 1.ª ed., p. 541; 2.ª ed., p. 575, 3.ª ed., p. 744; similar CREUS, p. 62 y s.

327. E. S. de 16-10-1981, exp. N.º 922-81, *Anales Judiciales*, T. LXXII, p. 139.

328. Cfr. Carlos MIR, p. 117.

329. Al respecto, Carlos MIR, p. 134 y ss.

legislación no lo hace, pero ello no implica, en realidad, ningún vacío, pues los casos de mera *remostratio* no deben ser considerados todavía como "desobediencia".

En la modalidad de RESISTENCIA el sujeto trata de impedir, mediante actos de resistencia, el cumplimiento de la orden; los actos de resistencia no deben llegar a constituir violencia o intimidación, pues ello sería delito de "resistencia violenta" del artículo 366³³⁰. Ej. el embargado que se aferra a sus cosas.

— GRAVEDAD de la desobediencia. Aunque el tipo penal no lo dice expresamente, de manera sistemática debe integrarse este elemento, pues el delito ya está sancionado como falta en el artículo 452, tercer párrafo. La pregunta es: ¿en qué consiste la *gravedad*? Fidel ROJAS, siguiendo a la jurisprudencia española del Código derogado, señala que la gravedad estaría dada cuando se pone en peligro al bien jurídico, cuando el incumplimiento trasciende o compromete el ejercicio funcional. Y para esto se debería tener en cuenta (también según la jurisprudencia española): la jerarquía del funcionario que dio la orden, las condiciones del que ha desobedecido, la persistencia en el incumplimiento, el daño producido y el desprestigio causado a la autoridad o funcionario³³¹. Este último criterio, por cierto, no armoniza con el concepto de bien jurídico tutelado que se maneja, por lo cual no debería ser tenido en cuenta para medir la "gravedad" de la desobediencia.

— TIPO SUBJETIVO. El tipo penal exige dolo, el cual abarca el conocimiento de la orden y del carácter de destinatario de ella, y la voluntad de desobedecer. Es especialmente importante el cono-

330. ROJAS, 1.ª ed., p. 542; 2.ª ed., p. 576, 3.ª ed., p. 745.

331. Sentencia de 24-05-1979 citada por ROJAS, 1.ª ed., p. 542, nota 568; 2.ª ed., p. 576, nota 568, 3.ª ed., p. 744 y s., nota 765. Ver también PRATS CANUT, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 2179 y s.

cimiento de la orden por parte del destinatario. No son válidas las "notificaciones fictas", o sea la presunción de tener al sujeto por notificado sin que se demuestre que éste ha tomado conocimiento de la orden³³². Por lo tanto, el dolo es siempre *directo*, pues se exige una voluntad dirigida al incumplimiento de la orden³³³.

Es posible el ERROR DE TIPO cuando recae sobre cualquier elemento objetivo. Si, p. ej., se tienen dudas razonables sobre la ilegitimidad de la orden sería admisible un "error vencible" que lleva a la impunidad, pues el delito no admite la punición por culpa³³⁴. También son posibles otros casos de error en todos los niveles.

Es un delito *de ejecución instantánea*. Se consuma al vencerse el plazo para el cumplimiento de la orden. Por eso, debe entenderse que la CONSUMACIÓN en la "desobediencia" se produce desde que se vence el plazo para el cumplimiento de la orden o cuando se realiza la conducta prohibida³³⁵. En la "resistencia" en el momento en que ocurre el acto material de alzarse contra la orden inexistente³³⁶. No impide la consumación el hecho de que, luego de la desobediencia, la propia autoridad ejecute por la fuerza la acción mandada.

La "desobediencia" no es un delito "permanente", sino uno de ejecución instantánea, cuyos efectos pueden prolongarse en el tiempo (en la modalidad omisiva)³³⁷.

332. CREUS, p. 70.

333. CREUS, p. 70; Carlos MIR, p. 130 y s.; también MUÑOZ CONDE parece exigir dolo directo, p. e., p. 764. Para Fidel ROJAS bastaría el "dolo eventual"; ver 1.ª ed., p. 544; 2.ª ed., p. 578, 3.ª ed., p. 747.

334. También en España, Carlos MIR, p. 131.

335. Así CREUS, p. 66.

336. FONTÁN BALESTRA, p. 170; también ROJAS, 1.ª ed., p. 544; 2.ª ed., p. 578, 3.ª ed., p. 747.

337. CREUS, p. 66.

La TENTATIVA no es posible³³⁸: antes de la desobediencia o de la resistencia, no se observan conductas que impliquen algún injusto reprochable.

Se excluye desde el principio la punición de la desobediencia a la orden de la propia detención, pues tanto en nuestro Código penal como en la mayoría de los extranjeros es impune incluso la evasión, salvo que se haga bajo violencia o amenaza (art. 413). Se argumenta además que, como la orden de detención es coactiva, no está en manos del destinatario de la orden cumplir o no el mandato³³⁹. Pero lo mismo puede decirse de cualquier orden dada por un funcionario público en el cumplimiento de sus atribuciones. En realidad aquí no hay una causa de atipicidad, sino una EXONERACIÓN DE PENA que, a diferencia de la "evasión simple", se basa en razones político-criminales del conflicto entre el bien individual (libertad individual) y el supraindividual (correcto funcionamiento de la Administración Pública)³⁴⁰.

En la jurisprudencia nacional se encuentra que dicha conducta ha sido considerada como "excusa absolutoria"³⁴¹ o, de manera menos técnica como "eximente" o "acto permitido"³⁴².

En el campo de la ANTIJURICIDAD se ha alegado que debería observarse la posibilidad de la "legítima defensa" ante una ejecución abusiva, pues esta constituiría "agresión ilegítima"³⁴³, lo

338. También así CREUS, p. 67.

339. ROJAS, 1.ª ed., p. 543; 2.ª ed., p. 577, 3.ª ed., p. 746.

340. Similar CREUS, pero clasificando este elemento como "excusa absolutoria"; ver p. 71 y s. En contra expresamente ROJAS, 1.ª ed., p. 544; 2.ª ed., p. 578, 3.ª ed., p. 746.

341. E. S. de 27-08-97, exp. N.º 717-96 (Lima), cit. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 584; 2.ª ed., p. 618, 3.ª ed., p. 792.

342. E. S. de 09-06-1994, exp. N.º 2371-93 (Callao), cit. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 586; 2.ª ed., p. 620, 3.ª ed., p. 794.

343. ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 542, 545; 2.ª ed., p. 576, 3.ª ed., p. 748. En contra CREUS, negando el carácter de "agresión" de la conducta del funcionario, pero refiriéndose sólo al caso de una "orden ilegítima", p. 69 y s.

cual es cierto en la modalidad de "resistencia leve" que se dirige a una ejecución abusiva por sí misma. Sin embargo, en el caso de la "desobediencia" a una orden legítima en la forma, pero abusiva en el fondo, o en la resistencia a la ejecución legítima basada en una orden formalmente correcta pero injusta, debe más bien recurrirse al *estado de necesidad*, dado que lo que existe es una colisión de intereses: la obediencia a la autoridad y la evitación de perjuicio propios. Y como en este caso el bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el sacrificado, el estado de necesidad justificante solamente procedería cuando esté en juego la vida, la libertad o la integridad corporal del ciudadano, los cuales pueden y deben considerarse como superiores, en el caso particular, al del funcionamiento de la Administración Pública. En el caso del funcionario, que desobedece una orden de otro por considerarla injusta (aunque legítima), su conducta como "desobediencia" es a pesar de todo típica. Aunque algunos hablan aquí de una justificación basada en la ausencia de la "obediencia debida"³⁴⁴, tal como ya se expuso más arriba también hay una justificación basada en el "estado de necesidad" debido a una "colisión de deberes".

Si la "desobediencia" estuviera contenida en un tipo penal o en un tipo administrativo sancionador autónomos, éste será el único aplicable. Se produce entonces un CONCURSO APARENTE que se resuelve siguiendo el principio de "especialidad"³⁴⁵. P. ej., en el caso de violación de la libertad de trabajo" por incumplimiento de resoluciones de la autoridad laboral (art. 168, segundo párrafo) o el "incumplimiento de la prestación de alimentos" (art. 149), clausura de locales de comercio por la autoridad municipal, detención de un vehículo que no cumple con requisitos administrativos, etc.

344. ÁNGELES/FRISANCHO, exponiendo ampliamente las tesis sobre la "obediencia debida", p. 3170 y ss.

345. CREUS, p. 67.

2.3.5 Violencia contra representantes del legislativo, de gobiernos regionales o municipales (art. 369)

Artículo 369.- El que impide a los senadores o diputados o a los miembros de las asambleas regionales o a los alcaldes o regidores el ejercicio de las funciones propias de sus cargos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

Este tipo penal constituye un supuesto agravado del tipo de "atentado" (o coacción) contra la autoridad (art. 365) en función del sujeto pasivo. Se trata aquí de representantes elegidos por voluntad popular. Y se refiere básicamente a aquellos que forman parte del Poder Legislativo nacional, regional o local. En este último caso se protege de manera especial también a los Alcaldes, aunque no a otras autoridades elegidas para el Poder Ejecutivo nacional y regional. Tampoco se menciona a los miembros del otro poder del Estado: el Judicial. La inclusión de estos dos grupos de altos funcionarios públicos hubiera sido lógica dada la especial importancia de la función pública desempeñada por ellos.

Cuando el sujeto activo sea funcionario público se ha previsto una inhabilitación de 3 años, conforme al artículo 36, numerales 1 (privación de función, cargo o comisión que ejercía) y 2 (incapacidad para obtener función u empleo de carácter públicos).

Esta previsión específica aparentemente era innecesaria, pues ya existe la inhabilitación accesoria para los funcionarios públicos prevista en el artículo 39. Pero nada impide que esta última disposición legal siga siendo aplicable, de manera facultativa por el Juez, cuando éste pueda justificar la imposición de determinada inhabi-

litación en función de que ésta evite futuros hechos similares; p. ej., si el funcionario abusó, para cometer la violencia contra parlamentarios, de su arma reglamentaria, podría imponérsele, además de las inhabilitaciones previstas en el artículo 369, la del numeral 6, artículo 36 C.P.: suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Lo único que exige el segundo párrafo del artículo 369 es que las dos inhabilitaciones allí previstas se apliquen *obligatoriamente* a los funcionarios que cometieran el delito especificado en el primer párrafo.

De *lege ferenda* sería preferible trasladar este tipo penal, con las debidas modificaciones y acompañado de otros tipos penales, a un capítulo destinado a los delitos contra la "las instituciones del Estado y la división de poderes" como hizo el legislador español en el nuevo C.P. de 1995.

2.3.6 Negativa a colaborar con la Administración Pública (art. 371)

Artículo 371.- El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

El perito, traductor o intérprete será sancionado, además, con inhabilitación de seis meses a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Esta figura es denominada también "abstención de testigo, perito o intérprete" o "violación de deberes procesales", pero la primera denominación resulta demasiado genérica y podría crear confusiones con el delito contra la Administración de Justicia del

artículo 409, y la segunda restringe demasiado la conducta que, según el tipo debería extenderse más allá del ámbito procesal³⁴⁶.

El tipo penal peruano es similar al 243 argentino (pena de 15 días a un mes de prisión), pero prevé una penalidad mayor. También es mayor la penalidad ahora que en el artículo 326 del C.P. peruano de 1924 (no mayor de 3 meses o multa). Hay otras diferencias con la fuente argentina, como se verá a continuación (inclusión del traductor como sujeto activo).

El derogado C.P. español preveía una figura similar en su artículo 372, segundo párrafo, pero solamente en cuanto a la "negativa de comparecer ante un Tribunal" (no se preveía la de declarar); el nuevo artículo 463 C.P. solamente prevé estas conductas como delito contra la Administración de Justicia (en el marco de un proceso criminal con reo en prisión provisional); cualquier otra desobediencia es considerada como "leve" y solamente constituye falta (art. 634)³⁴⁷.

El OBJETO del bien jurídico atacado es la *efectividad de la actividad funcionarial*, la cual se ve obstaculizada cuando, en algunos casos, se niega al funcionario público la colaboración que necesita de ciertas personas para poder cumplir con sus funciones. Nótese que lo que se protege es la actividad funcionarial en pleno y no solamente la actividad judicial, como a veces se cree erróneamente, y ni siquiera se necesita que se trate de actividad procesal alguna³⁴⁸; p. ej., la autoridad aduanera, pero también una Comi-

346. Rechaza esta última denominación, pero acoge la primera, CREUS, p. 113.

347. Al respecto y sobre la discusión en España sobre el empleo de la figura de "resistencia a la autoridad" (art. 556 C.P. español) para tratar de comprender los casos de negativa de comparecencia y negativa de declarar graves, fuera de los casos del tipo contra la administración de justicia, ver Carlos MIR, p. 145 y ss.

348. CREUS, p. 113.

sión investigadora del Parlamento, las Comisiones y Oficinas del INDECOPI, etc. Debe distinguirse este tipo penal del delito contra la Administración de Justicia del artículo 409 C.P.

Los elementos del tipo son los siguientes:

— SUJETOS ACTIVOS. TESTIGO es todo aquel que es citado como tal para declarar sobre hechos que conoce, que ha captado a través de sus órganos sensoriales (art. 138 C.P.P.). PERITO (art. 160 C.P.P.) es quien tiene conocimientos especiales en una ciencia o en artes. No es lo mismo el TRADUCTOR que el INTÉRPRETE. El primero vierte por escrito el contenido de documentos escritos en idioma extranjero, en claves o signos. El "intérprete", en cambio, es aquél que traduce directamente la declaración de quien no conoce o está incapacitado para expresarse en el idioma nacional. El C.P. argentino no conoce esta diferencia, pero la doctrina incluye de todas maneras al traductor como "perito". Otros individuos no están comprendidos como sujetos activos; p. ej., el "tenedor de libros" citado para exhibir documentos³⁴⁹.

— CONDUCTAS TÍPICAS. En el tipo penal existirían dos conductas típicas distintas³⁵⁰:

- a) Abstención de COMPARECER consiste en no presentarse en el lugar, día y hora fijados en la citación.
- b) Abstención de DECLARAR, donde el sujeto comparece, pero se niega a realizar la declaración o, estando en ella, se niega a hacerlo total o parcialmente.

La abstención de la declaración se refiere a lo que el sujeto activo puede y debe realizar; p. ej., el traductor de un idioma no puede ser obligado a traducir otro idioma en el acto.

349. CREUS, p. 118 y s.

350. Se distingue entre ambas conductas en la doctrina argentina; ver CREUS, p. 111; FONTAN BALESTRA, p. 194.

La conducta consiste en una *omisión simple*, pero con sujetos cualificados. No se precisa la producción de un resultado.

Precisamente, como delito de "omisión" que es, el tipo objetivo incluye la capacidad para cumplir con la acción mandada. Si no hubiera dicha capacidad, tanto física (el sujeto está ausente, demasiado lejos, inválido, etc.) como psíquica (el sujeto no tiene los conocimientos requeridos), no habrá tipicidad omisiva.

La conducta puede darse de manera *directa o indirecta*. Esta última se produciría cuando los sujetos se niegan a observar las formas requeridas para que el acto tenga validez³⁵¹.

— LEGALIDAD DE LA CITACIÓN. Tiene que haber una *citación previa* y ésta debe haberse efectuado bajo competencia funcional de la autoridad. Además, la ley no debe haber excluido a la persona de comparecer o declarar. P. ej., no están obligados los eclesiásticos, abogados, médicos, etc., respecto de los secretos que les han sido confiados, ni tampoco los cónyuges u otros parientes cercanos (ver art. 141 C.P.P.). En otros casos, la ley prevé que el obligado pueda obtener facilidades para prestar la declaración; p. ej., según el artículo 147 C.P.P. los enfermos o impedidos tienen derecho a prestar la declaración en su domicilio. Y se deben cumplir las formalidades adicionales cuando la ley lo exige; p. ej., según el artículo 140 C.P.P. debe oficiarse al superior del empleado público o militar en servicio.

Alguna doctrina obliga de todos modos a comparecer a quien por ley está exento de la obligación, pues se razona que el hecho de no estar obligado a declarar no exime de estar obligado a comparecer, lo cual bastaría para la tipicidad de la primera modalidad³⁵². Esta interpretación me parece exageradamente formal, pues no tiene en cuenta la necesidad de una afección al bien jurídico para la

351. CREUS, p. 114.

352. CREUS, p. 119; FONTÁN BALESTRA, p. 195.

existencia del delito. El hecho de no comparecer cuando no se tiene obligación de declarar no es tan grave como para merecer sanción penal. Lo más equitativo es considerar que estos casos no son punibles, aunque sí puedan merecer una sanción administrativa. En el caso peruano, además, existe la posibilidad de subsumir esta conducta como falta según el artículo 452, numeral 3, segunda alternativa ("desobediencia leve").

Por cierto que es distinto el caso de aquél que debe comparecer para declarar no sobre los asuntos que caen dentro de su derecho a no declarar, sino sobre otros asuntos; p. ej., el abogado que no solamente ha recibido un secreto de su cliente como consulta jurídica, sino también ha sido testigo de actividades de éste directamente relacionadas con un delito.

— TIPO SUBJETIVO. Se exige dolo, el cual incluye el "conocimiento de la citación" y el rol que desempeña el sujeto³⁵³. Puede darse un *error de tipo*. La doctrina exige también "intencionalidad" o "malicia" con lo cual es improbable el *dolo eventual* sobre todo por la dificultad de diferenciarlo de la "culpa"³⁵⁴. Esta exigencia de dolo directo es, además, necesaria para restringir los alcances de un tipo penal tan represivo.

La TENTATIVA es posible³⁵⁵, pues la omisión aquí equivale al mero emprendimiento y antes de esto sólo hay actitud interna.

Pueden darse casos de CONCURSO con otros delitos. Con la "resistencia a la autoridad" (art. 366) hay diferencias claras porque en el delito que estamos analizando sólo existe la omisión. Sin embargo, puede haber concurso cuando el sujeto omite primero y

353. CREUS, p. 120.

354. CREUS, p. 121, quien pone el ejemplo eventual-culposo de aquél que, pese a saber que debe declarar al día siguiente y a notar que se avecina una tormenta que podría hacer intransitables los caminos, sale de cacería.

355. CREUS, p. 114 y s.

luego se resiste al tratar de ser llevado ante la autoridad de grado fuerza. En el caso de la "desobediencia a la autoridad" (art. 368) hay más similitudes, pero mientras que dicha figura es el género, la que estudiamos es la especie; no puede haber concurso. En el caso del "falso testimonio" (art. 409) la diferencia está que esta figura consiste en conductas positivas en un procedimiento judicial mientras que la "negativa de colaboración" sólo incluye la omisión y se produce ante cualquier autoridad.

2.3.7 Casos específicos de resistencia y desobediencia (arts. 370, 372 y 373)

El legislador penal peruano ha previsto a continuación, dentro del grupo de delitos de violencia y resistencia, tres supuestos que propiamente no atentan contra la "libertad de determinación o de ejercicio funcional" del funcionario, sino contra su *labor esclarecedora* de algún asunto a su cargo.

Así, en el artículo 370 se trata de conductas que, al destruir o apartar el distintivo puesto por la autoridad, pone en peligro la finalidad buscada de éste: apartar al público para no destruir pruebas, indicar el carácter público del bien, advertir a terceros, etc. En el caso del artículo 372 se atenta directamente contra la posibilidad de prueba de un asunto investigado por la autoridad. Y en el artículo 373, se persigue el entorpecimiento de la investigación del funcionario al sustraer bienes requisados por ella. En otras palabras, se busca aquí proteger la *eficiencia de la actividad funcional* en contra de actividades perturbadoras dirigidas contra los objetos que pueden constituir medios de prueba³⁵⁶.

356. CREUS, p. 246; también, en cuanto al tipo penal del artículo 370, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 552; 2.^a ed., p. 586, 3.^a ed., p. 758. Para el caso del artículo 372 y del

Por lo tanto, la ubicación de estos tipos penales como supuestos de "violencia", "resistencia" o incluso "desobediencia" no es acertada. Ni siquiera puede decirse que existe una "desobediencia" debido a la ausencia de una orden concreta y directa. Más bien deberían corresponder a un grupo de delitos relativos a "la custodia de documentos y la violación de secretos". Pero, además, este grupo de delitos no parecen tener suficiente lesividad penal, cuando el sujeto activo es un particular, y menos aún para merecer penas privativas de libertad, o para castigar la culpa (art. 372, segundo párrafo). Se nota claramente aquí la equivocada concepción del legislador, pues si se tratara de "objetos", "registros" o documentos, todos ellos bajo custodia de funcionarios (también en el art. 373, pues la requisa presupone la custodia), el "deber especial" sobre estos bienes recae en primer lugar en el funcionario público y no en el particular. Es por eso que en el C.P. español, casi todos los tipos penales similares a los peruanos (arts. 413 a 417) tienen por autor al "funcionario" o a la "autoridad" pública³⁵⁷. Además, se amplía la punición a los casos de "revelación de secretos de la Administración Pública" por parte del funcionario público (art. 418 C.P. de 1995) que en el Perú apenas y con muchas dudas podría constituir "abuso de autoridad"³⁵⁸. Distinto es el caso del particular que tenga un "deber especial" sobre estos bienes en fun-

artículo 373, de manera parecida en p. 568, 578; 2.^a ed., p. 602, 612. Es similar la posición de FONTÁN BALESTRA, para quien se busca preservar la "objetividad jurídica" de la administración, ver p. 243.

357. Al respecto ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1807 y ss.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 839 y ss.; CARLOS MIR, p. 157 y ss., 185 y ss., 218 y ss.

358. Parte de la doctrina española critica, sin embargo, esta decisión legislativa pues no sería comprensible la existencia de un "deber de no aprovecharse" ni la mayor pena para el particular (hasta 6 años, pero hasta 3 años para el funcionario) en caso de grave daño para la causa pública; FEIJÓO SÁNCHEZ, p. 718. Posición contraria defienden, entre otros, CARLOS MIR, c. más ref., p. 187; REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos...*, p. 63 y s.

ción de la ley, pues aquí sí hay un atentado contra el funcionamiento de la Administración Pública³⁵⁹.

Emparentada con estas figuras está la "destrucción o inutilización de medios" empleados por los funcionarios para "conservar o identificar" un objeto (art. 370). Pero esta figura tampoco parece tener suficiente lesividad; más lógico y racional resulta el tipo del artículo 414, número 2 C.P. español de 1995 que se refiere a la destrucción o inutilización de "medios para restringir el acceso a documentos".

La fuente sigue siendo en lo fundamental italiana en todos los casos (C.P. de 1889) y argentina (arts. 254 y 255 C.P. de 1926); para el tipo penal del artículo 370, también es interesante la fuente portuguesa (art. 398 del C.P. de 1982). El anterior C.P. de 1924 conocía tipos penales similares en los arts. 370, 327 y 324.

2.3.7.1 Violación de distintivos oficiales (art. 370)

Artículo 370.- El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

— SUJETO ACTIVO. El autor del delito puede ser cualquier persona, incluso un funcionario público. No es necesario que se trate de la persona involucrada por la medida o las investigaciones del funcionario que dan origen a la colocación de los distintivos en el bien.

El tipo penal debió diferenciar los sujetos activos, tal como hace el artículo 414 del C.P. español vigente, pues debe ser más

359. Así ocurre en el artículo 416 C.P. español; al respecto, FELÍO SÁNCHEZ, p. 716.

grave la conducta del propio funcionario público que la del particular. Por cierto que para el funcionario siempre es aplicable la agravante genérica del artículo 46-A.

— **DESTRUIR** o **ARRANCAR**. A diferencia de la fuente argentina, la cual ampliamente se refiere a la conducta de "violar"³⁶⁰, el tipo penal peruano se refiere a "destruir" y "arrancar". La acción de **DESTRUIR** se refiere a "inutilizar", a través de una mengua en la sustancia, el distintivo en el sentido de que no pueda cumplir más los fines que buscaba. Esto no solamente se logrará extrayendo el objeto y menoscabándolo sustancialmente, sino también alterándolo sin necesidad de extraerlo; p. ej., borrando, ensucian-do u ocultando la inscripción que tenga³⁶¹. En el caso de **ARRANCAR** se trata de separar el distintivo del objeto que debe identificar.

Claramente resulta atípica la conducta del sujeto que, sin "destruir" ni "arrancar" los "sellos" o "marcas", viola la seguridad impuesta por el funcionario, aprovechando de una falta o deficiencia de "sellamiento". Aunque lo que verdaderamente debía importar es que la acción del sujeto, más que menoscabar, atente contra la función cumplida por los sellos o marcas oficiales (así no los destruya o arranque), el tipo penal peruano es taxativo y no admite otra interpretación. De manera similar, un sector de la doctrina argentina admite la atipicidad en aquellos casos en los que, pese a destruir o retirar el sello, la conservación o la identidad del objeto no ha sufrido menoscabo debido a que esto está asegurado de otra manera³⁶². Distinta hubiera sido la interpretación si el tipo penal

360. Al respecto, con una interpretación que abarca las mismas posibilidades del tipo penal peruano y permitiría llenar incluso el vacío que genera el caso en que el sujeto activo se aprovecha de una vía no sellada por el funcionario público, CREUS, p. 251 y s.; FONTÁN BALESTRA, p. 244 y s.

361. Igual interpretación en FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 553; 2.ª ed., p. 587, 3.ª ed., p. 759.

362. FONTÁN BALESTRA, p. 245.

hubiera previsto la modalidad de "inutilizar", como en el artículo 414 del C.P. español, pues tal verbo rector incluye la posibilidad de hacer perder funcionalidad al objeto, sin tener que menoscarlo³⁶³. Tal modalidad sí está prevista en el delito que se analiza a continuación.

— **DISTINTIVOS OFICIALES.** El tipo penal se refiere específicamente a "envoltura", "sellos" y "marcas". En el caso de la "envoltura" se trata de cualquier empaque o embalaje que tenga por función cubrir o proteger el bien que se encuentre dentro de ella (p. ej., una bolsa de plástico); el "sello" es un estampado, una impresión fijada por la autoridad sobre el objeto que se quiere preservar o sobre el que lo contiene; la "marca" se trata de cualquier otra señal que permita identificar al objeto en cuanto a su relación funcional (p. ej., una cinta adhesiva con alguna inscripción: como "local clausurado", "prohibido pasar"). En estos casos es discutible si estos distintivos tienen que ser "oficiales" en el sentido de ser propia de la Administración Pública, o si basta con que el funcionario lo coloque con una finalidad funcional. Esta última parece ser la interpretación correcta³⁶⁴, pues en otro caso habría que exigirse "envolturas" oficiales, cuando en la práctica ello no es necesario; p. ej., la bolsa de plástico que envuelve al arma asesina para conservar las huellas dactilares del presunto autor.

Por último, debe tratarse de "distintivos" que haya colocado u ordenado colocar una "autoridad pública", es decir, un funcionario con "mando" y "jurisdicción".

— **RELACIÓN FUNCIONARIAL.** Los distintivos oficiales deben haber sido colocados en los objetos en el marco del desempeño de actividades funcionariales legítimas. No habrá tipicidad si se

363. Al respecto, Carlos M.ª, p. 176.

364. Así también CREUS, c. más ref., p. 249.

trata de distintivos que no estén destinados a "conservar" o "identificar" un objeto, es decir, a mantenerlos en buen estado o hacerlos reconocibles. P. ej., si se destruyen distintivos que estaban colocados en un depósito, o incluso, si se impide que los distintivos sean colocados, destruyéndolos antes de que esto ocurra.

Además, se deberá tratar de distintivos impuestos con la finalidad específica de "conservar" o "identificar" el objeto, y no para cumplir cualquier otra finalidad funcional; p. ej., la certificación del pago de impuestos, el lacrado de cartas oficiales, etc.³⁶⁵. Además, el distintivo debe ser idóneo para lograr estas finalidades y debe dar a entender que impide la penetración de terceros; no basta con que indique solamente el paso de la Administración Pública³⁶⁶.

Tampoco habrá tipicidad si el funcionario coloca arbitraria o ilegítimamente los distintivos³⁶⁷. P. ej., si lo hace u ordena un funcionario incompetente o si no existe la finalidad funcional que justifique la colocación de los distintivos.

— TIPO SUBJETIVO. Se trata de un delito que admite *dolo eventual*. Esto puede ocurrir cuando el sujeto quiera cometer otro delito y para ello se conforme con la probabilidad de quebrantar la seguridad garantizada por el distintivo³⁶⁸.

En la legislación comparada se prevé incluso la figura culposa (p. ej., art. 254, tercer párrafo C.P. argentino) contra el funcionario público.

365. Así, c. ej., CREUS, p. 249; FONTÁN BALESTRA, p. 246.

366. CREUS, p. 251.

367. CREUS, quien exceptúa sin embargo el caso de defectos sustanciales o formales del acto de colocación de sellos, p. 250; FONTÁN BALESTRA, p. 245 y s.; FIDEL ROJAS, 1.^a ed., p. 554; 2.^a ed., p. 588, 3.^a ed., p. 760 y s.

368. CREUS, p. 255.

El tipo admite la separación entre acción y resultado. Luego, para la CONSUMACIÓN se requiere el resultado de la "destrucción" o la "separación" del distintivo del objeto³⁶⁹. Distinto es que el tipo penal sea de "peligro" en cuanto a que no se necesite la lesión efectiva de la "seguridad" o la "conservación" que quería garantizar el distintivo³⁷⁰.

Es posible la TENTATIVA si los actos no lograron conseguir el objetivo perseguido. P. ej., si se busca destruir el distintivo, pero la acción no lo logra y éste sigue siendo reconocible³⁷¹.

Es posible la concurrencia de alguna CAUSA DE JUSTIFICACIÓN, pero en especial tendrá relevancia práctica la "orden" de otra autoridad³⁷².

El CONCURSO puede producirse especialmente con el "abuso de autoridad" (art. 376), cuando el autor del delito es un funcionario público. Es especialmente posible que el delito tratado concurre con muchos otros cuando es utilizado como medio para cometer estos; especialmente con el "hurto"³⁷³.

2.3.7.2 Violación de medios de prueba, registros o documentos (art. 372)

Artículo 372.- El que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a ser-

369. Cfr. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 555; 2.ª ed., p. 589, 3.ª ed., p. 761 y s. También admite un "resultado", CREUS, aunque en el sentido de una "violación de sello" entendido como "quebrantamiento de seguridad", p. 253. Igualmente, en España, Carlos MIR, p. 176.

370. También en este sentido CREUS, p. 253.

371. En igual sentido, CREUS, p. 253; FONTÁN BALESTRA, p. 245; Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 555; 2.ª ed., p. 589.

372. Así, también Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 556; 2.ª ed., p. 590, 3.ª ed., p. 762.

373. CREUS, p. 254. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 556; 2.ª ed., p. 590, 3.ª ed., p. 762 y s.

vir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la destrucción o inutilización es por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

— SUJETO ACTIVO. Puede tratarse de cualquier persona, incluso un funcionario público. No es necesario que se trate de una persona distinta de aquella que tenga relación funcional con los bienes. En el caso del funcionario, como existiría un abuso funcional, la pena puede agravarse aplicando el artículo 46-A.

Luego, la autoría y la participación no ofrecen problemas. El delito puede ser incluso cometido en coautoría por funcionarios y particulares.

— SUSTRAER, OCULTAR, CAMBIAR, DESTRUIR o INUTILIZAR. Se trata de una serie de conductas que tienden a afectar la probanza de cualquier asunto que esté investigando una autoridad pública. SUSTRAER significa extraer el bien de la esfera de custodia que ejerce un funcionario o particular a quienes se les ha encargado los bienes con tal título, sin que exista en ello necesariamente ánimo de apoderamiento (o sea, puede tratarse de una sustracción momentánea)³⁷⁴. En el caso de que el sujeto activo sea precisamente el funcionario público, que tiene la custodia de los bienes, hubiera sido más técnico hablar de "apropiarse sin ánimo de lucro"; por eso una interpretación más amplia del término debe indicar que se trata de privar a la administración del bien excluyendo su eficacia³⁷⁵. OCULTAR es esconder el bien de su custodio

374. CREUS, p. 259; FONTAN BALESTRA, p. 248 y s.

375. Igual sugerencia en España para la figura del artículo 413 C.P. donde el sujeto activo solamente es el funcionario público, ver en Carlos Mir, p. 167.

legítimo; para ello puede sustraerse previamente el bien, pero ello no es necesario. Los actos de ocultamiento pueden darse dentro de la esfera de custodia del titular, sea que ésta signifique una tenencia inmediata o no, con tal de que se haga inaccesible a la administración³⁷⁶, o que su descubrimiento requiera acciones de búsqueda dificultosas que perturben el servicio público³⁷⁷. En el acto de CAMBIAR hay una sustitución del bien por otro de igual o distinta naturaleza. Esta modalidad, desconocida en la fuente argentina y en el modelo español, en realidad ya estaba cubierta por las dos anteriores. Y mientras DESTRUIR significa un menoscabo material sustancial del bien (que también lo inutiliza para la función), INUTILIZAR tiene que referirse a la pérdida de su capacidad probatoria sin tal menoscabo material.

En la doctrina se discute si el tipo penal es eminentemente "comisivo" o si también es posible la *comisión por omisión*. Esto es especialmente relevante en el caso de que el sujeto activo fuera un funcionario público y consintiera, dolosamente, que otro destruya, etc. los bienes. En efecto, puede sostenerse una posición de garante del funcionario, ante cuya omisión dolosa, deberá responder por el resultado típico acaecido³⁷⁸. La intención del legislador parece haber sido, además, la de incluir estos casos dentro del tipo, pues incluso sanciona aparte la figura culposa, donde cabe la conducta del funcionario público quien, infringiendo el deber de cuidado, permite que terceros destruyan o inutilicen los bienes.

— OBJETOS DE LA ACCIÓN. La acción típica puede versar de manera general sobre cualquier OBJETO, o sea cualquier bien sensible, con valor económico o no, de carácter mueble o inmue-

376. CREUS, p. 260.

377. Citando jurisprudencia española ver Carlos MIR, p. 168.

378. Igual interpretación en España, ver Carlos MIR, c. jurisprudencia, p. 169 y ss.

ble. Aquí la técnica del legislador peruano es francamente mala. Mientras que la fuente argentina decía "objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente" distinguiéndolos de los "registros" o "documentos", "confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona (...)" el tipo penal peruano confunde los elementos y exige que los "objetos", "registros" y "documentos" estén destinados a servir de prueba ante la autoridad competente. Es por eso que en el caso peruano, los "registros" y "documentos" ya están englobados dentro del término "objetos". En el caso argentino, los "registros" y los "documentos" no necesariamente tienen que estar destinados a servir de prueba, basta la custodia ordenada en interés del servicio público³⁷⁹.

Los REGISTROS son elementos materiales donde se hacen constar datos con valor oficial o particular; p. ej., planillas, inventarios, protocolos, actas, etc. En el caso del DOCUMENTO, se trata de cualquier instrumento que exprese un hecho o una voluntad y pueda servir para probar algo, sea de carácter público o privado, que consista en signos escritos, sonidos, imágenes, etc.

— DESTINO PARA LA PRUEBA EN UN PROCESO. El tipo penal restringe la tipicidad a actos contra los bienes mencionados anteriormente, siempre que estos sean de utilidad probatoria en un proceso cualquiera, sea de naturaleza jurisdiccional o no. P. ej., un proceso administrativo, una investigación policial o administrativa, etc.

— CUSTODIA OFICIAL DE LOS BIENES. Los bienes tienen que haber estado bajo la custodia de un funcionario o de un particular. En este último caso, la custodia deberá haber sido conferida siguiendo las formalidades previstas en la ley. Por otro lado, la custodia no presupone la tenencia inmediata de los bienes; lo que interesa es que haya sido conferida a un funcionario o a un particu-

379. CREUS, p. 261; FONTÁN BALESTRA, p. 250.

lar mediante un "acto oficial"; p. ej., documentos secuestrados y confiados a un particular; expediente judicial entregado a la parte que lo ha solicitado³⁸⁰.

Como lo que se reprocha aquí es el quebrantamiento doloso de esa custodia, no importa para la tipicidad que los bienes sean públicos, privados o de nadie³⁸¹.

— TIPO SUBJETIVO. El dolo exige la voluntad de "quebrantar la custodia" de los objetos, el cual no abarca el conocimiento ni la voluntad de la pérdida temporal o definitiva de capacidad probatoria de los bienes³⁸². Algunos admiten por ello el "dolo eventual"³⁸³. Pero en relación con las conductas típicas, solamente es posible el *dolo directo*, pues no es imaginable que alguien solamente cuente con la posibilidad de que su conducta implique una "sustracción", un "ocultamiento", etc.

La CONSUMACIÓN se produciría, según la doctrina argentina, con la ejecución de los actos típicos que implican "quebrantamiento de la custodia" sobre el bien, sin importar para ello que la acción haya imposibilitado el uso de los bienes como medio de prueba³⁸⁴. Pero habría que diferenciar: en los casos de "destruir" e "inutilizar" se exigirá la producción de un "resultado" en el sentido de menoscabo³⁸⁵; en el resto, el resultado será la "pér-

380. FONTÁN BALESTRA, p. 251.

381. FONTÁN BALESTRA, C. más ref., p. 251.

382. CREUS, p. 267 y s.; FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 573; 2.ª ed., p. 607, 3.ª ed., p. 779.

383. CREUS, p. 268.

384. CREUS, p. 263; FONTÁN BALESTRA, p. 249.

385. FIDEL ROJAS excluye expresamente a estas modalidades como delitos de "resultado" al entender que éste requeriría una lesión o daño a la Administración Pública; 1.ª ed., p. 573; 2.ª ed., p. 607, 3.ª ed., p. 779 y s. Pero con esto se confunde la definición de "delitos de resultado" con la de "delitos de lesión". En los primeros, se entiende que el tipo penal exige un "resultado", cuando la

dida temporal de capacidad probatoria" del bien, por estar separado del alcance de la administración. En el primer grupo de casos, la TENTATIVA se producirá cuando el sujeto realice las conductas tendentes a destruir o inutilizar los bienes descritos en el tipo penal (p. ej., prender fuego a los registros, sin que estos se destruyan). En el segundo grupo, la tentativa tendría que buscarse, caso por caso, en actos previos a la consecución de la separación del bien de la Administración Pública. P. ej., cuando el sujeto, engañando a un funcionario, hace que éste realice una conducta funcional que va a poner fuera del alcance de otro funcionario los documentos necesarios para probar hechos investigados.

Son admisibles las CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN usuales, siempre que se presenten los elementos de estas. P. ej., sustracción de los bienes del lugar en que se encuentran para evitar que se destruyan o que terceros se apoderen de ellos; o la destrucción de los bienes si estos son peligrosos y generan peligros inminentes para bienes jurídicos de mayor importancia (p. ej., si son fuente de propagación de enfermedades o contaminación).

En el caso del funcionario que sustrae un expediente y se lo lleva a su domicilio con la intención de seguir trabajando en él en horas fuera de oficina (mejoramiento del rendimiento), se discute si habría atipicidad o alguna causa de justificación. Atipicidad podría haber ya por falta del tipo subjetivo, pero también faltaría la tipicidad objetiva por falta de incremento de riesgo de la acción (no habría imputación objetiva); en los demás casos se sostiene la justificación por el "ejercicio legítimo del cargo"³⁸⁶.

conducta típica presupuesta en el tipo penal permite la separación espacio-temporal entre la acción y un suceso externo verificable. En el "destruir" son separables la acción destructora y la producción de la destrucción en el objeto. Admiten tipos de resultado y tentativa en todos los casos, CREUS, p. 263; FONTÁN BALESTRA, p. 249; Carlos MIRA, p. 169.

386. Cfr. Carlos MIRA, p. 173.

El CONCURSO de esta figura es posible con una serie de delitos. P. ej., con el hurto, el robo, los daños, la estafa, otros delitos contra la Administración Pública contra la fe pública. La modalidad de "sustracción" puede formar parte de una figura de hurto o robo y la "inutilización" o "destrucción" una de "daños"; en estos casos se presentará un "concurso ideal" cuando coincidan los verbos rectores y los elementos subjetivos, pero no cuando el dolo del sujeto activo no abarque la violación de custodia oficial³⁸⁷; en este último caso solamente existirá el delito común.

Con el fraude procesal (art. 416) también podría producirse el concurso si la conducta del sujeto indujera a error al funcionario público con la finalidad de obtener una resolución contraria a ley. P. ej., se "cambia" o "inutiliza" un medio de prueba sin que esto sea conocido por el funcionario. Aquí se suele afirmar el desplazamiento de la figura menos grave (en el caso peruano la penalidad es similar), aunque parece ser más exacto aplicar las reglas del "concurso ideal"³⁸⁸.

Con el "peculado" doloso (art. 387, primer párrafo) es posible el concurso cuando el sujeto activo de la "violación de distintivos" es el propio funcionario público que tiene a su cargo la custodia de los bienes. Lo mismo ocurre con el peculado culposo (art. 387, tercer párrafo) y la modalidad culposa de "violación de distintivos" (art. 373, segundo párrafo). Pero en el caso del "peculado doloso" debe darse, además, el ánimo de apropiación. Dado que el "quebrantamiento de custodia" en este caso equivale a la infracción del deber funcional, en realidad, cuando se dan los elementos del peculado, debe entenderse que el tipo penal de violación de distintivos (doloso o culposo) es desplazado.

387. Cfr. CREUS, p. 265.

388. En este sentido, CREUS, p. 266.

Si el sujeto activo del delito es un funcionario público y acepta sobornos para destruir, ocultar, etc. los bienes que está custodiando, habrá concurso con el "cohecho pasivo propio" (art. 393)³⁸⁹, pero aquí se trata de una pluralidad de hechos que lleva al "concurso real".

Finalmente, también puede discutirse el concurso con la "falsificación documental" del artículo 430 C.P. en el caso de que se trate de la "destrucción", el "ocultamiento" o la "alteración" (inutilización) de bienes que tienen las mismas características que los descritos en el artículo 372. La discusión está entre la especialidad de la falsificación (que desplazaría al delito contra la Administración Pública) y el concurso ideal³⁹⁰.

También se reprime la conducta CULPOSA (art. 372, segundo párrafo). La fuente argentina también prevé una figura culposa sancionada con multa (art. 255, segundo párrafo).

En este caso, tiene que producirse una conducta imprudente que signifique infracción del deber de cuidado y que produzca la sustracción (por otro), el ocultamiento, la destrucción o inutilización de los objetos, registros o documentos. Debe observarse, no obstante, que la "infracción del deber de cuidado" no excluye el "conocimiento" del carácter de los bienes. Es decir, no cualquier conducta culposa llevará, sin más, a aplicar el tipo penal. El sujeto activo, conociendo el carácter de los bienes, debe de haber infringido algún deber de cuidado para hacer que recaigan en éste las conductas típicas del primer párrafo. Es decir, aquí el "autor" sola-

389. Igual, Carlos MIA, p. 174.

390. Propugna esta última solución CREUS, p. 267. Una solución diferenciada ofrece Carlos MIA: si tras la ocultación o sustracción del documento, el funcionario altera sus elementos, la falsedad desplazaría al delito contra la Administración Pública; si lo reintegra una vez alterado, habría concurso; ver p. 174.

mente puede ser el funcionario público o el particular, encargados de la custodia de los bienes³⁹¹.

Como en todo delito culposo, la infracción del deber de cuidado y el resultado típico (la sustracción, etc. por otro) deben estar unidas por una "relación de antijuricidad". Aquí resulta útil el criterio de imputación objetiva de *ámbito de protección de la norma*. Así, si la destrucción del objeto custodiado por el funcionario resultara de un accidente de tráfico donde se infringen reglas de tráfico, no podrá imputársele al funcionario el resultado, pues la infracción del deber de cuidado de la regla de tráfico infringida se sustenta en prevenir accidentes de los cuales deriven perjuicios para la salud de peatones, conductores y viajeros y de sus bienes patrimoniales, mas no así el de evitar que se inutilicen o destruyan bienes que vayan a servir de prueba dentro de un proceso administrativo o judicial.

El tipo peruano culposo solamente se refiere a los resultados típicos de "sustracción" e "inutilización" de los bienes custodiados. La fuente argentina, permite que se realicen también las conductas de "ocultar" y "sustraer". Ahora bien, no hay razón alguna para limitar los alcances del tipo penal y entender que el resultado típico debe ser realizado siempre por un tercero³⁹²; la "inutilización" de los bienes custodiados puede producirse también sin intervención de un tercero, p. ej., cuando el encargado permite que los bienes se estropeen.

2.3.7.3 Sustracción de objetos requisados (art. 373)

Artículo 373.- El que sustrae objetos requisados por la autoridad será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro.

391. También para el tipo penal argentino, FONTÁN BALESTRA, p. 251 y s.

392. Ver al respecto, CREUS, p. 268.

— SUJETO ACTIVO. Cualquier persona, incluso un funcionario público.

— PREEXISTENCIA DE UN OBJETO REQUISADO. El objeto requisado puede ser de cualquier naturaleza. Solamente se exige que haya habido un acto previo de una autoridad cualquiera (Juez, Fiscal, Policía, etc.) "requisando" el bien. La "requisa" es un término amplio que engloba cualquier actividad de la Administración Pública que prive temporalmente del disfrute de derechos reales distintos de la "propiedad" al titular de los bienes. Si la acción de la administración privara de la "propiedad" al sujeto (confiscación o decomiso)³⁹³, la sustracción de estos bienes podría constituir un delito contra el patrimonio de la administración. La "requisa" no necesariamente debe originarse en un proceso o investigación. P. ej., la "requisa" efectuada por la Policía de aduanas o las autoridades de salud.

— SUSTRACCIÓN DEL OBJETO. Esto presupone que el objeto debe haber estado en la esfera de custodia de otra persona. Es decir, no comete este delito el que se apropia del bien que la autoridad ha dado previamente en custodia.

La sustracción simplemente consiste en el apartamiento del bien de la esfera de custodia del encargado. No interesa el destino final de los bienes ni un ánimo especial.

— TIPO SUBJETIVO. Por la estructura del tipo solamente es posible el *dolo directo*. Algunos admiten el "dolo eventual"³⁹⁴.

Se trata de un delito de mera actividad. Para la CONSUMACIÓN se necesita la "sustracción"; es decir, que el autor haya separado el bien de la esfera de custodia de la administración. Es

393. Similar interpretación y diferenciación en Fidel ROJAS, 1.ª, p. 579; 2.ª ed., p. 613, 3.ª ed., p. 787.

394. Expresamente, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 580; 2.ª ed., p. 614, 3.ª ed., p. 788.

posible la TENTATIVA antes de que esto haya ocurrido, pero después de iniciada la actividad del sujeto activo³⁹⁵.

2.4. EL DESACATO (ARTS. 374 Y S.)

El origen de esta figura es antiguo, aunque recién en el Derecho romano puede encontrarse una figura penal elaborada. Allí se consideraba esta figura como un delito muy grave debido a la posición de los funcionarios romanos: al ofenderse a estos (con palabras o violencia física) se ofendía a toda Roma³⁹⁶.

El artículo 374 del C.P. peruano es similar al 244 argentino, pero con algunas diferencias de cierta consideración. El tipo peruano prevé una penalidad y algunos elementos del tipo objetivo permiten una interpretación diferente. Es notoria la diferencia en los tipos agravados: el segundo párrafo del artículo 374 el C.P. peruano prevé una menor cantidad de sujetos pasivos: (el Presidente de algún poder del Estado) a diferencia del C.P. argentino que menciona también al Gobernador, el Ministro, miembro del Congreso, miembro de las legislaturas provinciales, juez. Por otro lado, hay diferencias aparentes en cuanto a la aplicación, en los delitos de desacato, de institutos consagrados en los delitos contra el honor para excluir de sanción en algunos casos (*exceptio veritatis*, intereses preponderantes, derecho a la crítica, etc.), tal como se verá más adelante.

El C.P. español antiguo preveía varias figuras de desacato; el actual sólo se refiere a "injurias o amenazas" contra una serie de funcionarios públicos, específicamente señalados, como contra los

395. También así, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 580; 2.^a ed., p. 614, 3.^a ed., p. 788.

396. ROJAS, Fidel, establece la influencia romana en las figuras de desacato, ver 1.^a ed., p. 587 y s.; 2.^a ed., p. 621, 3.^a ed., p. 797 y s.

Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (arts. 490, segundo y tercer párrafos, 491, 496, 497, 504, 505), lo cual, según MUÑOZ CONDE "roza con la inconstitucionalidad"³⁹⁷. Sin embargo, ahora no se trata de delitos contra la Administración Pública, sino contra la Corona y las instituciones del Estado. El delito de "desacato", comparable con los tipos del C.P. peruano está previsto como "desacato por desorden en Tribunales o Juzgados" (art. 558); las demás figuras constituyen ahora "faltas contra el orden público": "desacato por desorden leve" (art. 633) y "desacato ofensivo" (art. 634).

Por otro lado, en Colombia, donde no existe un tipo penal similar al peruano (aunque sí la figura de "perturbación de actos oficiales" como modalidad de "resistencia a la autoridad"), se entiende penalmente el "desacato" en un sentido similar al coloquial y se habla de él como "reticencia", como contravención procesal (art. 243 del Código procesal penal) en el sentido de una falta de comparecencia ante el llamado de la justicia³⁹⁸.

2.4.1 El bien jurídico y los objetos tutelados

La doctrina tradicional se refería a un atentado contra el "honor o decoro del funcionario" y del "prestigio de la Administración Pública". Se influiría en la Administración Pública en cuanto a su "autoridad necesaria (...)" que precisa un margen de respeto, sin el cual le es muy difícil desarrollar su actividad con la necesaria solvencia³⁹⁹.

397. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 696.

398. FERREIRA DELGADO, p. 218, 226.

399. CREUS, p. 124; FONTÁN BALESTRA, p. 197. Similar COBO/VIVES/otros para el Código penal español antiguo, ver *Derecho penal, parte especial*, 1990, p. 161; para el nuevo C.P. críticamente MUÑOZ CONDE, p. e., p. 696 y s. En el Perú, FIDEL ROJAS, quien incide no en la persona, sino en "la representatividad jurídica" de éste, y constata que en realidad a quien se afecta concretamente es a la persona en su honor y dignidad personal; ver 1.^a, p. 596; 2.^a ed., p. 630, 3.^a ed., p. 806 y s.

O sea, no sería sólo el aspecto privado (en este caso habría en realidad una "injuria calificada"), sino la esfera pública la principalmente protegida.

Pero esta concepción no se sostiene ni es defendida tampoco por la doctrina mayoritaria actual. Si lo que se protege es el "funcionamiento" y no la Administración Pública por sí misma, resulta obvio que no existe un "prestigio" como bien jurídico; ello es más bien el efecto del "buen funcionamiento". Deberían bastar los tipos comunes, y habría que discutir si estos podrían prever una agravante en función del sujeto pasivo⁴⁰⁰. Prever figuras autónomas de "desacato" significa no tener en cuenta el principio de "igualdad", pues se privilegia a los funcionarios sin que esto esté justificado por la existencia de un bien jurídico tutelado, además de restringir la libertad de expresión y de crítica⁴⁰¹.

Es por eso que, sólo bajo la consideración superada del bien jurídico, se explica con facilidad que el legislador no haya considerado aplicables, de manera expresa, para el delito de "desacato" las "excusas absolutorias" de los delitos de injuria (injurias en juicio, injurias recíprocas)⁴⁰², la *exceptio veritatis*, así como la exclusión de la perseguibilidad de la "acción privada" de los delitos contra el honor. Pero aún así, bajo la nueva perspectiva, podría por lo menos haber campo de aplicación para la *exceptio veritatis* a fin de limitar la exagerada amplitud de los tipos de "desacato"⁴⁰³, tal como se verá más adelante.

400. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 696 y s.; FIDEL ROJAS, 1.^a ed., p. 591; 2.^a ed., p. 625, 3.^a ed., p. 801 y s.

401. También señala esta tendencia en la legislación comparada, FIDEL ROJAS, 1.^a ed., p. 590; 2.^a ed., p. 624, 3.^a ed., p. 801.

402. Así CREUS, p. 144.

403. A favor COBO/VIVES/otros. MUÑOZ CONDE también acepta la aplicación de la *exceptio veritatis* por considerar que se trata de una causa de justificación al darse el elemento de la ponderación de intereses; ver p. e., p. 696 y ss.

Aunque el tenor del tipo penal peruano parece indicar lo contrario, debería considerarse que el delito de "desacato" constituye una "injuria" agravada por el sujeto pasivo. En efecto, tanto de la descripción típica como de las consecuencias jurídicas se desprende tal relación de especialidad, pues la "injuria simple" (art. 130 C.P.: prestación de servicios comunitarios de 10 a 40 jornadas o multa de 60 a 90 días) tiene una penalidad mínima en comparación con la del "desacato" (art. 374: pena privativa de libertad no mayor de 3 años). La mayor gravedad viene dada también por el hecho de que el "desacato" se persigue de oficio a diferencia de la "injuria" y los demás delitos contra el honor (art. 138 C.P.). No obstante esto, la intención del legislador parece haber sido, más bien, dar autonomía a la figura de "desacato", tal como se analiza más abajo en la "ofensividad" del desacato.

En cuanto al "objeto concreto" directamente atacado por la conducta típica, dado que aquí debe exigirse "lesividad" a través de la cual se afecte al bien jurídico, solamente cabría pensar en alguna *influencia psíquica del funcionario público que afecte su actuación funcional*, así como un *desarrollo normal, oportuno y tranquilo de las actividades funcionariales*.

2.4.2 Desacato ofensivo (art. 374)

Artículo 374.- El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si el ofendido es Presidente de uno de los poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Para vincular y diferenciar al mismo tiempo el "desacato" del artículo 374 y "la provocación de desórdenes" en determinadas ofi-

cinas públicas (375), se puede denominar —de manera simple— al primero “desacato ofensivo” y al segundo “desacato por desorden”.

La existencia del tipo penal previsto en el primer párrafo es criticable. Una figura de desacato, de manera general, es reproachable por su falta de vinculación directa con el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública”. La segunda figura, más específica, por lo menos se refiere a sujetos pasivos que ejercen importantes funciones públicas y donde, además, está en juego el sistema de división de poderes. Como modelo comparativo puede observarse aquí al español. El legislador español prevé figuras específicas para cada uno de los poderes del Estado en distintos lugares; el tipo penal genérico de “desacato” ya no existe como delito, pero ha sido mantenido como falta, conjuntamente con la “desobediencia leve” (art. 634 C.P. 1995).

Los elementos del tipo penal son los siguientes:

— SUJETOS. Sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso otro funcionario público. Sujeto pasivo es cualquier funcionario, no sólo el que tiene autoridad. Si los hechos se refieren al ejercicio de funciones públicas anteriores al que el sujeto pasivo está ejerciendo al momento de la comisión de los hechos, solamente deberá admitirse un delito común contra el honor⁴⁰⁴.

— OFENSIVIDAD. El elemento *ofensa* debe estar presente en todas las modalidades, pues ella establece por lo menos una débil vinculación entre la conducta típica y el bien jurídico, y resulta útil para trazar la diferencia con los delitos comunes. Luego, habrá tres modalidades: ofender mediante amenazas, ofender mediante injurias y ofender de cualquier otra manera⁴⁰⁵.

404. CREUS, p. 136.

405. Hace esta distinción esclarecedora, correctamente, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 592; 2.ª ed., p. 626, 3.ª ed., p. 803.

La doctrina tradicional conceptúa la "ofensa" como un ataque a la "dignidad" o al "decoro" del funcionario público. Cuando se ofende la "dignidad" del funcionario público parece haber una similitud con el delito común de "injuria". Pero tanto en ese caso como en cuanto al "decoro", la ofensa del desacato trascendería al elemento personal, pues estaría en juego el "prestigio" de la Administración Pública, encarnado en el funcionario (que ejerce función). Ej.: un ruido o gestos indecorosos⁴⁰⁶. Aquí observamos las primeras diferencias sustanciales entre el tipo penal argentino y el peruano. El argentino conoce dos modalidades claramente diferenciadas: "injuriar ofendiendo el honor" e "injuriar ofendiendo el decoro". Antes, el tipo argentino también contenía como elementos la "dignidad" y el "decoro", que eran considerados sinónimos⁴⁰⁷, pues ambos pueden entenderse como "conjunto de circunstancias que atañen al respeto, circunspección o recato que rodean a una persona"⁴⁰⁸. Incluso se llegó a interpretar el concepto "dignidad" como "realce o excelencia de que se rodean ciertos funcionarios"⁴⁰⁹, pero en ningún caso se entendió que la "dignidad" equivalía al "honor".

Estas diferencias tienen consecuencias en la interpretación del tipo peruano. En el caso peruano destaca más el aspecto supra-individual, pues se "injuria" a la persona, pero se ofende siempre a la Administración Pública. Por consiguiente, de *lege lata* el artículo

406. CREUS, p. 125.

407. CREUS, p. 126. Fidel ROJAS emplea todavía la distinción, entendiendo por "dignidad" a "la merituación objetiva poseída y debida a todo funcionario público que nace de la investidura del cargo, con prescindencia de sus calidades personales (autoestima) o del prestigio que éste tenga ganado" (1.ª ed., p. 599; 2.ª ed., p. 633 y s., 3.ª ed., p. 810). Y "decoro" sería "el respeto merecido por la función que ejerce, a todo funcionario" (1.ª ed., p. 600; 2.ª ed., p. 634). Pero no extrae consecuencias prácticas de tal diferenciación artificial.

408. CREUS, p. 125.

409. CREUS, p. 126. Similar, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 597; 2.ª ed., p. 631, 3.ª ed., p. 807.

374 C.P. peruano está estructurado como un tipo penal distinto (aunque criticable) de los delitos contra el honor. Además, tiene un *carácter autoritario*, pues presupone una "dignidad", un "decoro" de la Administración Pública, de la cual todo funcionario público sería portador (atentado contra el principio de igualdad), así como un "prestigio" de la Administración Pública (atenta contra el principio de lesividad).

En España se admitían dos modalidades: "desacato calumnioso" y "desacato injurioso" (art. 240 y ss C.P. antiguo). Pero la amplitud de los tipos se restringía mediante la admisión de un "contenido esencial" del derecho de informar en interés público, así como un derecho de crítica, lo cual lleva a dejar impunes varias conductas de "desacato"⁴¹⁰. Lo mismo rige ahora, pero para un tipo penal más limitado —como ya se vio—.

— MODOS Y MEDIOS: puede darse de cualquier forma por gestos, palabras, escritos, vías de hecho, que pueden producirse tanto por comisión como por omisión (p. ej., no saludar). La conducta debe tener, sin embargo, *idoneidad ofensiva*. Esto dependerá del contexto cultural⁴¹¹.

El mismo tipo penal se refiere a determinados medios: amenazas, injurias o cualquier otra manera. En cuanto a la AMENAZA, debe tratarse de aquella que no sea idónea para alarmar, amedrentar, pero sí para ofender⁴¹². No debe ser una amenaza grave, pues si consigue impedir u obligar al funcionario a determinada actividad funcional, se tendrá el delito de "violencia contra la autoridad" (art. 364) y si busca impedir o trabar la ejecución de un acto funcional se tendrá delito de "resistencia a la autoridad"

410. Al respecto COBO/VIVES/otros, p. 162.

411. CREUS, p. 127.

412. CREUS, p. 128. Similar, FIDEL ROJAS, para quien es irrelevante la idoneidad de influir de la amenaza, 1.ª ed., p. 598; 2.ª ed., p. 632, 3.ª ed., p. 808.

(art. 366). Además, la amenaza siempre debe ser ilegítima; no puede consistir en algo que es un derecho del sujeto activo (p. ej., una denuncia penal por un delito cometido)⁴¹³. Algunos exigen que la amenaza ofensiva deba ser "directa" en el sentido de ir dirigida siempre y de manera inmediata a la persona del funcionario⁴¹⁴. Ello debe ser así, pues la ofensa dirigida a cualquier otra persona no es típica como "desacato".

Otro medio puede ser la INJURIA, pero no se la debe confundir con el delito de "injuria". Aquí, el concepto debe entenderse de la manera más genérica refiriéndose a palabras, escritos, hechos, que sean idóneos o no para ofender el honor del individuo, deban ser de todos modos idóneos para ofender el "decoro" o la "dignidad" de la Administración Pública. P. ej., si el funcionario no se siente ofendido por una aseveración (p. ej., "ladrón", "adulón", "dictador", etc.) no importa para que haya delito, siempre y cuando, la "injuria" pueda ofender a la Administración Pública.

La mención del tipo penal a OTROS MEDIOS parece querer ampliar extraordinariamente el tipo penal. Pero si se quiere mantener en ciertos límites al tipo penal y si se busca alguna relación de "lesividad" con el bien jurídico y proporcionalidad con las anteriores conductas típicas, así como la especialidad en relación con los delitos contra el honor, solamente puede tratarse aquí de *calumnias y difamaciones*. Es decir, la atribución falsa de un delito y la atribución en público de hechos que afecten a la reputación u honor del funcionario, pero siempre que estos actos estén motivados en el ejercicio de la actividad funcional⁴¹⁵. En la doctrina

413. FONTÁN BALESTRA, p. 204.

414. ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 598; 2.ª ed., p. 632, 3.ª ed., p. 808.

415. FONTÁN BALESTRA excluye expresamente a la "calumnia" y no menciona siquiera a la "difamación" como acciones típicas del delito de "desacato". Lo hace basándose en la omisión expresa en el tipo penal, pero olvida la "cláusula

argentina, esta cláusula o bien es vista como una "repetición inútil", o se interpreta en el sentido de una violencia mínima: silbatinas, bofetada, golpe cualquiera⁴¹⁶. Pero esto último no puede reunir suficiente lesividad penal, además de estar abarcadas ya por la figura de la falta (art. 452, numerales 1 y 3).

— DIRECCIÓN DE LA OFENSA. A diferencia de la legislación argentina que exige expresamente que la ofensa se dirija al funcionario, el tipo penal peruano no se refiere expresamente a esto. Y ello parece ser coherente (aunque muy amplio), pues si no se trata de afectar el "honor" del individuo, sino el "prestigio" de la Administración Pública, no tendría que ser necesario que la ofensa se efectúe en presencia del funcionario⁴¹⁷.

No obstante, si se tiene en cuenta que la afección debe darse al bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración Pública" y, en el caso del "desacato", este funcionamiento solamente se vería perturbado cuando las ofensas influyan aunque sea mínimamente en la psique del funcionario (si afectaran su integridad corporal, se trataría de otros delitos), no cabe duda que la ofensa tiene que ser *directa* en el sentido de *conocida* por el funcionario público. Pero lo que no es necesario es que sea "directa" en el sentido de que sea hecha en presencia del propio funcionario

abierta" del tipo penal argentino: "de cualquier otro modo ofendiere a un funcionario en su dignidad o decoro". Pero esto se explica además, como allá la pena del "desacato" es menor que los delitos contra el honor, se buscaba no desproteger al funcionario contra los demás delitos contra el honor. Eso parece querer decir el mismo autor cuando señala "no existe razón alguna para que la calumnia tenga pena más leve cuando va dirigida contra un funcionario; ver p. 205.

416. FONTÁN BALESTRA, p. 205. En el último sentido indicado por este autor argentino, también FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 598; 2.ª ed., p. 632, 3.ª ed., p. 808 y s.

417. En contra CREUS, con base en el tipo argentino que no ofrece otra salida, p. 129 y s.

con percepción inmediata de éste. Luego, en el caso peruano la ofensa puede ser directa (dirigida al funcionario mismo) o indirecta (a distancia, a través de terceros o mediante otros instrumentos), pero siempre que sea conocida por el funcionario público.

También es necesario que la ofensa sea *concreta*, pues el tipo penal exige que se dirija contra un determinado funcionario y no contra la colectividad de funcionarios (ofensas impersonales). Aunque una exagerada interpretación literal del tipo peruano permitiría su interpretación abarcando casos de "difamación" realizadas en ausencia del ofendido, la interpretación propuesta aquí, debe considerar estos casos como atípicos de "desacato", aunque puedan ser típicos como delito común.

— TRASCENDENCIA FUNCIONARIAL DE LA OFENSA. Como para el legislador no es el honor del funcionario, sino el "prestigio" de la Administración Pública el que está en juego, se exige que la ofensa se haya producido A CAUSA DEL EJERCICIO o AL TIEMPO DE EJERCER funciones públicas. Estos requisitos no deben entenderse como un elemento "temporal", sino que vienen a explicar la "trascendencia" de la ofensa para la Administración Pública. En el primer caso, la función pública motiva la ofensa; en el segundo se vulnera el respeto que se debe guardar al ejercicio de la función⁴¹⁸. Puede darse el caso de una ofensa simultánea al ejercicio, pero atípica por falta de trascendencia; ejemplo: una carta o llamada telefónica injuriosa que es recibida a título personal por un magistrado que se encuentra en medio de una Audiencia⁴¹⁹.

Por otro lado, si lo que está en juego es el "prestigio" y el conocimiento, no bastará que la ofensa se haga en privado. Se ne-

418. Cfr. CREUS, p. 130.

419. CREUS, p. 131. También FONTÁN BALESTRA, p. 207: "lo que se tutela no es la persona sino la calidad de funcionario". Ver también F. ROJAS, 1.^a ed., p. 601; 2.^a ed., p. 635, 3.^a ed., p. 811 y s.

cesitaría la presencia de terceros o — como dice el tipo penal — que se realice *durante el ejercicio funcional*. En este último caso, el “prestigio” se vería afectado en cuanto el ofensor mismo no guarda el respeto debido a la Administración Pública, incluso si la ofensa no guarda relación con el ejercicio⁴²⁰. Por cierto que, si no interesa el “prestigio” de la Administración Pública, la ofensa típica podrá tener lugar también en privado. Sin embargo, el problema de prueba hará que estos casos tengan poca relevancia práctica.

No es siempre necesario que el funcionario esté ejerciendo funciones cuando es ofendido. Puede no estar ejerciendo funciones, pero en este caso la ofensa debe haberse motivado en un acto propio de las funciones del sujeto pasivo (a causa del ejercicio). En este caso “tiene, pues, que darse una relación causalmente objetiva y subjetivamente buscada por el autor, entre la ofensa y el acto funcional”⁴²¹.

— LEGITIMIDAD DE LA FUNCIÓN. En ambos supuestos típicos se debe tratar siempre de *funciones legítimamente ejercidas* porque sólo así se atenta contra el bien jurídico. Si hay abuso o incompetencia del funcionario, no habrá delito de desacato. Si el funcionario está ejerciendo una actividad privada, no puede haber desacato bajo la segunda modalidad, pero sí sería posible que ello ocurriera bajo la primera (a causa de...) ⁴²².

— TIPO SUBJETIVO. El dolo abarca todos los elementos objetivos. Sólo es posible el *dolo directo*. Fidel ROJAS admite el “dolo eventual” bajo la modalidad “de cualquier manera (...)”⁴²³. Pero esto último, además de confundir una modalidad del tipo ob-

420. CREUS, p. 132.

421. CREUS, c. ref., p. 131.

422. Igual CREUS, p. 132.

423. ROJAS, 1.ª ed., p. 601; 2.ª ed., p. 635, 3.ª ed., p. 82 y s.

jetivo con un elemento subjetivo, amplía considerablemente el tipo penal que ya es dudoso en su constitucionalidad.

No se necesita, como elemento subjetivo especial, el *animus injuriandi* en el sentido de querer afectar el honor de la persona, pues aunque el artículo 374 emplee el término "injuria", ello se refiere a una modalidad de "ofender la dignidad o el decoro" del funcionario (y de la Administración Pública)⁴²⁴. También la doctrina y jurisprudencia argentina comparada ha entendido que este ánimo está implícito en el dolo referido a la conducta típica: si la expresión es objetivamente injuriosa y es abarcada por el dolo, se sobrentiende el *animus injuriandi*⁴²⁵.

Es posible el ERROR. Incluso un error evitable puede llevar a la impunidad, debido a que no hay punición por "desacato culposo". Ejemplo: el sujeto profiere palabras ofensivas, creyendo que el local estaba vacío o que el micrófono estaba desconectado.

La CONSUMACIÓN se da con las conductas descritas. Es un delito de "mera actividad" donde basta la ofensa, por cualquier medio, al funcionario, siempre que ella tenga trascendencia. Para algunos, desde la perspectiva tradicional del bien jurídico, no se precisará del conocimiento por parte del funcionario, pues éste y la Administración Pública verían ofendida su "dignidad" o su "decoro" cuando las ofensas son de conocimiento de terceros⁴²⁶. Pero, como ya se explicó más arriba, el vínculo con el verdadero bien jurídico exige el conocimiento de la ofensa por parte del funcionario. En cambio, si la ofensa fue solamente de conocimiento del

424. CREUS admite la posibilidad del *animus injuriandi* pero se basa en el tipo penal argentino que prevé conductas contra el "honor" del funcionario; ver p. 133.

425. Cfr. FONTÁN BALESTRA, c. jurisp. argentina.

426. Esto diferencia el tipo penal del tipo argentino. En cambio ROJAS, Fidel, considera posible la tentativa antes del conocimiento por el funcionario público; 1.^a ed., p. 602; 2.^a ed., p. 636, 3.^a ed., p. 813.

funcionario, ello difícilmente tendrá relevancia práctica, aunque desde la perspectiva aquí defendida podría haber delito de desacato.

Lo que de ningún modo se exige, tanto desde la nueva perspectiva como desde la antigua, es que el funcionario público se sienta ofendido⁴²⁷.

Desde la perspectiva tradicional, la TENTATIVA sería imposible en el primer caso de desacato ofensivo, mas no en el segundo: o bien habría consumación (cuando el funcionario y terceros han tomado conocimiento) o solamente habría delito común (cuando solamente el funcionario tomó conocimiento de las acciones injuriosas)⁴²⁸. Pero si el tipo penal exige siempre el "conocimiento" de los actos ofensivos por parte del funcionario público (solamente así podría afectarse al bien jurídico específico), la tentativa sería posible cuando los actos ofensivos se hayan realizado, siguiendo los pasos previstos por el autor, sin que ellos hayan llegado aún a conocimiento del funcionario.

Puede darse el CONCURSO con otras figuras. Con la *injuria* (art. 130) no hay similitud por el hecho de que el "desacato" no implica atentado contra el honor del funcionario. Pero sí es posible injuriar a un funcionario, si la conducta está vinculada a asuntos privados y no se realiza cuando éste está ejerciendo funciones públicas. La *calumnia* (art. 131) puede superponerse al desacato, pero parte de la doctrina considera que la calumnia lo consume. La cuestión está en considerar si la denuncia de hechos verdaderos sería de todas maneras "desacato", pues, desde la perspectiva tradicional, mengua el prestigio de la administración. Ello no es así, pues un elemento del tipo de "desacato" es la "legitimidad de la fun-

427. Igualmente Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 602; 2.^a ed. 636, 3.^a ed., p. 813.

428. Ver sobre la tentativa en el tipo penal argentino, CREUS, p. 134 y ss.

ción"⁴²⁹, y si ella falta, no puede haber calumnia. Por último la conducta que se subsume en el delito de desacato también puede configurar una falta administrativa, si está prevista en los reglamentos (usualmente cuando lo comete un subordinado contra su superior jerárquico). La doctrina admite el concurso⁴³⁰, pero no deja de ser claramente autoritario y de significar un atentado contra el *ne bis in idem*.

El C.P. peruano no incluye expresamente la posibilidad de la *exceptio veritatis* ("prueba de la verdad") para el "desacato" como sí lo hace el tercer párrafo del artículo 244 C.P. argentino en el capítulo destinado a los delitos contra la Administración Pública⁴³¹ para el caso de desacato por injuria, bajo el supuesto de que esto eliminaría la "intencionalidad"⁴³². Pero desde la perspectiva del verdadero bien jurídico tutelado, debe poderse restringir el área de aplicación del tipo de "desacato" en casos razonables; en caso contrario, la "dignidad" o el "decoro" de la función pública estarían por encima de derechos tan fundamentales como la "libertad de expresión".

Interpretativamente puede argumentarse lo siguiente: el artículo 134 C.P. prevé la "prueba de la verdad" sólo para la "difamación" del artículo 132, y entre los supuestos específicos de aplicación se encuentra aquél en el cual "la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones". Esta descripción típica se refiere precisamente al "desacato" en la modalidad de "a causa de...", por lo cual creemos que también en este

429. CREUS admite que puede haber concurso por la diferencia entre los bienes jurídicos tutelados; p. 138.

430. CREUS, p. 138.

431. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 603; 2.ª ed. 637, 3.ª ed., p. 814.

432. CREUS, p. 141 y s.

caso es posible la aplicación de la *exceptio veritatis*. Por otro lado, el artículo 133 C.P. permite como "causa de atipicidad" la "crítica", pero sólo cuando es ejercida por funcionarios públicos en el cumplimiento de sus obligaciones. Esto sólo puede ser hecho válido, en el caso del desacato, a favor de funcionarios que "injurien" o "difamen" a otros funcionarios. Tanto en el artículo 133 como en el 134, aunque las disposiciones legales se refieren a los delitos comunes contra el honor, son plenamente aplicables también para casos de "desacato" a través de una *analogía in bonam partem*. En el caso del "desacato por calumnia", dado que por definición, calumniar es "atribuir falsamente", los casos de denuncias contra funcionarios públicos, si se trata de hechos verdaderos, son atípicos. Y en el caso de que existieran dudas sobre los hechos y que resultaran luego ser falsos, siempre será posible la impunidad a través de la exigencia de "dolo directo" para el desacato, tal como se ha visto arriba.

Finalmente, para los casos no cubiertos por la *exceptio veritatis* ni por el "derecho de crítica" como causa de atipicidad (para el desacato por calumnia y para el desacato por difamación durante el ejercicio de las funciones) también es posible la CAUSA DE JUSTIFICACIÓN del *ejercicio legal de un derecho* o la *actuación en pro de intereses preponderantes*. Esta solución es más amplia aun que la *exceptio veritatis*, pues no exige probar que efectivamente los hechos publicados o denunciados eran ciertos, sino que se creyó razonablemente que lo eran.

En resumen, los arts. 133 y 134 del C.P. peruano prevén causas de "atipicidad" y de "justificación" aplicables al "desacato por injuria" y al "desacato por difamación".

El artículo 134 C.P. prevé la "prueba de la verdad" solamente para la "difamación". Como el tipo de "desacato" se refiere a las conductas ofensivas relacionadas con el ejercicio de funciones legítimas del sujeto pasivo, la *exceptio veritatis* debe ser posible para

el "desacato por difamación". En el caso del "desacato por injuria", puede aplicarse el artículo 133 que contiene causas de atipicidad basadas en la crítica. Y en cuanto al "desacato por calumnia", aparte de los casos de atipicidad por falta de "dolo directo" (dudas sobre la veracidad de la denuncia), la libertad de expresión (ejercicio de un derecho) puede funcionar como causa de justificación para los casos de "atribución falsa" no apreciables *ex ante* por el sujeto activo.

Existe una AGRAVACIÓN DE LA PENA cuando el sujeto pasivo directo sea el Presidente de la República, del Poder Legislativo, o Judicial. La pena mínima será de 2, y la máxima de 4 años (art. 374, segundo párrafo).

2.4.3 Desacato por desorden (art. 375)

Artículo 375.- El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Concejos Municipales, o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichos lugares, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

Esta figura también es conocida como "perturbación de actos oficiales" o, en Argentina, "atentados turbatorios o leves".

Existe influencia de la fuente colombiana (art. 165, C.P. de 1980, art. 185, C.P. de 1936), si bien allá el tipo penal exige conductas más graves que el mero "causar desorden": violencia, simulación de autoridad, falsa orden o cualquier otra maniobra engañosa. En Argentina, esta figura es una modalidad de "atentado y resistencia" a la autoridad y está tipificada en el artículo 241 C.P. El actual C.P. español conoce una figura similar en el artículo

558 como delito contra el "orden público", pero solamente referido a Tribunales o Juzgados; cuando la conducta se dirige contra otros funcionarios públicos de mayor jerarquía, se entiende que se trata de delitos contra la Corona y los poderes del Estado.

Con esta figura se busca garantizar el normal funcionamiento de determinados órganos importantes de la función pública⁴³³. Concretamente se protege la libertad del ejercicio funcional en cuanto al desarrollo ordenado y normal⁴³⁴, aunque tal libertad se vea perturbada en menor grado que en los demás tipos penales, pues el "desorden" causado es menos lesivo para ella que la violencia o el engaño. Por cierto que una conducta que se inició como "desacato" en el sentido del tipo penal analizado puede pasar a convertirse en una "amenaza" o "resistencia" a la autoridad, con lo cual estas figuras serían también aplicables.

Por otro lado, debe destacarse que la protección solamente se dirige a los funcionarios del Legislativo y del Judicial en cuanto se trate del ejercicio de sus funciones específicas.

— SUJETO ACTIVO. Puede ser cualquier persona, sean o no las partes involucradas en un proceso judicial o asunto tratado por los parlamentarios o demás representantes populares, o público asistente. Se dice que incluso podría tratarse de un funcionario mismo del órgano que está sesionando⁴³⁵ (aunque en su caso probablemente operen excusas absolutorias).

— SUJETO PASIVO. Está constituido por determinados funcionarios públicos: los que administran justicia o se encargan de representar al pueblo en la labor legislativa, nacional, regional o

433. ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 610; 2.ª ed., p. 644, 3.ª ed., p. 822.

434. Acertadamente, FERREIRA DELGADO, p. 190; también, ya por la propia ubicación del tipo penal, la doctrina argentina, ver CREUS, p. 97.

435. Cfr. CREUS, p. 100.

local. En todos los casos se trata de "autoridades públicas" como el mismo tipo penal especifica posteriormente⁴³⁶. Es decir, no se trata de los asesores de dichos funcionarios o de su personal de apoyo o resguardo.

— CONDUCTAS TÍPICAS. El tipo penal prevé dos supuestos. En el caso de CAUSAR DESORDEN se presupone una figura de "resultado". La conducta de causación de desorden puede consistir en cualquiera, menos la de entrar armado. Se entiende por tal situación la producción de inquietud, molestias o disturbios que llevan a que el ejercicio funcional no se lleve a cabo con normalidad⁴³⁷. También podría incluirse aquí el supuesto de anunciar falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros en el local donde los funcionarios están desempeñando actividades. Este supuesto está específicamente señalado en un tipo penal autónomo del C.P. español (art. 561).

El "desorden" causado debe ser *grave*. Esta interpretación no solamente se deriva del respeto del principio de lesividad, sino también porque ya existe un tipo de faltas en el artículo 452, numeral uno que se refiere a perturbaciones "leves" de actos, espectáculos, solemnidades o reuniones públicas. Ahora bien, la "gravedad" del desorden no es fácil de determinar. Evidentemente, no pueden bastar los murmullos o expresiones de desaprobación en un juicio, pero sí los gritos o cantos. Pero aún así, según el tipo peruano ni siquiera bastará, teóricamente esto si no ha logrado el resultado típico: un estado de "desorden grave". Una sugerencia interesante es la de determinar la "gravedad" en función de si las "medidas disciplinarias" existentes pueden disipar el desorden o no⁴³⁸.

436. Igual, para el tipo penal argentino, CREUS, p. 101.

437. Cfr. CREUS, p. 98.

438. Así GARCÍA ALBERO, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 2190; similar MUÑOZ CONDE, p. e., p. 768.

En el supuesto de ENTRAR ARMADO, se da por sobrentendido que el sujeto no debe estar autorizado para portar armas en los recintos de las autoridades. Es una modalidad específica que no estaría comprendida dentro del primer supuesto. Pero podría discutirse su gravedad y, por lo tanto, su previsión con figura punible; debió haber bastado que se le previera como falta.

— LUGARES DE COMISIÓN. El tipo penal se refiere a determinados lugares: sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales, de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones. Lo que quiere dar a entender este elemento es que la acción típica debe llevarse a cabo en el momento en que los funcionarios que representan a los poderes del Estado están ejerciendo sus funciones. Si, p. ej., se realiza el desorden o se entra armado en los locales mencionados, pero cuando todavía no se había abierto la sesión o cuando ésta ya había terminado, no habrá tipicidad⁴³⁹. Al final existe una cláusula de extensión que debe interpretarse restrictivamente en el sentido de lugares donde autoridades públicas, *con el rango de ocupar la máxima jerarquía en los poderes del Estado*, ejercen sus funciones públicas. P. ej., el lugar donde se reúne el Consejo de Ministros o el Tribunal Constitucional.

Aquí el legislador nacional ha acertado en no extender en demasía los "lugares" donde pueda considerarse cometida la conducta típica. En la legislación extranjera, p. ej., resulta dudoso que también pueda cometerse en delito en "centro docente" (art. 558)⁴⁴⁰.

439. CREUS, p. 98.

440. MUÑOZ CONDE reseña que esta modalidad habría nacido durante la vigencia del régimen dictatorial de Franco para reprimir las protestas estudiantiles; no obstante interpreta que la modalidad actual podría aplicarse a casos en que se impida a los docentes dictar o continuar dictando las clases o cuando se cometan otros desórdenes graves dentro del centro docente; p. e., p. 767.

— TIPO SUBJETIVO. Solamente es posible el *dolo directo*, pues debè darse en el autor la intención de causar desorden, aunque no se necesite una ulterior intención como, p. ej., el "ánimo de menospreciar"⁴⁴¹.

El tipo penal es de "resultado" en la primera modalidad⁴⁴², pues para la CONSUMACIÓN se exige la "causación" de un desorden. Es posible la TENTATIVA cuando el sujeto activo realiza una conducta destinada a causar dicho desorden. P. ej., tratar de hacer estallar coheterillos ruidosos, pero habiendo sido detenido oportunamente por la policía⁴⁴³. En la segunda modalidad se tiene un tipo de "emprendimiento"; no es posible la tentativa.

No habrá CONCURSO con la figura de "desacato ofensivo". Y ello no solamente porque en esta figura se tendería a "ofender" a la Administración Pública (a través del funcionario)⁴⁴⁴, sino porque en el "desacato por desorden" la conducta no tiene que estar dirigida directamente a la persona de ningún funcionario público. Si ello fuera así (el desorden se causó precisamente a través de un acto de ofensa al funcionario), el desacato ofensivo consumirá al desacato por desorden.

441. CREUS, p. 101.

442. También, CREUS, p. 99.

443. Ejemplo de CREUS, p. 99.

444. Igual análisis en CREUS, p. 99 y s.

III. DELITOS COMETIDOS (MAYORITARIAMENTE) POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

3.1. ABUSO DE AUTORIDAD (ARTS. 376 Y SS.)

3.1.1 El bien jurídico tutelado

Aquí se protege también la "corrección del funcionamiento de la Administración Pública", pero *en cuanto al desempeño funcional*. Ciertamente, esta corrección también está en juego en otros casos en los cuales el funcionario público actúa, pero para esos supuestos el legislador ha considerado la mayor preponderancia de otros bienes jurídicos (p. ej., la "propiedad" en el allanamiento de morada del art. 160, la "libertad" en los delitos contra la libertad calificados del art. 153a) o, en el caso de otros delitos contra la Administración Pública, al "objeto" directamente atacado por modalidades específicas (el "patrimonio" en el peculado, la "imparcialidad" en el cohecho, la "legalidad" y el "patrimonio del particular" en la concusión, etc.).

En la doctrina se suelen considerar como bienes jurídicos concretamente afectados (en realidad: el "objeto" del bien jurídi-

co) a la "honradez y corrección del propio funcionario público" y la "imparcialidad de la Administración Pública"⁴⁴⁵. Pero lo primero no es ningún objeto de protección del Derecho, sino una cuestión ética y moral; aquí no interesa la honradez y corrección del funcionario como persona; sino en cuanto estas signifiquen respeto a las leyes escritas referidas a su función. Y la "imparcialidad" también significa lo mismo.

En resumen, se trata con esto del abuso de autoridad *en sí mismo*⁴⁴⁶. Se buscaría con ello "garantizar la regularidad y especialmente la legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo, cuyas violaciones no son castigadas por otras disposiciones legales"⁴⁴⁷. Aquí se sancionaría la "infracción de deberes funcionariales" de los funcionarios, sea por acciones como también mediante omisiones. Y, como usualmente es elemento de los tipos el "perjuicio para alguien" (art. 376, 377, 378), también se protegen intereses de los particulares. Algunos casos presentan particularidades que escapan a esta constatación general: en el caso del "requerimiento ilegal de la fuerza pública" (art. 379) se protege el "eficiente desempeño de funciones" del funcionario requerido; y en el "nombramiento" y la "aceptación ilegales", se protege, sobre todo, la "eficiencia" del desempeño de funciones garantizando un acceso correcto a la función pública.

La razón de ser de la inclusión de un tipo penal tan amplio (y por ello de dudosa constitucionalidad) parece radicar en el deseo de evitar vacíos. A través de este *abuso innominado* el legislador

445. PAGLIARO, citado por Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 90; 2.^a ed., p. 112, 3.^a ed., p. 131.

446. FONTÁN BALESTRA, p. 227.

447. FONTÁN BALESTRA, remitiéndose a la doctrina italiana, p. 228; similar CREUS, p. 187, en el Perú también Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 90; 2.^a ed., p. 112 y s., 3.^a ed. p. 132; similar FRANCIA, refiriéndose a la "infracción del deber funcional", p. 162, col. der.

pretende abarcar aquellos casos que no pueden ser comprendidos por los tipos de "abuso específico" (concusión, exacciones, peculado, etc.). Por eso se admite que este tipo de "abuso innominado" solamente tendría aplicación supletoria: cuando los otros supuestos de abusos de autoridad específicos no sean aplicables.

En el Derecho comparado, ni el C.P. español derogado ni el de 1995 contienen un tipo genérico de "abuso de autoridad". Sólo se contemplan casos de "abuso" de manera específica, sea como delito especial en casos de estafas y defraudaciones, como delitos contra la Corona, los poderes estatales y otros, o tipos diferenciados de "prevaricato de funcionarios públicos" (art. 404) y otras llamadas "prevaricaciones específicas": informar favorablemente, resolver o votar a favor, a sabiendas de la injusticia, en relación con delitos urbanísticos, contra el patrimonio histórico o delitos ecológicos⁴⁴⁸.

La fuente peruana es la argentina (art. 248 C.P. de 1921) y la colombiana (art. 162 C.P. de 1980). A través de ellas, también es fuente la legislación y doctrina italianas antiguas (art. 175 del Código ZANARDELLI de 1889). Y también es importante el artículo 323 del C.P. italiano de 1930 (Código de Rocco) en donde se incluye el elemento del "perjuicio o provecho" a terceros.

Ahora bien, un defecto insalvable del modelo aludido por el legislador peruano es su falta de taxatividad. Eso atenta de todos modos contra el principio de legalidad y, en un medio como el nuestro (donde hay poca labor interpretativa), hace que el tipo devenga en poco aplicable⁴⁴⁹.

448. Al respecto, Carlos MIR, p. 87 y ss.

449. También es crítica, en razón del principio de legalidad, la posición de FRANCIA, p. 162, col. izq. En contra Fidel ROJAS, para quien esta fórmula parece ser positiva; así, aludiendo a las tendencias europeas (referidas, sin embargo, a abusos de autoridad nominados) señala que la tendencia de incluir más sujetos

3.1.2 Abuso genérico de funciones (art. 376)

Artículo 376.- El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Los elementos típicos son:

— **FUNCIONARIO PÚBLICO.** El sujeto activo debe reunir la cualidad de "funcionario público". Ahora bien, el *nomen juris* de la sección primera de este capítulo referido a los delitos de funcionarios públicos se denomina "abuso de autoridad". Como ya se dijo antes, en la doctrina se suele distinguir entre "funcionario público" y "autoridad pública", tal como ya se vio más arriba (ver *supra* 1.2). Y según algunos, el delito no podría ser cometido por cualquier funcionario público, sino solamente por aquél que tiene "mando y jurisdicción" sobre los actos funcionariales de los cuales abusa (facultad de ordenar y de que sus órdenes sean cumplidas).

No obstante, hay tres razones para entender que el legislador peruano no se ha referido, sin más, a la "autoridad" en este tipo penal. En primer lugar, el tenor del tipo penal se refiere a un "funcionario público" que "abusa de sus atribuciones"; el tipo penal no hace distinciones y, por lo tanto, el sujeto activo será cualquier funcionario público en el sentido del artículo 425 C.P. En segundo

activos y elevar las penas en la figura, implicaría "respeto a los Derechos Humanos y la limitación al poder del funcionariado público", 1.^a ed., p. 89; 2.^a ed., p. 112, 3.^a ed. p. 132. También FRANCIA (*idem*) admitía que el "abuso de autoridad" innominado podía subsumir los entonces atípicos atentados contra los derechos humanos (p. ej. las "torturas"), pero con la crítica de que la pena prevista para estos casos serían levisimas. Este problema ha sido, en la actualidad, superado, debido a la inclusión en el C.P. del título XIV-A, "Delitos contra la humanidad" (arts. 319 a 322).

lugar, el tipo penal peruano prevé dos modalidades delictivas: "cometer" y "ordenar". Si bien en este segundo caso se describe claramente la conducta de una "autoridad" en el sentido estricto del término (con capacidad de ordenar), en el primero se refiere a una conducta que puede realizar cualquier otro funcionario público, siempre que se identifique el "cometer" con un "ejecutar órdenes". Es por eso que también puede decirse que con el *nomen juris* "abuso de autoridad" no se describe en realidad la acepción institucional orgánica, sino la acepción subjetiva funcional (facultad de poder público)⁴⁵⁰.

Sujeto activo puede ser, entonces, cualquier funcionario público, dependiendo de la conducta realizada. Según la "teoría de la unidad del título de imputación" (ver *supra* 1.3.1), los particulares pueden ser partícipes, pero nunca autores. Se trata de un *delito especial propio*, pues la cualidad fundamenta el injusto penal.

— ABUSO DE LAS ATRIBUCIONES. El sujeto activo debe actuar además como *funcionario dentro de las atribuciones que tiene*. Si se tratara de actos fuera del ejercicio de sus funciones (como privado o saliéndose del marco de las propias funciones), el funcionario no comete abuso de autoridad penal. Si el funcionario ejerciera funciones que no le competen, estaremos ante el supuesto de "usurpación de funciones públicas" en su tercera alternativa (ver 2.1.2).

El tipo penal peruano deja a la interpretación la determinación concreta del "abuso". El C.P. argentino, siguiendo la doctrina italiana es más específico; exige que el acto sea contrario a la Constitución o a las leyes, sea porque lo es siempre o porque, pese a que no es en sí ilegal, en las circunstancias del caso se da la ilegiti-

450. Así acertadamente Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 81 y s.; 2.^a ed., p. 101 y s., 3.^a ed. p. 118.

dad; (p. ej., no seguir formalidades prescritas en la ley, o desobedecer órdenes legítimas)⁴⁵¹. El C.P. colombiano conoce una distinción similar a la argentina, pero trata ambos casos de manera separada. Este caso de "abuso de función pública" (art. 162 C.P. colombiano) constituiría un acto extralimitado, fruto de una arbitrariedad, un acto sin derecho. En cambio, el acto injusto o contrario al derecho, sancionado en el artículo 152, se conoce como "abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto". La doctrina colombiana dice al respecto: "El primero desconoce la existencia *ontológica* de un *Estado de derecho*; el segundo lo reconoce, acepta su sujeción a él, pero lo viola, se pronuncia en su contra"⁴⁵². En realidad, esta distinción se remonta a CARRARA, para quien la ilegitimidad propia de un "abuso" consiste en:

- a) El uso de facultades prohibidas específicamente o no concedidas a ningún funcionario (p. ej., detención ilegal; funcionario del Registro Civil que obliga a casarse a quien no quiere).
- b) El uso de facultades concedidas por la ley, pero ejercidas arbitrariamente por no darse los supuestos de hecho para su ejercicio (p. ej., policía que detiene más tiempo del necesario a personas acusadas de terrorismo o narcotráfico).

El tipo penal peruano parece referirse a ambos casos, si bien el segundo supuesto (la extralimitación) debe ser el caso que más usualmente se presente en la práctica⁴⁵³. P. ej., intervenir un teléfono sin orden judicial; detener indocumentados (la ley sólo permite detener, a personas distintas de los jueces, en caso de "flagrancia").

En resumen el "abuso de función propia" consiste en "el mal empleo de la autoridad que la función que ejerce otorga al funcio-

451. FONTÁN BALESTRA, p. 230; similar, siguiendo doctrina italiana, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 94; 2.^a ed., p. 117, 3.^a ed. p. 136.

452. FERREIRA DELGADO, p. 182.

453. FONTÁN BALESTRA, p. 231.

nario (...). Ese mal empleo estriba no en la errónea aplicación de la ley (...), sino en la no aplicación de la ley, sea mediante una oposición activa (...), sea mediante su pasividad (...); en la primera situación puede decirse que el funcionario "crea" una ley que no existe, mientras que en la segunda "deroga" de hecho, la ley que existe"⁴⁵⁴. En todos los casos el funcionario sobrepasa los límites de su competencia funcional y no observa los preceptos legales que regula su función específica⁴⁵⁵.

Ejemplos: policía que ordena detención por indocumentado; Alcalde que sin motivos cancela la licencia de funcionamiento de un local; secretario judicial que embarga más de lo necesario y legal o que causa perjuicios innecesarios durante el proceso de embargo; policía que ordena la incomunicación de un detenido sin razón alguna, etc.

— COMETER U ORDENAR. El sujeto activo puede cometer, él mismo, el abuso u ordenar a otro que lo ejecute. P. ej., el sargento que ordena al policía una detención arbitraria.

Ahora bien, no es claro cuál es el sentido que debe darse a la interpretación de estas dos diferentes modalidades.

En primer lugar, parece claro que en el ORDENAR el sujeto activo solamente puede ser una "autoridad" que, en el ejercicio de sus atribuciones (pero abusando) manda a otro (funcionario o particular) que ejecute determinado acto. El injusto de esta conducta se consuma con la orden abusiva; el tipo no precisa que ésta sea cumplida⁴⁵⁶, pero sí que reúna los demás elementos del tipo (ido-

454. CREUS, p. 195 y s.

455. En igual sentido, FRANCIA, p. 165.

456. Distinta es la posición de FRANCIA, quien, basándose en la doctrina italiana, exige el cumplimiento de la orden para, en esta primera modalidad de "ordenar", admitir la tipicidad de la conducta, p. 166, col. izq.

neidad para causar perjuicio, dolo, etc.). En el caso de COMETER, solamente puede tratarse de "ejecutar" un acto arbitrario, sin una previa orden. Si se admitiera que "cometer" es "realizar por sí mismo la orden dada previamente por otro"⁴⁵⁷ o que el "cometer" precisa un resultado mientras que la "orden" consistiría en la mera actividad⁴⁵⁸, entonces se correría el riesgo de identificar ambas conductas. Y ello llevaría a aludir a menos casos de los que se constatan en la práctica, así como a restringir el tipo penal a casos en los cuales el sujeto activo siempre sería una "autoridad" en el sentido estricto de la palabra. Además, se convierte en un tipo de resultado el "abuso de autoridad" porque la modalidad de "cometer" absorbería, contra *legem*, a la modalidad de "ordenar", cuando en realidad, no tiene por qué ser así (ver al respecto más adelante al tratar la "tentativa").

Entonces, ambos casos son independientes, entonces, el uno del otro; no constituyen "participación necesaria", aunque puedan darse también conjuntamente: un funcionario "ordena" abusivamente y otro "comete" (ejecuta la orden) también abusivamente; cada uno de estos sujetos será autor del delito, según los diferentes supuestos típicos. El caso de la identidad del sujeto activo en ambas modalidades ocurriría en el raro caso en que un mismo funcionario haya dado la orden para ejecutarla él mismo después⁴⁵⁹

457. Así CREUS para el "ejecutar" del tipo argentino, p. 191. Dice que debe entenderse como "ejecutar, llevar a cabo, realizar material o jurídicamente el contenido de la orden". FERREIRA DELGADO engloba dentro de "cometer" también el "ordenar", pues el tipo penal colombiano no prevé expresamente esta última modalidad; ver p. 141.

458. Así Fidel ROJAS, aunque culmina en que en el "cometer" el funcionario utiliza a otros e incluso a máquinas, 1.^a ed., p. 95 y s.; a partir de la 2.^a ed., precisa que en el "cometer" sea el propio funcionario el que dio la orden y luego participó en su ejecución, en cambio en el "ordenar" no habría participación en la ejecución del funcionario que dio la orden; ver p. 119 y ss., 3.^a ed. p. 138 y ss.

459. CREUS, p. 191 y s.

(p. ej., si luego de dar la orden, cambia de funciones y llega a ser ejecutor de la orden que había dado él antes).

Por lo demás, que el "ordenar" tenga un injusto independiente del "cometer" es plenamente sostenible. Tanto puede un funcionario "ordenar" un acto abusivo a otro funcionario (o particular) inocente, quien ejecuta luego la orden sin reconocer sus alcances, como a uno que, al reconocer el abuso, se niega a ejecutar la orden, o la ejecuta a regañadientes en cumplimiento de la "obediencia jerárquica" o incluso lo hace sin objeciones con dolo criminal. En estos dos últimos casos habrá autoría de abuso de autoridad en el supuesto de "cometer"; pero en todos ellos habrá autoría en la modalidad de "ordenar".

— ACTO ARBITRARIO CUALQUIERA. El término ACTO es un requisito muy amplio que incluye a "resoluciones", "órdenes" o cualquier otro "acto administrativo", siempre que tengan trascendencia externa, o sea, fuera de la Administración Pública. Con ello se evita la discusión doctrinaria argentina sobre los conceptos de "orden" y "resolución".

La ARBITRARIEDAD consiste en la oposición del acto a las leyes; en él el funcionario sustituye la ley por su propia voluntad⁴⁶⁰. No habrá arbitrariedad, si la propia ley ampara las decisiones del funcionario.

El tipo penal se refiere únicamente a la *comisión*. Los actos de "omisión" están previstos en el artículo 377. La doctrina argentina (que tiene también un tipo específico para la omisión en el tipo básico, aparte de uno especial) considera que, pese a todo, es posible aquí el delito por omisión en el sentido de "no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbiere al funcionario público"⁴⁶¹. No

460. Así, ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 96; 2.^a ed., p. 122, 3.^a ed. p. 143 y s.

461. La distinción entre la "omisión de la ejecución de leyes" del artículo 248 y la omisión de "deberes del oficio" del artículo 249 del C.P. argentino no es nada

obstante, mientras allá hay base legal (el art. 248 del C.P. argentino lo prevé expresamente), aquí el tipo penal peruano, por su propia estructura, sólo se refiere a la comisión. De todas maneras, esta discusión es irrelevante, pues —como ya se dijo— la omisión se sanciona en el siguiente artículo.

Por todo lo anterior, para el C.P. peruano es válida también la definición de la "arbitrariedad" dada por CREUS: "La punibilidad proviene, pues, del solo hecho de actuar el funcionario cuando la ley no le permite hacerlo, de no actuar cuando le obliga a hacerlo o de actuar de un modo prohibido por la ley o no previsto por ella, con independencia de la vulneración de otros bienes jurídicos distintos del protegido específicamente por la norma: la circunstancia de que el actuar o el omitir antirreglamentariamente a la Administración o a terceros no sustrae la acción de los límites típicos"⁴⁶².

Algunos distinguen entre "arbitrariedad" e "injusticia". En el primer caso se trataría de la negación del orden existente, de la legalidad; lo "injusto", en cambio, valoraría el derecho, lo reconocería, pero para contrariar sus fines. De todos modos, ambos casos estarían comprendidos por el tipo penal de "abuso de autoridad"⁴⁶³.

— PERJUICIO PARA ALGUIEN. Ésta es una particularidad del C.P. peruano que parece convertir en tipo de resultado a un delito que usualmente es considerado como de "mera actividad"⁴⁶⁴. Y lo haría rompiendo con el concepto de bien jurídico arriba señalado, pues si éste es el funcionamiento de la Administración Pública,

fácil y no deja de ser artificial si se considera que sujeto activo es cualquier funcionario público: en el primer caso se trataría de omisión de "actos de autoridad" y en el segundo de actos administrativos que no importen autoridad. Ver al respecto CREUS, p. 210 y ss.

462. CREUS, p. 188.

463. FERREIRA DELGADO, p. 142 y s.

464. Para el correspondiente tipo penal argentino ver FONTÁN BALESTRA, p. 232.

no debería interesar un resultado distinto cuando dicho funcionamiento ya ha sido afectado, máxime si el resultado está vinculado a un interés del particular.

Pero el perjuicio no tiene por qué ser entendido como un perjuicio patrimonial, sino como la *posibilidad de cualquier menoscabo en intereses y derechos de cualquier persona* ("alguien") distinta del propio funcionario⁴⁶⁵. Así las cosas, lo usual en la práctica será que casi todos los actos abusivos dirigidos contra personas tenderán a causar algún perjuicio a alguien. Además debe haber una relación entre el acto arbitrario y el "perjuicio para alguien": el acto debe ser realizado precisamente para perjudicar a una persona concreta. Es posible, sin embargo, que se den actos abusivos sin este "perjuicio", sobre todo cuando el abuso no se dirige específicamente contra alguna persona. Estos casos no son típicos del "abuso de autoridad". Igualmente no son casos de "abuso de autoridad" aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos: p. ej., exacciones ilegales, cohecho, peculado, etc.

465. De manera distinta, Fidel ROJAS, quien entiende el perjuicio como un resultado en el sentido de "lesión o menoscabo a los intereses de otra persona" (1.^a ed., p. 98), pero solamente exige su producción efectiva en la modalidad de "cometer" y no lo exige en la de "ordenar" (1.^a ed., p. 99). En sus últimas ediciones, en cambio, parece sugerir que la consumación para ambas modalidades se da con la ejecución de la orden y la producción del perjuicio, pero en la modalidad de "ordenar" solamente habría imputación para el que dio la orden y no para los terceros que la ejecutaron; 2.^a ed., p. 126 y s., 3.^a ed. p. 148 y s.; con ello en realidad, desaparece la diferencia entre ambas modalidades, pues la de "ordenar" ya estaría comprendida por la de "cometer" (en ambos casos es imputable el autor de la orden) y no hay un diferente trato en el tipo para ambas modalidades; la interpretación de ROJAS parece más bien tratar, innecesariamente, el caso del "ordenar" como una "autoría mediata" (los ejecutantes son impunes). FRANCIA entiende que el tipo penal exige la "causación" de un perjuicio económico o físico; p. 166, col. izq.

— TIPO SUBJETIVO. El "dolo" debe abarcar el conocimiento de la ilegalidad de la orden o de la ejecución. El sujeto activo debe saber que se está extralimitando. Sólo se acepta el dolo directo. El sujeto debe conocer la oposición de su acto a la ley y a la Constitución, así como el alcance de sus propias facultades, y querer oponerse a la ley⁴⁶⁶. También se opone si adrede interpreta y aplica mal las leyes, pues allí existe una oposición al *telos* de la ley, aunque bajo la apariencia de una obediencia formal.

Pero, además, el sujeto debe conocer la "idoneidad de perjuicio" de su conducta abusiva. Con ello se excluye claramente el "dolo eventual"; solamente es posible el *dolo directo*⁴⁶⁷.

Un sector de la doctrina exige incluso algo más: una "malicia" (o sea un *dolus malus*), lo cual ayudaría a distinguir el abuso de autoridad de la mera aplicación errónea de la ley. No bastaría con actuar a sabiendas (dolo directo), sino que se debería emplear una "falsedad" o "simulación" que dé apariencia de obedecer la ley. Esto que es claramente inadmisibles para tipos extranjeros como el argentino⁴⁶⁸ no es tan fácil de rechazar en el caso peruano, pues el tipo prevé el elemento de actuar "en perjuicio de alguien", lo cual debe tener su correlato en el aspecto subjetivo: el funcionario debe conocer que su acto abusivo va en perjuicio de alguien. Con ello, el "abuso de autoridad" del tipo penal peruano muchas veces abarcará conductas en las cuales el sujeto activo haya actuado con

466. Así CREUS, p. 203.

467. Distinto Fidel ROJAS, para quien basta el "dolo eventual" ante la falta de una referencia expresa a un propósito específico en el tipo; 1.^a ed., p. 98 y s.; 2.^a ed., p. 125, 3.^a ed. p. 147. FRANCIA, aunque sin decirlo expresamente, parece ser partidario de la tesis del "dolo directo", pues exige que la voluntad abarque todos los elementos típicos, incluso el abuso y el perjuicio para otro; ver p. 166, col. der.

468. Al respecto, CREUS, p. 203 y s.

"malicia", aunque no es necesario constatarla para admitir la tipicidad de la conducta; el "dolo directo" es suficiente y necesario.

El contenido especial del dolo en este tipo de delito lleva a que tenga especial relevancia el ERROR, con la particularidad de que el "error de tipo" y el de "prohibición" pueden superponerse en algún caso⁴⁶⁹. Efectivamente, el conocimiento de los límites legales de la actividad funcional (incluyendo a la inconstitucionalidad de la ley que ampara los actos), aunque es requisito del tipo objetivo, equivale a su ignorancia y, por lo tanto, a la "falta de conciencia de antijuricidad"⁴⁷⁰. y por eso, tanto si es evitable como inevitable, este error debe exculpar siempre. Ahora bien, como este elemento constituye también un elemento del tipo, el error también afecta al tipo. Por ser más favorable al reo (el error de tipo evitable sería impune debido a la ausencia de un tipo culposo de abuso de funciones) debería preferirse la aplicación del error de tipo. En otros casos, es posible, sin problemas, un "error de tipo" cuando el desconocimiento del sujeto activo recaiga en los demás elementos del tipo objetivo.

Como se trata, en realidad, de un *delito especial propio* (no existe un "abuso innominado de funciones privadas" o algo semejante), la falta de cualidad en el sujeto activo implicará la impunidad. La AUTORÍA solamente es posible en el funcionario público; la "coautoría" también puede involucrar solamente a otros funcionarios que abusen de las mismas atribuciones que tienen conjuntamente ("autoría colegiada"). Por lo demás, es plenamente posible la PARTICIPACIÓN punible de terceros, sean funcionarios públicos o

469. Ya FONTÁN BALESTRA, quien aplicaba la antigua "teoría del dolo" para la doctrina del error, consideraba esta posibilidad refiriéndose al "error de hecho" y al "error de derecho"; ver p. 232, c. más ref.

470. Así CREUS, p. 204 y s.

no⁴⁷¹. Esto se fundamenta sea con la teoría de la "unidad del título de imputación" o con la de la "infracción del deber" (ver 1.3.1).

La CONSUMACIÓN se da cuando se lleva a cabo el acto arbitrario tendente a perjudicar a alguien. Es un *delito de mera actividad*, aunque la referencia "en perjuicio de alguien" parezca indicar que se trata de un delito de resultado⁴⁷².

Es posible, sin embargo, la TENTATIVA cuando se trata de la realización de actos arbitrarios que requieran una serie de pasos previos. P. ej., policía que trata de "probar" la flagrancia de un delito introduciendo objetos ilícitos dentro de los bienes requisados y que es descubierto en el momento en que estaba a punto de realizar su acción. En el caso de la modalidad de "ordenar", podría entenderse que hay tentativa cuando la orden todavía no ha sido hecha conocer al funcionario que deba ejecutarla; o cuando no ha cumplido con la última formalidad necesaria para su ejecutabilidad. CREUS admite la tentativa solamente para el caso de ejecución de resoluciones u órdenes ilegales, pues parte de una teoría "objetiva" muy estricta de la tentativa (no sería posible un "comenzar a" dictar resoluciones u órdenes ilegales); en este caso el funcionario sí podría "comenzarse a" ejecutar la orden y verse impedido por causas ajenas a su voluntad⁴⁷³.

471. Acertadamente también FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 101; 2.ª ed., p. 128, 3.ª ed. p. 151. También FRANCIA, siguiendo expresamente la teoría de la "unidad del título de imputación", p. 166 y s.

472. Lo considera así FERREIRA DELGADO, aunque en el sentido de que este resultado consistiría en un daño en los derechos de alguien, p. 143. También FRANCIA exige resultado típico en ambos casos, no solamente en cuanto a la exigencia de un perjuicio, sino también, en la modalidad de "ordenar", en el sentido del cumplimiento de la orden, p. 166.

473. CREUS, p. 198 y s. Siguiéndolo, por los resultados, en la primera edición, ROJAS, FIDEL, 1.ª ed, p. 100; en la 2.ª ed. considera a ambas modalidades como figuras de resultado (el perjuicio para alguien) donde cabría teóricamente la tentativa, p. 127.

Para el caso de CONCURSO debe tenerse en cuenta que el tipo penal de "abuso de autoridad" es *subsidiario* de todos los tipos penales que impliquen delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios. Se dice que es un *tipo remanente* que es "aplicable sólo cuando el abuso no es el medio de comisión de otro delito"⁴⁷⁴. P. ej., si el sujeto ha cometido peculado o prevaricato, también ha "abusado de su autoridad", pero sólo se les aplica el tipo penal de los primeros delitos; pero si faltare algún elemento que haga inaplicables estos, los hechos podrían subsumirse todavía dentro del "abuso de autoridad".

Teóricamente podría haber concurso con algunos delitos comunes: p. ej., con las "coacciones" (art. 151), "daños" (art. 206), "lesiones dolosas" (arts. 121 y ss.), "delitos contra la humanidad" (arts. 319 y ss.). Pero, en realidad, ello no es posible pues para todos estos casos resulta aplicable la "agravante genérica" del artículo 46-A.

Se discute la admisión, como CAUSA DE JUSTIFICACIÓN, de la *obediencia debida*, cuando el funcionario aplica, tal como su función le obliga, leyes u órdenes, pese a que estas eran anticonstitucionales⁴⁷⁵. No obstante, habría que diferenciar los casos concretos. Si una ley es claramente anticonstitucional y atenta contra bienes jurídicos básicos, no debería eximirse de responsabilidad penal al funcionario que la aplique. Ante una ponderación de intereses, p. ej., entre la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas, una ley claramente anticonstitucional no debe ser ejecutada por el funcionario. P. ej., una ley que obliga a los soldados custodios de las fronteras a disparar contra quienes huyan del te-

474. CREUS, p. 200 y s. Similar, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 101 y s.; 2.^a ed., p. 129, 3.^a ed. p. 151 y s.

475. Así CREUS, p. 202.

territorio nacional. Quien obedece tales leyes, teniendo conciencia de su anticonstitucionalidad, se hace punible por el delito correspondiente o, supletoriamente, del abuso de autoridad (al respecto ver 2.3.2, 2.3.4).

3.1.3 Omisión de actos funcionariales (art. 377)

Artículo 377.- El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

Al igual que en el caso anterior (y en todos los demás) el bien jurídico directamente protegido es "el normal y diligente (eficiente) desenvolvimiento de la Administración"⁴⁷⁶, pero el objeto que directamente se protege es la *legalidad del ejercicio de funciones y distintos intereses de los particulares afectados*.

El tipo peruano es muy represivo en comparación con su similar argentino (art. 249), el cual sólo prevé la multa. Pero, sobre todo, al igual que el anterior tipo penal, es *exageradamente amplio y desproporcionado*, pues engloba todo tipo de omisiones funcionariales, sin distinguir entre las más graves y las de bagatela. Así, será mucho más grave la omisión funcional relacionada con el cumplimiento de "resoluciones o mandatos judiciales", mientras que no lo será un mero retardo de actos funcionariales cotidianos en relación con los particulares. Y tampoco se destaca en el propio tipo penal que el incumplimiento sea atípico cuando se trate de mandatos ilegales de otros funcionarios, ni que sea eximible por "obediencia debida" el cumplimiento de órdenes que

476. CREUS, p. 205; FONTÁN BALESTRA, p. 228. Siguiéndolos, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 110; 2.^a ed., p. 138. 3.^a ed. p. 162 y s.

implicaren la realización de tipos penales⁴⁷⁷. Estos dos últimos problemas podrían solucionarse interpretativamente, como se ve más abajo (y como también se alegó durante la reforma española), pero el primero, que alude a cualquier "omisión funcionarial", solamente podría ser solucionado convenientemente a través de una reforma legislativa.

No hay que olvidar, por otro lado, que en el caso de incumplimiento de órdenes impartidas por funcionarios públicos, el funcionario público que desobedezca, también puede ser sujeto activo de dicho delito (art. 368 C.P.).

Los elementos típicos son los siguientes:

— SUJETO ACTIVO. Se trata del funcionario público, sin necesitar que se trate de una "autoridad". Rige lo analizado para el tipo penal anterior.

— OMITIR, REHUSAR o RETARDAR. Estamos ante un delito de omisión pura o simple, también llamado "omisión propia". OMITIR es un no hacer, no llevar a cabo actos funcionariales que el funcionario estaba obligado a hacer según sus propias funciones fijadas en las normas legales; la "omisión" de actos personales necesarios para cumplir la función, si bien por sí mismos no son aún una omisión en el sentido penal, sí pueden formar parte de ella⁴⁷⁸. P. ej., faltar injustificadamente es solamente una infracción disciplinaria; pero si se falta precisamente para no realizar una función que ese día debía realizarse, sí se tratará de un delito.

REHUSAR consiste en negarse a hacer algo ante un previo requerimiento legítimo, implica una actividad. Además, el reque-

477. Estos principios se plasmaron en el actual artículo 410 C.P. español; ver QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1797 y s.

478. ROJAS, Fidel, siguiendo doctrina argentina e italiana; 1.ª ed., p. 112 y s.; 2.ª ed., p. 140 y s., 3.ª ed. p. 165.

rimiento tiene que cumplir las formalidades del caso (competencia del requirente, forma debida, conocimiento del requerido, posibilidad de cumplir). El acto de rehusar puede consistir en una negativa expresa o en la realización de actos que signifiquen negativa (negarse a recibir el requerimiento escrito, romper el requerimiento, mandar su archivamiento sin más, etc.).

RETARDAR es un no hacer el acto en la oportunidad fijada por la ley⁴⁷⁹. O sea, no es propiamente una omisión, sino que implica el cumplimiento de un acto, pero con tardanza injustificada. P. ej., el retraso en el envío de pericias, el envío tardío de atestados, el cumplimiento tardío de requerimientos judiciales, las notificaciones extemporáneas, la tardanza injustificada en la elevación de expedientes al superior jerárquico, etc. La tardanza se mide en función de los plazos o, a falta de esto, se dará cuando el cumplimiento ya no puede tener los efectos que hubiera tenido de haberse realizado antes⁴⁸⁰.

No debe confundirse el "omitir" con "rehusarse a hacer", pues este último caso se presenta cuando hay una interpelación previa; esto tiene consecuencias para determinar la consumación⁴⁸¹. Retardar tampoco equivale a una omisión pura, pues implica una realización, pero fuera del plazo previsto; si no se realiza el acto, no hay "retardo" sino "omisión" o "rehusarse"⁴⁸². Por otro lado, no basta la negativa verbal, aunque pueda implicar infracción administrativa, si luego el funcionario cumple con la acción mandada en el plazo de ley⁴⁸³.

479. FONTÁN BALESTRA, p. 234; CREUS, p. 206.

480. ROJAS, Fidel, citando doctrina italiana, 1.ª ed., p. 114; 2.ª ed., p. 142., 3.ª ed. p. 167. También los argentinos CREUS, p. 206 y s.; FONTÁN BALESTRA, p. 235 (remitiendo a la p. 234).

481. Conf. CREUS, p. 206.

482. Conf. CREUS, p. 206 y s.

483. CREUS, p. 209.

— ILEGALIDAD. Las conductas típicas deben ser "ilegales", es decir, no deben estar cubiertas por las leyes y los reglamentos. Si la reglamentación no prohíbe o no señala expresamente las obligaciones que el funcionario debe realizar, su conducta no será típica. P. ej., si no se señala al Juez la obligación de denunciar a la administración tributaria las infracciones tributarias que encuentre en la tramitación de los casos, no incurrirá en el delito de omisión analizado.

— ACTO DE SU CARGO. Este elemento se refiere a *actos que son propios de la actividad funcional* del sujeto activo. No puede omitir el funcionario sobre actos que no corresponden a sus funciones. Y esto se refiere a cualquier funcionario público; no solamente a aquellos que tengan "autoridad". Ejemplo: el funcionario que no supervisa la obra que sabía que transgredía las normas técnicas; policías que no denuncian ni dejan constancia de la incautación de un arma encontrada a alguien que la tenía ilegítimamente en su poder⁴⁸⁴. Desde esta perspectiva (sin considerar por ahora elementos adicionales), el funcionario encargado de las relaciones públicas podría cometer el delito, pero no el funcionario invitado a concurrir a un acto protocolar⁴⁸⁵. Pero no hay omisión cuando el funcionario realiza una actividad distinta de la que la ley manda, pues en este caso no estaría incumpliendo un mandato, sino abusando activamente.

Es problemático el caso de las *leyes de dudosa constitucionalidad*. Si el funcionario omitiera cumplirlas incurriría en delito. Una posibilidad de solución sería disponer que el funcionario esté obligado a cumplirlas hasta que estas leyes sean formalmente declaradas inconstitucionales⁴⁸⁶. En nuestro medio esto no sería

484. Ejemplos de FONTÁN BALESTRA, p. 234.

485. Ejemplos de CREUS, p. 208.

486. FONTÁN BALESTRA, refiriéndose al Tribunal Constitucional argentino, p. 232.

necesario en el caso de los jueces, pues la Constitución les ha autorizado realizar el llamado "control difuso" para inaplicar una ley que vaya en contra de la Constitución (art. 138, segundo párrafo de la Constitución de 1993). En la práctica, se ha pretendido extender la posibilidad del "control difuso" (aunque con otra terminología) a autoridades administrativas. Así en el polémico caso de los "taxis amarillos", la "Comisión de Acceso al Mercado", órgano administrativo del Instituto de Defensa de Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) ha querido declarar la "inaplicación" de normas legales de origen municipal que atacarían contra el principio de la "libre competencia" consagrado constitucionalmente. Independientemente de las posibilidades legítimas de control de las municipalidades a través de un órgano del Poder Ejecutivo (me parece evidente que esto también sería anticonstitucional), debe resultar claro que aquí no hay ninguna facultad constitucional para aplicar un "control difuso".

— ¿IDONEIDAD DE PERJUICIO? En el tipo penal anterior vimos que se exigía el "peligro" o la "idoneidad" de "perjuicio para alguien". En el caso de las conductas omisivas, cabe la pregunta de si el tipo penal también requiere este elemento. Si no fuera así, bastaría la mera omisión funcional, pese a que no era idónea ni tendía a causar perjuicio a algún administrado. Considero que, interpretando sistemática (este tipo penal es la contraparte del art. 376) y teleológicamente (principio de lesividad) debe incluirse este elemento, pues, de lo contrario, el tipo penal coincidiría con una mera omisión de deberes que puede y debe ser sancionada sólo administrativamente.

— TIPO SUBJETIVO. El delito es doloso. Es más, si se admite el "perjuicio para alguien" como elemento del tipo objetivo, el funcionario, al conocer y querer este elemento, tendrá que actuar siempre con *dolo directo*⁴⁸⁷.

487. Fidel ROJAS, quien no incluye como elemento del tipo a la "idoneidad del perjuicio" en ningún caso de "abuso de funciones", se contenta con el "dolo

Para algunos, al igual que en el caso anterior, el tipo subjetivo incluiría el elemento "malicia", pero esto sería exigir demasiado⁴⁸⁸.

Es posible el ERROR DE TIPO y el de "prohibición" con la peculiaridad de que el desconocimiento del elemento típico "ilegalidad" incluye ya la conciencia de antijuricidad, es decir, funciona como error de tipo y de prohibición al mismo tiempo. Pero, deben aplicarse las consecuencias jurídicas del primero por ser más beneficioso al reo: en caso de error evitable también habrá impunidad (y no sólo atenuación de la pena) a falta de un tipo culposo correspondiente⁴⁸⁹.

La AUTORÍA es solamente posible en el propio funcionario público que tiene las funciones que debe cumplir; si son varios los que las tienen y todos ellos incumplen, habrá coautoría. Puede resultar de difícil constatación práctica la complicidad de otros en estos actos omisivos puros; la instigación es, sin embargo, plenamente posible⁴⁹⁰. Un caso de complicidad podría consistir en proporcionar la excusa al funcionario para que finja imposibilidad de cumplir una actividad funcional.

eventual"; 1.^a ed., p. 114 y s.; 2.^a ed. 142 y s., 3.^a ed. p. 168. Con ello el tipo penal pierde taxatividad y podría abarcar casos que realmente implican solamente "imprudencia".

488. En contra de esta "malicia", CREUS, basándose en el tipo legal argentino, pero con el resultado de una exagerada amplitud del tipo penal (p. ej. también sería delito que el funcionario encargado de ceremonias no concorra al acto convocado); ver p. 212 y s.

489. En este resultado coincide la doctrina argentina (que parte de la teoría del "dolo", es decir, de distinguir entre "error de hecho" y "error de derecho"); ver CREUS c. más ref., p. 213.

490. Solamente admite la "instigación" Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 116; 2.^a ed., p. 144. En la 3.^a ed. sugiere la posibilidad de una complicidad, aunque de escasa aparición debido a la naturaleza omisiva de los actos, ver p. 169.

La CONSUMACIÓN se da con la simple omisión en caso de "omitir" y "rehusar"; en caso de "retardo" se da cuando transcurre el tiempo prescrito; y si no existe plazo alguno, cuando pasa el tiempo útil para que el acto funcional produzca sus efectos normales "aun cuando el retardo no determine la invalidez del acto sucesivamente cumplido"⁴⁹¹.

No es posible la TENTATIVA, pues todas las conductas constituyen, de una u otra manera, omisiones puras⁴⁹², antes de las cuales no hay más que actos preparativos o conductas internas. El arrepentimiento y el cumplimiento posterior solamente podrán ser evaluados por el juez como atenuantes⁴⁹³ o para aplicar medidas alternativas, según el caso.

En el caso de la "omisión" de actividades funcionariales motivada por la "ilegalidad" de su base legal o de la orden impartida por otro funcionario, podría entrar a tallar la CAUSA DE JUSTIFICACIÓN de la "obediencia debida" o de "obrar por disposición de la ley o en cumplimiento de deberes", tal como lo reconoce nuestro propio C.P. (art. 20, numeral 8).

Y en el caso inverso de que el funcionario se niegue a obedecer una orden con destino precisamente por reconocer esta situación injusta, salvo que se trate de un magistrado, como ya se vio, siempre incurrirá en el delito analizado o en la "desobediencia a la autoridad" (art. 368). Esta situación es injusta y debería motivar una modificación legislativa. Como bien se ha destacado en España, "(...) ni la eficacia de la Administración Pública, ni el principio de autoridad y jerarquía pueden colocarse nunca por encima

491. FONTÁN BALESTRA, p. 234; CREUS, p. 209.

492. CREUS, p. 210. Al mismo resultado llega FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 115; 2.ª ed., p. 143, 3.ª ed. p. 168 y s.

493. También ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 115; 2.ª ed., p. 143, 3.ª ed. p. 169.

del principio de legalidad penal y de la tutela penal de ciertos bienes jurídicos, cuya lesión o puesta en peligro no puede ni justificarse ni exculparse en nombre de la obediencia"⁴⁹⁴. Interpretativamente también se han buscado soluciones en el nivel de la antijuricidad (al respecto ver *supra* 2.3.2 y 2.3.4).

Otros delitos que puedan importar omisiones funcionariales desplazan a este tipo penal por especialidad. P. ej., la "omisión de denunciar" del artículo 407.

3.1.4 Denegación u omisión de auxilio (art. 378)

Artículo 378.- El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Como resalta la doctrina, aquí hay una figura de desobediencia, pero propia de determinados funcionarios (policías) públicos que deben prestar ayuda a otros ("autoridades civiles") para que puedan cumplir con sus funciones (deber de colaboración)⁴⁹⁵.

El legislador peruano se aparta un poco del modelo establecido en el artículo 342 del C.P. de 1924 y prevé ahora un tipo penal más amplio, aunque menos taxativo. Se ha seguido también aquí el modelo argentino (art. 250, C.P. de 1922) y el colombiano (art. 160 C.P. de 1980).

494. QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1798.

495. Cfr. CREUS, p. 214.

En España se tiene un tipo legal muy amplio que engloba tanto la denegación de auxilio de funcionarios policiales y otros miembros de la "fuerza pública" (art. 412, segundo párrafo), como también la de otros funcionarios públicos que niegan auxilio a miembros de la administración de justicia u otro servicio público (art. 412, primer párrafo) o a los particulares (art. 412, tercer párrafo), con agravantes, según si la denegación a los particulares se hubiera referido a intervenir para evitar un delito. Como se observa, aquí el legislador español engloba dentro del mismo grupo de delitos una serie de "desobediencias" de los funcionarios públicos, pues entiende que son estas las que atentan contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En cambio, las "desobediencias" de los particulares son considerados delitos "contra el orden público" y tienen un tratamiento especial en los arts. 550 a 556 C.P. Esta opción legislativa es la correcta y debería motivar al legislador peruano a una reforma de estos tipos legales.

El OBJETO directamente atacado es la *legalidad de la actividad funcional de la policía*, pero también la efectividad del desempeño de aquellos funcionarios que requieran el apoyo de la fuerza pública y que tengan facultades para requerirla; por eso se dice que esta figura penal es una modalidad de desobediencia. Los policías tienen dentro de sus funciones el deber de colaborar con las autoridades civiles ("deber de colaboración"), el cual sería infringido por estas modalidades delictivas⁴⁹⁶.

496. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, 1996, p. 1803; siguiéndolo, ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 122; 2.^a ed., p. 150, 3.^a ed. p. 177; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 852; Carlos MIR, p. 142 y s. En su 3.^a ed. Fidel ROJAS critica la expresión "delito de desobediencia" que emplearía yo en mi primera edición (p. 202) y que también se repite en ésta, pues estaría suponiendo erróneamente "que los policías guardan (o deben guardar) deber de obediencia a toda autoridad civil competente, lo cual no se concilia con la función de colaboración y ayuda institucional" a que estos funcionarios están sujetos; y —más adelante— afirma que el criterio de obediencia tendría un carácter autoritario que no podría servir para

Los elementos típicos son:

— SUJETO ACTIVO. A diferencia de otras legislaciones, el tipo penal peruano solamente considera autor del delito a un funcionario público específico: *el policía*. Como presupuesto evidente de la autoría, deberá exigirse que el policía esté de servicio, es decir, ejerciendo efectivamente funciones, para poder denegarse típicamente a prestar auxilio. En el artículo 342 del C.P. de 1924, y también en las fuentes colombiana y argentina se menciona de manera más amplia al "jefe" y/o "agente de la fuerza pública" entendiendo por "fuerza pública" a "todo cuerpo militarizado y armado al servicio de la República"⁴⁹⁷. Si se hubiera empleado esta descripción del sujeto activo, hubiera podido discutirse si puede ser considerado autor del delito también cualquier otro sujeto que asumiera tal función pública sin ser policía: miembro de "serenazgo", miembro de "rondas campesinas". Como ello no es así, en el tipo penal peruano, estos casos no son abarcados. Pero, en el caso de estos otros sujetos, distintos del "policía", que se negasen a prestar auxilio a "autoridades civiles", puede ser de aplicación el tipo penal genérico de "desobediencia a la autoridad", artículo 368 C.P.

fundamentar el tipo penal. Independientemente de que la cita no sea exacta (en el lugar indicado yo no afirmo que se trate de "tipos de desobediencia", sino que "se dice que..." lo son), la crítica general a estos tipos, entendidos en el sentido tradicional, es acertada. Pero también es innegable la existencia y necesidad de un contenido de "obediencia" en algunos tipos penales (nuevamente por eso: se conoce como modalidad de "desobediencia" a la conducta descrita en el art. 378) en cualquier legislación penal. No hay objeciones válidas cuando estos tipos son concretos y buscan coordinar y hacer efectivo el ejercicio de los poderes del Estado y sus funcionarios, sino cuando son configurados como "meros" tipos de obediencia, a través de los cuales se busca la sujeción absoluta y ciega de los individuos a las órdenes y dictados de la administración. Al respecto se puede consultar, p. ej. QUINTERO OLIVARES, c. más ref., en QUINTERO OLIVARES (director), 1996, p. 1796 y ss.

497. Sobre la doctrina colombiana, FERREIRA DELGADO, p. 173; sobre la doctrina argentina, CREUS, p. 218 y s.

— REHUSAR, OMITIR O RETARDAR UN AUXILIO REQUERIDO. Son modalidades *omisivas* que deben interpretarse de igual manera que en el artículo anterior. OMITIR es el mero no prestar auxilio; REHUSAR, negarse formalmente a hacerlo pese a un requerimiento previo y RETARDAR, es prestar la ayuda pero con demora, fuera del momento oportuno y cuando con ello el auxilio pierde idoneidad (*ex ante*) para cumplir con el acto administrativo del funcionario que lo solicitó⁴⁹⁸.

En los dos primeros casos se trata indudablemente de una "omisión pura"; en el "retardar" también puede hablarse, en el fondo, de una omisión bajo la apariencia de "cumplimiento". En todos los casos no se precisa la producción de un resultado ulterior derivado de la conducta típica (p. ej., daños para la administración o para terceros).

— REQUERIMIENTO PREVIO. Este requisito es el que equivale a la "situación típica" del delito de omisión. Hay dos características lógicas del requerimiento: que sea *legalmente correcto* y que sea *exigible*. El requerimiento de auxilio consiste en la solicitud formal, expresa e imperativa de contar con la colaboración del policía (*legalidad del requerimiento*). Este requerimiento lo hace un funcionario público y debe reunir requisitos de validez. En primer lugar, debe ser hecho por "autoridad civil competente". Con esto el tipo se refiere a funcionarios con "mando y jurisdicción" (autoridad) que no sean militares ni policías (autoridad civil). Además, el requerimiento debe cumplir con los requisitos formales usuales; no deberá interesar, para la tipicidad, si el requerimiento es *injusto* o no; el funcionario (policía) no está, en principio, facultado para indagar sobre la justicia intrínseca de lo que se le solicita⁴⁹⁹.

498. En igual sentido ver CREUS, p. 214.

499. FONTÁN BALESTRA, p. 235; CREUS, p. 215, 217 y s. Críticamente, también, en relación con el artículo 412 C.P. español, que, a diferencia de otros tipos

La impunidad del policía que no atienda este tipo de requerimientos, solamente podría lograrse admitiendo una causa de justificación, lo cual aquí, más allá de los casos excluidos como atípicos por falta de "exigibilidad", resulta muy discutible. En cambio, es distinta la situación cuando el requerimiento es *ilegítimo* (p. ej., falta de competencia del solicitante); en este caso, la omisión de auxilio policial será atípica y el autor de la solicitud podría responder, según el caso, por delito de "requerimiento ilegal de la fuerza pública" (art. 379) o de "abuso de autoridad" genérico (art. 376)⁵⁰⁰.

Por lo demás, el requerimiento puede ser escrito u oral, directo o indirecto, determinado e incluso, según las circunstancias, indeterminado, pero comprensible; en cambio no es válido el requerimiento genérico (se solicita auxilio policial sin decir nada más)⁵⁰¹.

La segunda característica general del requerimiento es que debe ser *exigible*. Es decir, lo que se le solicita al sujeto activo, debe ser posible de cumplir por éste, tanto material como formalmente. P. ej., podría no estar dentro de sus funciones el "auxilio" que se le solicite o, materialmente es imposible que lo haga en el momento solicitado. O, por razones de jerarquía, la actividad del funcionario podría depender de la autorización de su superior. Esta característica constituye lo que en cualquier delito de "omisión" se conoce como *capacidad de cumplir con la acción mandada*. Ninguna de las modalidades omisivas puede ser típica si el funcionario

penales, no recoge expresamente la excepción al incumplimiento de mandatos claramente ilegales, aunque legítimamente emitidos, QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1804.

500. FERREIRA DELGADO solamente se refiere a la tipicidad del primer delito, pues el tipo penal colombiano de "requerimiento ilegal" es más amplio que el peruano (se refiere, además, de los supuestos del tipo peruano correspondiente, a la comisión de cualquier acto arbitrario o injusto); ver p. 173.

501. Cfr. CREUS, p. 216.

era incompetente (p. ej., estaba cesado o con licencia; o se quería una actividad que correspondía a otro funcionario) o no estaba en capacidad material de cumplir la acción esperada (p. ej., que el policía se enfrente solo a un grupo guerrillero fuertemente armado, que se traslade a un lugar inaccesible, o que cumpla inmediatamente con algo que tomaría varios días en hacer).

— AUXILIO REQUERIDO. El auxilio requerido debe estar dentro del ámbito de las funciones del policía. Puede tratarse de la protección ante hechos delictivos, de la investigación de delitos, del apoyo en diligencias de otros funcionarios, etc. Todo depende de los deberes de auxilio que imponga la ley al Policía. P. ej., no está obligado a prestar dinero a otros funcionarios.

— SUJETO PASIVO. El tipo penal peruano, en la modalidad del primer párrafo, se refiere únicamente a la *autoridad civil*. Con ello se trata de funcionarios públicos distintos de los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; en particular, los miembros de los órganos de justicia ordinaria, pero también otras autoridades civiles como los Alcaldes, el Parlamento, las autoridades universitarias, etc.

Como se reconoce en la doctrina, esta figura no exige una *relación jerárquica* entre el funcionario "requerido" y la autoridad requirente. Se ha dicho que esta relación jerárquica parece ser más bien propia de la "desobediencia" (en la modalidad de que el sujeto activo fuera un funcionario público). En ésta habría siempre un superior y un inferior que trabajan para el mismo fin público, mientras que en la "denegación de auxilio" se cumplen misiones diferentes, legalmente respaldadas y que deben cumplir ambos funcionarios (el requirente y el requerido)⁵⁰². Pero, si bien en la "denegación de auxilio", efectivamente, no es necesaria la "rela-

502. QUINTERO OLIVARES, estableciendo las diferencias entre ambas figuras, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1803.

ción jerárquica" (el propio tipo penal se refiere a autoridades muy distintas: el policía y la autoridad civil e incluso, en la agravante del segundo párrafo, el requirente es un particular), no se puede deducir de ello que en la "desobediencia a la autoridad" del artículo 368 ella sea imprescindible; ya se vio más bien que debe haber solamente una "subordinación de carácter general".

En el caso agravado (segundo párrafo) el sujeto pasivo es *cualquier particular* en situación de peligro. El tipo penal no aclara en qué consiste este peligro, pero deberá entenderse que se trata de uno que puede llevar a la lesión de bienes importantes del sujeto: la vida, la integridad corporal, la libertad individual y sexual.

— AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN. La denegación de auxilio no debe estar justificada. Con esto no se refiere el tipo penal a una "causa de justificación" específica, sino a una circunstancia indicada en la ley que excuse del auxilio al funcionario o a la imposibilidad fáctica de cumplir con el auxilio. Ejemplo de esto último sería, p. ej., el no concurrir al lugar de los hechos por falta de transporte; la imposibilidad de ayudar a alguien que se encuentra inalcanzablemente lejos, etc.⁵⁰³. Es un elemento que ya estaba implícitamente comprendido dentro de la *exigibilidad* del requerimiento.

— TIPO SUBJETIVO. El tipo penal no exige ni expresa ni tácitamente una finalidad específica. El DOLO del sujeto debe abarcar el conocimiento de la existencia del requerimiento y su legalidad, así como el conocimiento y la voluntad de rehusar, retardar u omitir la prestación del auxilio. Por tanto, teóricamente es posible el *dolo eventual*⁵⁰⁴.

503. Similar, ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 125; 2.^a ed., p. 153, 3.^a ed. p. 180 y s.

504. ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 127; 2.^a ed., p. 155, 3.^a ed. p. 183; también parece aceptar esto, aunque sin decirlo expresamente, CREUS, p. 220 y s. Igualmente QUINTERO OLIVARES, quien no incluye finalidades especiales en el dolo del autor, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1805. En cambio, exige "dolo directo" para la omisión del artículo 412 C.P. español, CARLOS MIR, p. 149.

El delito es de mera actividad y de emprendimiento. Se CONSUMA con la omisión, el retardo o el rehusamiento. Al igual que en la "omisión de auxilio" no es posible la TENTATIVA⁵⁰⁵. El tipo penal describe figuras de emprendimiento.

Son posibles todas las formas de autoría y participación.

La AGRAVANTE del artículo 378, segundo párrafo, se basa en la "situación de peligro" de un particular que solicita el auxilio policial. En esta situación, si bien el peligro no necesariamente tiene que ser "inminente", por lo menos debe ser "serio" e "idóneo", pues en caso contrario no habría un mayor injusto en la conducta agravada. Por otro lado, también el peligro tendrá que dirigirse hacia intereses personalísimos del particular, pues el tipo penal se refiere a un peligro hacia la persona⁵⁰⁶; como ya se dijo más arriba, solamente podría tratarse de un peligro contra la vida, la integridad corporal, la libertad individual y la libertad sexual.

En cuanto al CONCURSO con la "desobediencia y resistencia a la autoridad" (art. 368), en realidad hay una relación de especialidad de la conducta del policía⁵⁰⁷. Con la "omisión de auxilio" también (art. 127), pues aquí se trata del deber específico del policía.

En este supuesto tiene relevancia práctica la CAUSA DE JUSTIFICACIÓN del "estado de necesidad" (art. 20, numeral 4) cuando el funcionario no prestó auxilio a la autoridad civil, solicitado de manera legítima y formalmente correcta, para evitar un mal grave

505. También así CREUS, p. 218; FERREIRA DELGADO, p. 175. Fidel ROJAS sí admite la tentativa en los casos de "rehusar", así como "desistimiento voluntario" en "rehusar" y "retardar", 1.^a ed., p. 127; 2.^a ed., p. 155, 3.^a ed. p.. Pero si no admite la tentativa en "retardar", tampoco es consecuente que admita allí el "desistimiento voluntario". En la 3.^a ed. ha corregido esto y ya no admite el desistimiento voluntario en la modalidad de "retardar", ver p. 183.

506. Similar ROJAS, 1.^a ed., p. 128; 2.^a ed., p. 156, 3.^a ed. p. 184.

507. Igual solución en CREUS, p. 220.

a terceros. Se trata de una "colisión de deberes" entre el cumplimiento del "deber de cooperación" y el "evitar perjuicios graves e injustos a terceros"; lo cual ciertamente no debe tampoco amparar la impunidad de delitos cometidos por estos terceros⁵⁰⁸.

En el caso de que la negativa de auxilio se base en la ilegalidad manifiesta del auxilio que se requiere (p. ej., se solicita una detención sin mandato judicial), solamente hay atipicidad al faltar el elemento "inexigibilidad" del requerimiento.

Por otro lado, este tipo penal y el de "omisión de actos funcionariales" (art. 377) no deben mal entenderse en el sentido de limitar la responsabilidad penal del funcionario público cuando su omisión, pese a tener posición de garante, se produce en un curso causal dirigido a un resultado típico de un delito común. P. ej., un policía que no quiere intervenir pese al requerimiento de la víctima de un robo, un delito de lesiones o incluso un homicidio. Dado que es posible construir la "omisión impropia" (comisión por omisión) de la conducta del funcionario, su responsabilidad penal por los delitos comunes entrará en CONCURSO ideal con el delito contra la Administración Pública⁵⁰⁹. Con la "omisión de denunciar delitos" (art. 407 C.P.) también habrá concurso ideal, independientemente del concurso con el delito común en comisión por omisión.

508. Igual interpretación para el tipo español, Carlos Mira con jurisp., p. 149 y ss. Es interesante el caso citado de un funcionario policial encargado de la lucha antiterrorista que se niega a revelar a la autoridad judicial la identidad de los colaboradores confidentes. Allí se afirmó que la exención de revelar la identidad y circunstancias de localización y actuación de confidentes policiales acaba "...y el deber del auxilio y cooperación recobra vigencia, si el informador en su actuación de tal incurre en hechos punibles... pues de otro modo surgirían intolerables privilegios de impunidad."; ver *idem*, p. 150.

509. También para España, FEJÓO SÁNCHEZ, p. 714.

3.1.5 Requerimiento indebido de la fuerza pública (art. 379)

Artículo 379.- El funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Este artículo ha sido copiado del artículo 251 del C.P. argentino y ya figuraba (con mayor penalidad) en el artículo 342 del C.P. de 1924. Algo diferente es el modelo colombiano, tanto en el artículo 181 del C.P. de 1936 como en el artículo 159 del C.P. de 1980, pues exige la "obtención" del concurso de la fuerza pública y que ésta se use, además de los casos previstos en el tipo peruano, para "consumar acto arbitrario o injusto".

El bien jurídico afectado sigue siendo el "normal desenvolvimiento de la Administración Pública", pero si se busca en concreto el interés u OBJETO atacado, éste será el eficaz u ordenado desempeño de los funcionarios que ejercen funciones definidas como "fuerza pública"⁵¹⁰.

Los elementos del tipo serían los siguientes:

— SUJETO ACTIVO. Debe tratarse de un funcionario público que no esté legitimado para requerir la fuerza pública o, estándolo, hace abuso de sus funciones para requerirla cuando no debe hacerlo⁵¹¹. Esto es así, pues no se trata aquí de una infracción de una función específica del sujeto activo, sino de una perturbación en la función específica de otros funcionarios (los que ejercen la "fuerza pública").

510. Así también CREUS, p. 221.

511. CREUS, p. 224; ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 134; 2.ª ed., p. 162, 3.ª ed. p. 310.

Distinto es que algunos funcionarios, debido a su elevada posición jerárquica dentro de la misma "fuerza pública" no tengan necesidad de hacer el requerimiento de ésta, sino puedan ordenar directamente su intervención innecesaria, p. ej., para resistirse a un acto administrativo de otro funcionario. Este caso será indudablemente impune en el tipo penal analizado⁵¹², pero sí de otro delito contra la Administración Pública como el "abuso de autoridad genérico"⁵¹³.

— REQUERIMIENTO DE LA FUERZA PÚBLICA. En este delito se trata de solicitar formal e imperativamente la participación de funcionarios que tengan por función la de ejercer actividades coercitivas contra los ciudadanos para obligarlos a cumplir con tal actividad funcional. Se excluyen los pedidos cuyo cumplimiento sean del libre arbitrio de la fuerza pública⁵¹⁴. Precisamente, la exigencia de este "requerimiento" previo hace impune la orden de un funcionario a sus subordinados para que resistan el cumplimiento de una actividad funcional de otro⁵¹⁵.

La *fuerza pública* no es un concepto que tenga una definición legal aceptada en nuestro medio. Sin embargo, debe entenderse que aquí el legislador se refiere a la autoridad al servicio de la sociedad, cuyas funciones tengan "carácter coercitivo" y puedan ser empleadas para oponerse a la ejecución de las leyes, órdenes dadas por funcionarios o las sentencias o mandatos judiciales. En tal caso, únicamente puede entrar en consideración la Policía y entidades policiales similares como los guardianes de las

512. CREUS, p. 224.

513. Fidel ROJAS considera "debatible" esta interpretación de Creus; 1.ª ed., p. 134; 2.ª ed., p. 162, 3.ª ed., p. 190.

514. ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 135; 2.ª ed., p. 163, 3.ª ed., p. 191.

515. CREUS, p. 222.

cárceles, la policía fiscal o aduanera, etc.⁵¹⁶. A ellos podrían agregarse otros que ejerzan "fuerza pública" en la realidad peruana en virtud de leyes que reconocen su actividad, p. ej., como las "rondas campesinas" e incluso los miembros del "serenazgo". Las Fuerzas Armadas, que también podrían ejercer medidas coercitivas a solicitud de algún funcionario público, no tienen en realidad (o no deberían tener) vinculación con la sociedad civil en su relación con la Administración Pública⁵¹⁷.

— LEGALIDAD DE LA ORDEN, SENTENCIA O MANDATO. La acción típica debe dirigirse contra un acto funcional que ejecute una orden, una sentencia o un mandato judicial legales (dados según las formalidades de ley) incluso si son injustos intrínsecamente, pero no cuando eran ilegítimas (dadas por funcionario incompetente, pues en este último caso habrá atipicidad⁵¹⁸).

No es necesario que estos actos funcionariales estén en vías de ejecución final, pues lo que se reprocha penalmente es el requerimiento ilegal y no la resistencia⁵¹⁹.

— OBJETO DEL REQUERIMIENTO. La fuerza pública requerida estará dirigida a oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad, a la ejecución de sentencias o de mandatos judiciales. Se presupone que estas leyes, órdenes, sentencias y mandatos son legítimos. Con esto el tipo penal presupone la "ilegalidad" del requerimiento.

El tipo penal no exige que, para la consumación del delito, el requerimiento ilegal sea atendido. En el artículo 159 del C.P. co-

516. FERREIRA DELGADO, p. 171.

517. Sostiene, en cambio, una posición "extensiva" que incluye a las "fuerzas militares" dentro del concepto "fuerza pública", ROJAS, Fidel, 1.^a ed, p. 135; 2.^a ed., p. 163, 3.^a ed., p. 192.

518. CREUS, p. 222 y s.

519. Así CREUS, p. 223.

lombiano, por ejemplo, sí se exige la "obtención" o el "empleo" de la fuerza pública.

No se exige dolo en el funcionario requerido; lo usual es que actúe con desconocimiento de la situación real de las cosas.

— TIPO SUBJETIVO. El tipo penal exige *dolo directo* debido a que el conocimiento y la voluntad dolosas deben referirse, además de los demás elementos objetivos, a la ilegalidad del requerimiento, al abuso de su competencia, además de la finalidad específica de oponerse a determinados actos de ejercicio de función pública⁵²⁰. Podría darse un caso de ERROR DE TIPO (identificable aquí con un "error de prohibición") cuando el sujeto se equivoca sobre el "abuso de su competencia" o de cualquier otro supuesto que atañe a la "ilegalidad de su conducta"⁵²¹.

Para la CONSUMACIÓN del delito basta con el "requerimiento"; no se necesita siquiera que éste sea tomado en cuenta y menos que se haya frustrado el acto al que se quiere oponer; aunque sí que el requerimiento sea formal e imperativo⁵²². Por lo tanto, no es posible la TENTATIVA⁵²³. Si el requerimiento todavía no ha sido hecho o no se han cumplido las formalidades, solamente hay actos preparatorios⁵²⁴.

Aparte de los sujetos que colaboren dolosamente con el requirente (otros requirentes, los que dieron la idea, los mensajeros, etc.), habría que preguntarse por el grado de PARTICIPACIÓN del

520. También CREUS, p. 225 y s., esp. p. 225, nota 144, c. más ref.

521. Cfr. CREUS, quien se refiere, siguiendo la terminología antigua, a un "error juris", p. 226.

522. Cfr. CREUS, p. 223.

523. También CREUS, p. 223.

524. Distinto ROJAS, Fidel, para quien la tentativa es posible cuando el requerimiento todavía no ha sido conocido por la fuerza pública; 1.^a ed., p. 137; 2.^a ed., p. 165, 3.^a ed., p. 194. Pero este conocimiento no es elemento del tipo.

funcionario (policía) que dolosamente accede al requerimiento ilegal. Para algunos será partícipe de este delito⁵²⁵, para otros no⁵²⁶. Esta última tesis es correcta, pues dicho funcionario no participa en el "requerimiento ilegal", sino en el "cumplimiento" o "ejecución" del requerimiento, lo cual no forma parte del tipo. No obstante, dicho funcionario podría tener un injusto penal propio en el "abuso de autoridad genérico" o en algún otro tipo específico. En el tipo penal analizado, el funcionario público solamente es un partícipe necesario impune por el tipo del artículo 379, salvo que haya contribuido de cualquier otra manera a la conducta allí descrita.

En la etapa del agotamiento de este delito puede haber CONCURSO REAL con otras figuras; p. ej., cuando se accede al requerimiento y se presta resistencia al acto funcional de otro, entrará a tallar también el "atentado" o la "resistencia" a la autoridad⁵²⁷.

3.1.6 Abandono del cargo (art. 380)

Artículo 380.- El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años.

Esta figura no había sido contemplada en el C.P. de 1924. La fuente legal ha sido argentina (art. 252), colombiana (art. 156, C.P.

525. ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 137; 2.ª ed., p. 165, 3.ª ed., con más precisiones, p. 194.

526. CREUS, p. 224.

527. Cfr. CREUS, p. 225.

de 1980), boliviana (art. 15, C.P. de 1972), o española (art. 376 del C.P. derogado).

Con estos tipos penales se protege el regular desenvolvimiento de las funciones públicas; se trata de asegurar su continuidad, su incolumidad⁵²⁸. Pero aquí el legislador penal peruano parece no haber tenido en cuenta el principio de "mínima intervención". En efecto, no todos los casos de "abandono de cargo" (o "abandono de destino") tienen igual efecto lesivo para el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Son mucho más graves aquellos que tienen por objeto la falta de persecución de delitos. Por eso el C.P. español de 1995 solamente ha previsto estos casos específicos como delitos y ha destipificado el mero "abandono de la función"⁵²⁹. De *lege ferenda* debería seguirse el ejemplo español, pero además podría preverse la tipificación expresa del abandono de funciones por altos funcionarios: el Presidente, los Ministros, los Jefes de las Fuerzas Armadas y los miembros del Parlamento⁵³⁰. La experiencia nacional ha demostrado que estos casos son posibles (p. ej., el abandono de cargo del Presidente de la República) y que, además, ocasionan una grave distorsión en el funcionamiento de la Administración Pública.

En los dos supuestos típicos de "abandono de funciones" (individual y colectivo) está en juego el "correcto funcionamiento de la Administración Pública". El OBJETO directamente atacado es el *cumplimiento de la función específica* encomendada al funciona-

528. De manera similar, ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 140; 2.^a ed., p. 170, 3.^a ed., p. 198.

529. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1789, 1794; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 856 y s.; Carlos MIR, p. 93.

530 En la 3.^a ed. de su obra Fidel ROJAS también exige mejoras de *lege ferenda*, similares a las que yo exijo desde mi primera edición: inclusión de tipos agravados en función del servicio afectado y de la jerarquía del sujeto activo (alto funcionario público); ver p. 198.

rio, la cual va unida a otras finalidades⁵³¹; p. ej., dependiendo si se trata de un funcionario que debe administrar bienes del Estado o administrar justicia, puede afectarse también el "patrimonio del Estado" o la "administración de justicia".

EL ABANDONO INDIVIDUAL (art. 380, primer párrafo) es considerado por algunos autores como una "falta grave de naturaleza administrativa" elevada a delito⁵³². Sin embargo, interpretado correctamente el tipo penal, nada impide considerar que en algunos casos pueda existir un cierto grado de lesividad al perturbar seriamente el correcto funcionamiento de la Administración Pública por el hecho de que no exista quien ejerza la función hasta que se designe a otro funcionario. Se dice por eso que estos casos atentan contra la *continuidad y eficacia* de la Administración Pública⁵³³. Ése sería el objeto directamente afectado; y concretamente puede haber peligro para otros objetos como el patrimonio de la Administración Pública.

Los elementos del tipo son:

— SUJETO ACTIVO. El tipo se dirige al funcionario público que goza del legítimo ejercicio de sus funciones, incluso si no está prestando servicios (p. ej., está de licencia o de vacaciones)⁵³⁴. No interesa la distinción del tipo entre "funcionario" y "servidor público"⁵³⁵, puesto que la definición legal de ambos es tratada por

531. En España, debido a la técnica de tipificación en el artículo 407 (abandono de destino con el propósito de impedir la persecución de delitos o la ejecución de penas, se considera que también se atenta contra el "principio de legalidad" en el ejercicio de funciones públicas; ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1789.

532. CREUS, p. 226; ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 139; 2.ª ed., p. 169, 3.ª ed., p. 198.

533. FERREIRA DELGADO, p. 157.

534. CREUS, p. 230.

535. Sí hace la distinción, Fidel ROJAS, para quien hay aquí una ampliación de la autoría; 1.ª ed., p. 140; 2.ª ed., p. 170, 3.ª ed., p. 140.

igual en el artículo 425 y, por su naturaleza y por la descripción típica del artículo 380, tampoco es necesario establecer interpretativamente esta distinción en este contexto.

— ABANDONAR EL CARGO. ABANDONAR el cargo significa no seguir desempeñándolo sin estar justificado para ello, y produciendo daño al servicio. La justificación puede consistir p. ej., en una enfermedad.

El abandono debe ser *definitivo*, en el sentido de que expresa el ánimo de no seguir desempeñando el cargo. Una falta o inasistencia injustificadas todavía no constituyen delito. Lo que interesa es que el funcionario rompa unilateral e injustificadamente el vínculo con la Administración Pública⁵³⁶. Tampoco es delito la realización parcial de las actividades funcionariales⁵³⁷. En España se considera que bastaría con un "ausentarse del puesto de trabajo de forma clara y con una cierta prolongación en el tiempo", lo cual no necesariamente equivaldría a una "dejación de las funciones"⁵³⁸. Por cierto que aquí la interpretación es sostenible debido a que los tipos penales españoles de "abandono de cargo" son muy concretos y exigen finalidades específicas en el sujeto activo (impedir la persecución penal, impedir la ejecución de condenas). Pero, debido a la amplitud extraordinaria del tipo penal peruano, es conveniente integrar en el tipo penal el carácter "definitivo" del abandono. Éste se refiere al "apartamiento completo" de la función, para distinguir los casos penalmente relevantes de las meras separaciones transitorias⁵³⁹. El "abandono definitivo" es un elemento normativo que debe definirse a partir de las leyes

536. En este sentido, entre otros autores argentinos, FONTÁN BALESTRA, p. 238. Siguiéndolos, ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 141; 2.^a ed., p. 171, 3.^a ed., p. 200.

537. CREUS, p. 227.

538. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1790.

539. Así también FERREIRA DELGADO, p. 157.

administrativas⁵⁴⁰. P. ej., en los arts. 25, 26, 28 D.Leg.. 276 y los arts. 133, 150 a 155, 161 de su reglamento, D. S. 005-90-PCM de 15-01-1990. Por eso puede decirse que el "abandono del cargo" consiste, en realidad, en "separarse de él para no retornar nunca"⁵⁴¹.

— NO HABER CESADO LEGALMENTE EL DESEMPEÑO DEL CARGO. Este elemento negativo es en realidad repetitivo del anterior en cuanto se refiere a la falta de justificación en una de sus posibilidades. Es decir, que no exista una desvinculación oficial entre el funcionario y la administración a través del "cese" en cualquiera de sus formas (renuncia aceptada formalmente, límite de edad, pérdida de nacionalidad, etc.); esto no existe, p. ej., cuando el funcionario ha renunciado, pero esta renuncia no ha sido aceptada aún⁵⁴².

Un problema de interpretación se deriva de la exigencia típica de haber estado "desempeñando" el cargo. Esto dejaría impune el "abandono" de aquél que fuera nombrado para un cargo, lo haya asumido, pero todavía no lo hubiera ejercido; para estos casos solamente queda aplicar el artículo 377 (abuso de autoridad por omisión)⁵⁴³.

Si el funcionario ya ha sido "reemplazado", aunque oficialmente todavía sea funcionario público, no comete "abandono", en sentido penal, al dejar su puesto. Pero, para que el funcionario se libere de la persecución penal, su reemplazante debe haber ocupado el cargo, sea por entrega del propio funcionario cesado o sin ella⁵⁴⁴.

Un problema práctico puede presentarse en el caso de las "licencias". Si el funcionario toma la "licencia" que legalmente le

540. Propone lo mismo, ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 141; 2.^a ed., p. 171, 3.^a ed., p. 200.

541. FERREIRA DELGADO, p. 158

542. Cfr. CREUS, p. 228.

543. Acertadamente, ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 142; 2.^a ed., p. 172, 3.^a ed., p. 201.

544. Similar, FERREIRA DELGADO, p. 158.

corresponde, pero sin esperar a su reemplazante (p. ej., por demora de éste), podría encajar esta conducta dentro del tipo penal. Pero aquí no debería considerarse la presencia de un delito, sino a lo sumo una falta administrativa; y ello no porque en este caso el funcionario no habría demostrado "desprecio" por la función pública⁵⁴⁵, sino porque su "abandono" no era "definitivo".

— DAÑO DEL SERVICIO. Para distinguir la infracción disciplinaria del delito se ha incluido este elemento, cuya naturaleza dogmática es discutible. El daño no debe medirse en términos económicos sino funcionariales en el sentido que la función pública desempeñada se vea afectada de alguna manera.

El daño es un elemento típico y no una condición objetiva de punibilidad⁵⁴⁶; si no existiera, no puede haberse producido una afectación real del bien jurídico. Pero sí es discutible que el "daño" constituya un "resultado típico", pues si el legislador hubiera querido tal cosa, se hubiera referido expresamente a la "causación" del resultado y no hubiera incluido el tipo penal dentro de los casos de "abuso", que se caracterizan todos por no exigir "resultados típicos". Por ello, en realidad, este elemento del tipo penal está calificando el verbo rector y exigiendo de éste que constituya una *conducta idónea* para causar un perjuicio a la Administración Pública. Luego, si en algún caso pudo haberse producido el daño debido el abandono del servicio, pero eso no sucedió porque el puesto fue cubierto rápida y diligentemente por otro funcionario, el abandono del cargo, ni quedará impune, ni constituirá solamente una tentativa⁵⁴⁷, sino se tratará de un delito ya consumado.

545. ASÍ, FERREIRA DELGADO, p. 158.

546. En este último sentido, CREUS, p. 228 y s.

547. ROJAS, Fidel, en cambio, defiende la impunidad por considerar el "daño al servicio" como una "condición legal de punibilidad"; 1.ª ed., p. 143; 2.ª ed., p. 173, 3.ª ed., hablando ahora de una "condición objetivo-subjetiva para la perfección del delito", p. 201.

Este "daño" (en el sentido de probable) puede consistir en una pérdida material (patrimonial) o moral, en el sentido de incumplimiento de tareas funcionariales específicas (vencimiento de plazos, retraso de un proceso)⁵⁴⁸.

— TIPO SUBJETIVO. El dolo debe incluir todos los elementos, incluso el "daño al servicio". Este último no constituye un elemento subjetivo adicional, pero sí un elemento objetivo que el sujeto activo debe conocer⁵⁴⁹. Además, incluye el ánimo de abandonar el servicio de manera definitiva⁵⁵⁰. Por eso solamente es posible el *dolo directo*. Cuando el funcionario, conociendo la posibilidad de un daño al servicio, a pesar de todo lo abandona, eso no es un caso de "dolo eventual", pues la "eventualidad" no se ha dado en relación con el verbo rector. Además, exigiendo "dolo directo" se limita la aplicación de este amplio tipo penal.

El delito se CONSUMA con el "abandono" del servicio que sea idóneo para perjudicarlo. Si se admitiera que el "daño al servicio" es un "resultado típico", podría admitirse la posibilidad de la TENTATIVA antes de la producción de este resultado típico⁵⁵¹. Pero, como ya se vio arriba, el "daño al servicio" solamente constituye un elemento de "idoneidad" en el sentido que el abandono pueda potencialmente causarlo. Por lo tanto, y dado que no se aprecian actos previos reprochables penalmente, la tentativa no puede ser posible⁵⁵².

548. Cfr. CREUS, p. 228 y s.

549. También Fidel ROJAS admite que este elemento debe estar en la representación del agente (1.ª ed. p. 143; 2.ª ed., p. 173, 3.ª ed., p. 202) aunque entiende que este conocimiento no implica al mismo tiempo "voluntad" (1.ª ed., p. 142; 2.ª ed., p. 172, 3.ª ed., p. 201).

550. CREUS, p. 231.

551. También admite la tentativa Fidel ROJAS, pero solamente como conductas previas e independientes anteriores al abandono: 1.ª ed. p. 143; 2.ª ed., p. 173, 3.ª ed., p. 203.

552. A igual resultado llega CREUS, quien, sin embargo, considera al "daño al servicio" una "condición objetiva de punibilidad", p. 230, 228 y s.

Cuando se presente "fuerza mayor" o "caso fortuito", algunos admiten la presencia de una CAUSA DE JUSTIFICACIÓN⁵⁵³, y no ya, como sería correcto según la terminología vigente en la ciencia penal, una ausencia de acción típica. En realidad, aquí ni siquiera puede hablarse de un "abandono" en el sentido del tipo penal.

Podrían darse casos de CONCURSO con otras figuras, pero usualmente, producido el "abandono", no podrá imputársele al sujeto activo la comisión de delitos que implican incumplimiento de deberes y derivan precisamente de su alejamiento de la actividad funcional⁵⁵⁴. Pero, p. ej., si el funcionario abandonara el servicio y al mismo tiempo infringiera un deber de cuidado que hace que terceros sustraigan los bienes que estaba administrando; habrá concurso entre el delito analizado y el "peculado culposo" (art. 387, último párrafo).

Por cierto que el concurso dependerá también de la intención del sujeto activo. Si el funcionario hace "abandono de servicio", precisamente para posibilitar una "fuga de presos", un "motín", una "sedición" o "rebelión", podría darse algún supuesto de "concurso" con los delitos correspondientes⁵⁵⁵.

En el ABANDONO COLECTIVO (art. 380, segundo párrafo), el funcionario "incita" a otros funcionarios a que abandonen en conjunto la función pública. Se trata de complementar la figura anterior con un tipo de peligro que abarque conductas previas a un abandono colectivo, conductas que afectarían *la regular prestación de los servicios públicos por la administración a la sociedad*⁵⁵⁶.

553. FERREIRA DELGADO, p. 159.

554. Cfr. CREUS, p. 231.

555. Destacan esto MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, pero teniendo en cuenta, para la solución de los problemas concursales, las peculiaridades de los tipos españoles, ver en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1790.

556. Carlos MIR, p. 97.

Esta figura está vinculada de manera estrecha con la "huelga" de funcionarios públicos. Para evitar confusiones y colisiones con este derecho de los trabajadores, el tipo penal debió exigir expresamente que el "abandono colectivo" sea "manifiestamente ilegal", tal como prevé el artículo 409, primer párrafo del C.P. español⁵⁵⁷. Así como está redactado el tipo penal peruano, se podría tender a recortar el "derecho de huelga" reconocido a casi todos los funcionarios públicos en el artículo 42 de la Constitución. El elemento de la "ilegalidad manifiesta" debería ser integrado, pues, dentro del tipo penal.

Los elementos típicos son los siguientes:

— SUJETO ACTIVO. El hecho de que el tipo penal se refiera al "agente" no designa a ningún tipo especial de funcionario público, sino al sujeto activo mencionado en el párrafo anterior, o sea al "funcionario público". No se exige que éste también abandone el trabajo⁵⁵⁸.

— INCITAR. Esta incitación no constituye otra cosa que una "instigación" a un delito, en el sentido de una participación delictiva. Por lo tanto, debe reunir todos los elementos exigidos para ella: dolo; carácter directo, concreto, idóneo; empleo de cualquier medio (por escrito, con imágenes, verbalmente, etc.). Luego, no debe bastar la mera sugerencia de abandono colectivo, sino ésta debe ser seguida por los destinatarios de la incitación. De esta manera se limitan también los alcances de este tipo penal tan amplio.

557. Sobre esto y la jurisp. española correspondiente, FELJÓO SÁNCHEZ, p. 711 y s. Destacan las discusiones parlamentarias para la inclusión de este elemento, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1794; Carlos MIR, p. 98. MUÑOZ CONDE exige, a pesar de todo, una interpretación correcta para no prohibir el derecho de huelga de los funcionarios, sino solamente "determinadas extralimitaciones" en el ejercicio del derecho; p. e., p. 858.

558. Cfr. Carlos MIR, p. 97 y s.

No es típica la conducta incitadora dirigida hacia funcionarios que tienen derecho a la huelga. Y en este caso, también hay que observar si en el caso concreto, se habían dados los elementos requeridos para una huelga legítima. En otras palabras, la "incitación" debe dirigirse a un abandono colectivo de la función pública, que sea "manifiestamente ilegal".

A diferencia del tipo penal español (art. 409 C.P. 1995), el tipo penal peruano, no exige la comisión conjunta de este delito ni tampoco diferencia la punibilidad de las diferentes personas que participan en la incitación u organización del abandono colectivo⁵⁵⁹. El legislador penal peruano nuevamente peca aquí de sobrerrepresivo y desproporcionado. Más grave es la conducta organizada para el abandono colectivo ilegal del trabajo que la actividad de un solo individuo. Y no es lo mismo un mero acto de incitación que uno decisivo de organización o dirección.

— ABANDONO COLECTIVO DE TRABAJO. El tipo penal parece no exigir el *abandono efectivo* por parte de los funcionarios incitados. Pero si se interpreta el elemento "incitación" en el sentido arriba indicado, éste será necesario, pues la tentativa solamente es punible cuando ha conseguido el resultado que se esperaba. Además, el abandono producido debe ser "generalizado y mayoritario", pues solamente así podría hablarse de un "abandono colectivo"; no es necesario el abandono de funciones de todos los trabajadores⁵⁶⁰.

El tipo penal no exige aquí una determinada cualidad de las funciones públicas abandonadas, ni tampoco, como en el supuesto anterior, que se "cause daño al servicio". Pero si bien el primer

559. Ver en MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1795.

560. Así también MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1795.

elemento no puede ser agregado interpretativamente (el tipo penal se refiere evidentemente a cualquier función pública), el segundo sí, pues este tipo penal del segundo párrafo del artículo 380 está relacionado con el "abandono de funciones" del primer párrafo, tal como ya se vio para el sujeto activo. Luego, se precisará que el abandono incitado, *sea idóneo para causar un daño al servicio*.

— TIPO SUBJETIVO. Se exige *dolo directo*, pues la conducta incitadora busca que los funcionarios abandonen el trabajo⁵⁶¹. En realidad, como se trata en realidad de una "instigación", aunque relativa a una figura penal independiente (el abandono efectivo), debe contener un "doble dolo": el dolo referido a la propia conducta y el dolo referido al abandono colectivo por otros.

La TENTATIVA debe ser posible cuando, pese a la idoneidad de la incitación, no se llega a la producción del abandono colectivo⁵⁶².

Entender que el tipo penal sería de "emprendimiento" (que baste la mera incitación, no seguida luego por los funcionarios) sería cuestionable desde la perspectiva del principio de lesividad.

Es posible la PARTICIPACIÓN en este delito, pero solamente en cuanto a los actos de "incitación"; el *tomar parte en el abando-*

561. En el mismo sentido, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 150; 2.ª ed., p. 178 (donde alude a la semejanza de la figura con la "inducción"), 180, 3.ª ed., p. 210; Carlos MIR, p. 98.

562. También en España se considera que es posible la tentativa del delito previsto en el artículo 409 del C.P. español de 1995, pero bajo el entendido de que el tenor literal exige la producción del abandono colectivo como resultado típico: "... promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal..."; ver FELIJO SÁNCHEZ, p. 712, Carlos MIR, p. 97. Para el Perú Fidel ROJAS parece considerar que teóricamente sí sería posible la tentativa antes de la recepción de los actos de comunicación incitadores, aunque no concede relevancia práctica a estos casos: 1.ª ed., p. 150; 2.ª ed., p. 180, 3.ª ed., p. 211.

no colectivo no puede constituir participación de este delito. Precisamente aquí parece haber un vacío. El tipo penal peruano no prevé como figura delictiva independiente el tomar parte en un abandono colectivo de trabajo manifiestamente ilegal⁵⁶³. Por cierto que sería exagerado sancionar la participación en cualquier abandono colectivo de funciones públicas. Pero cuando se toma parte en el "abandono colectivo" en un "servicio público esencial" causando "perjuicio" para éste, puede hablarse de un grave atentado contra el funcionamiento de la Administración Pública⁵⁶⁴. Para estos casos, los participantes del "abandono colectivo" podrían ser sancionados por separado como autores, cada uno de ellos, de "abandono individual de la función pública" según el primer párrafo⁵⁶⁵.

En cuanto a casos de "participación" en estos delitos, se suele admitir la "incitación de la incitación"⁵⁶⁶, aunque habría que preguntarse si ésta no es en realidad ya una "incitación" por sí misma.

3.1.7 Nombramiento ilegal (art. 381)

Artículo 381.- El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa.

El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales, será reprimido con la misma pena.

563. También observa esto ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 148; 2.^a ed., p. 178, 3.^a ed., p. 208.

564. Sobre esta figura prevista en el C.P. español de 1995 ver FELJÓO SÁNCHEZ, afirmando la legitimidad de esta figura, p. 713; Carlos MIR, p. 98 y s.

565. Igual solución en Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 150; 2.^a ed., p. 180, 3.^a ed., p. 211.

566. ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 150; 2.^a ed., p. 180, 3.^a ed., p. 211.

La fuente debe haber sido la argentina (art. 253) y la española del C.P. derogado (art. 382).

Esta figura corresponde más bien a un caso específico de "prevaricación de funcionarios" que, como tipo genérico, no existe en nuestra legislación penal vigente, aunque sí existía en el C.P. de 1924 (art. 354, segundo párrafo)⁵⁶⁷.

La doctrina española actual sobre el tipo penal similar (art. 405 C.P. de 1995) entiende que para la tipicidad penal no basta con nombramientos derivados de resoluciones con poder decisorio⁵⁶⁸; para atentar penalmente contra el bien jurídico, la "ilegalidad" del nombramiento tiene que, además, referirse a contradicciones "groseras" del ordenamiento jurídico en relación con la importancia funcional del cargo y en violación del *principio de mérito y capacidad* para el acceso a la función pública⁵⁶⁹. Efectivamente, en ambas figuras típicas se trata de proteger estas *garantías*, además, de preservar la *legalidad en la actividad funcional de los funcionarios*⁵⁷⁰.

567. En España se dice por eso que la naturaleza de esta figura es la de constituir una "cuasi-prevaricación" y por eso se la ubica actualmente dentro del capítulo destinado a la prevaricación de funcionarios (arts. 405 y 406); ver c. ref. en Carlos MIR, p. 81.

568. FELJÓO SÁNCHEZ, p. 710.

569. Cfr. FELJÓO SÁNCHEZ, p. 710 y s., c. más ref.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1728 y s.; c. más ref., también en el fondo Carlos MIR al referirse a la "organización interna" de la administración, p. 81. Aunque este principio del "mérito y capacidad", a diferencia del artículo 103, tercer párrafo de la Constitución española, no está previsto expresamente en nuestra Constitución, ello debe derivarse del principio superior no escrito de "eficiencia" en el funcionamiento de la Administración Pública.

570. La referencia adicional al "prestigio" (p. ej. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 154; 2.ª ed., p. 184, 3.ª ed., p. 214) no armoniza, en cambio, con una moderna concepción de bien jurídico.

Debido a la relación algo lejana con la "pureza de la función ante los ciudadanos" (relación externa), una parte de la doctrina exige que esta figura sea descriminalizada; la mera afección a la "organización interna" de la administración no alcanzaría suficiente lesividad y atentaría contra el principio de ultima ratio, además, de existir el peligro de identificarse con las sanciones disciplinarias internas⁵⁷¹.

Los elementos típicos del NOMBRAMIENTO ILEGAL (art. 381, primer párrafo) son:

— SUJETO ACTIVO. Solamente puede tratarse de un funcionario público. El tipo penal no exige nada más, pero la práctica exigirá que se trate de un funcionario facultado para efectuar nombramientos, pues en caso contrario estaría cometiendo usurpación de funciones⁵⁷². Esta *competencia funcional* debe ser una competencia "general" o "abstracta" para efectuar nombramientos; no es necesario que el "funcionario" sea "específicamente competente" para el nombramiento en cuestión de la persona, pues de exigirse esto el tipo penal sería inaplicable (de esto precisamente trata el injusto penal: el nombramiento fue ilegal, pues el funcionario no debía efectuarlo según las leyes)⁵⁷³.

— HACER UN NOMBRAMIENTO. El "nombramiento" consiste en la designación para un cargo público de una persona determinada. El nombramiento tiene que cumplir con las formalidades previstas en la ley y seguir determinados pasos previos: propuesta, concurso, nombramiento, entrega de posesión.

Visto esto así, se nota que nuestro tipo penal no contiene todas las modalidades posibles. Solamente se tipifica la conducta

571. Así, c. más ref., Carlos MIR, p. 82.

572. En este sentido, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 154; 2.ª ed., p. 184, 3.ª ed., p. 214.

573. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, c. más ref., en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1783; con jurisp. española, Carlos MIR, p. 82 y s.

del funcionario que " nombra", mas no la de quien " propone" y " da posesión" a sabiendas de la ilegalidad del nombramiento, modalidades que sí son punibles según el tipo penal español del artículo 405⁵⁷⁴. La primera de las conductas (la "proposición" ilegal") podría ser considerada como "participación" del delito de "nombramiento ilegal", si éste llegara a concretarse; pero la segunda modalidad ("dar posesión" dolosamente) no sería punible en ningún caso, pues no puede ser vista como participación del hecho principal (el "nombramiento") por haberse éste ejecutado con anterioridad.

— CARGO PÚBLICO. El nombramiento debe ir referido a cargos que involucren funciones públicas. Es impune, mediante este tipo penal, el nombramiento para funciones o actividades privadas, aunque puedan resultar aplicables otros tipos penales: "abuso de autoridad" (art. 376), "fraude a la administración" (art. 387), eventualmente "estafa" (art. 196)⁵⁷⁵. P. ej., si el funcionario contrata con una empresa, sin cumplir con los requisitos legales, la realización de una obra pública, podría haber "fraude a la Administración Pública" (art. 384). Y si se nombra para un alto puesto al interior de una empresa a una persona que no reunía las cualidades mencionadas en su *curriculum*, podría haber un delito de "estafa" (tentada o consumada, según el caso) e incluso uno de "falsedad documental", si tal *curriculum* contenía documentos falsos o fraudados.

En España, bajo la vigencia del artículo 382 del antiguo C.P. que tenía una redacción similar al tipo peruano ("...para cargo pú-

574. Sobre estas otras modalidades ver p. ej. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, quienes hacen un análisis de las leyes administrativas que regulan el procedimiento para el "nombramiento" de funcionarios públicos en España, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1783 y s. Ver también Carlos MIRA, p. 83.

575. Así también MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1785; Carlos MIRA, p. 85.

blico...”), se discutía antes sobre si el cargo público al que nombraba el sujeto activo debía ser “de carrera” o “interino”. Para algunos, solamente había delito en el primero de los casos, pero no en el segundo, pues el nombramiento de estos últimos no sería tan “grave” debido a su “provisionalidad”. En la actualidad, debido a los cambios de redacción en el nuevo tipo penal español del artículo 405 (“...para el ejercicio de un determinado cargo público...”) domina la doctrina que considera todos los casos de nombramiento ilegal para desempeñar una función pública dentro del tipo penal⁵⁷⁶. Parece ser posible aplicar la doctrina española antigua en el caso peruano, pues de esa manera se podría limitar la aplicación del tipo penal a los casos más graves: los de nombramientos para el ejercicio de una función pública con carácter definitivo. Esa restricción también debe haber sido la intención del legislador, el cual no prevé específicamente otras modalidades posibles del delito (propuesta y otorgamiento de posesión).

— ILEGITIMIDAD DEL NOMBRAMIENTO. El tipo penal vincula la ilegitimidad del nombramiento con la falta de cumplimiento de requisitos legales en la persona del nombrado mismo; p. ej., la falta de título profesional. No es ilegítimo el nombramiento “injusto” en el sentido que, entre varios postulantes, se escoja a quien sea el menos idóneo. Aquí solamente sería aplicable el tipo de “abuso de autoridad”. Por eso la doctrina española exige que para la aplicación del tipo penal no baste con el incumplimiento, en general, de las leyes que regulan el ingreso a la carrera administrativa de funcionarios públicos, sino que se incumplan *requisitos esenciales*⁵⁷⁷. P. ej., no debe haber tipicidad penal si entre los documentos

576. En este sentido, c. más ref., VALEJJE, *Reflexiones*, p. 448, nota 23; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1785.

577. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, siguiendo la solución de MIR PUIG, Santiago, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1786.

presentados por el candidato no figuraba un documento esencial, pero existente en ese momento, y éste fuera presentado recién después de efectuado el "nombramiento". Estas conductas, a lo mucho, solamente deberán tener efectos administrativos. Otro sector limita la aplicación del tipo penal en aquellos casos en que el incumplimiento de requisitos equivalga a un acto "no subsanable" (que conlleve nulidad y no solamente la anulación posterior o incluso ni siquiera ésta)⁵⁷⁸.

— TIPO SUBJETIVO. El tipo penal exige "conocimiento de la ilegitimidad" del nombramiento, además de los otros elementos. Es discutible el *dolo eventual*, pero admisible en aquellos casos en los que el funcionario dudaba sobre el cumplimiento de los requisitos legales para el nombramiento⁵⁷⁹. Lo que no exige el dolo es que el sujeto actúe a sabiendas de la "injusticia" del nombramiento; solamente necesita conocer la "ilegalidad"⁵⁸⁰.

Un ERROR DE TIPO es posible. P. ej., cuando el funcionario se equivocó sobre el cumplimiento de un requisito para el nombramiento (el nombrado le presentó un título profesional falsificado).

El tipo penal es de "resultado", pues se exige que se lleve a cabo un "nombramiento" efectivo. Luego, la consumación se dará cuando se oficialice el nombramiento siguiendo las formalidades legales; la tentativa es posible en una etapa anterior⁵⁸¹.

578. Carlos MIR, p. 85 y s.

579. En este sentido, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1788; Fidel ROJAS con el argumento de que el tipo penal no ha incluido el elemento intención ("a sabiendas"), 1.ª ed., p. 155; 2.ª ed. p. 185, 3.ª ed., p. 216.

580. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1786.

581. Igual, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 155; 2.ª ed., p. 186, 3.ª ed., p. 217.

AUTOR solamente puede ser el o los funcionarios encargados del nombramiento. Otros funcionarios pueden ser partícipes del mismo delito ("unidad del título de imputación"). Los "nombrados" son "partícipes necesarios", pero a ellos no va dirigido el tipo penal de "nombramiento", sino el siguiente de "aceptación"; luego, ellos no pueden ser partícipes del delito de "nombramiento ilegal", sino, cuando reúnan los requisitos típicos, "autores" del delito de "aceptación de nombramiento ilegal" (sobre la "participación necesaria", en general, ver 1.3.2).

Es posible que se produzca una CAUSA DE JUSTIFICACIÓN en relación con estos delitos. Así, puede discutirse que ante una necesidad urgente de cubrir una función pública sea admisible el "estado de necesidad"⁵⁸², pero esto solamente se producirá en casos excepcionales y no siempre que haya "necesidad de personal".

En el caso de la ACEPTACIÓN DE NOMBRAMIENTO ILEGAL (art. 381, segundo párrafo) hay elementos similares (y similares lagunas), aunque un diferente sujeto activo.

— SUJETO ACTIVO del delito puede ser cualquier persona que acepta el nombramiento ilegal. Puede tratarse de un particular, pero también de alguien que ya era funcionario público y que acepta ahora el nombramiento para una función pública distinta; p. ej., un ascenso, un cargo político de mayor jerarquía.

Se trata de un tipo penal de "participación necesaria", pues no existiría punibilidad por la mera "aceptación", si no hubiera previamente un funcionario público que dolosamente haya hecho el nombramiento ilegal.

582. Así, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 156; 2.ª ed., p. 186, 3.ª ed., p. 217; Carlos MIR, p. 87. Este último autor solamente admite el estado de necesidad cuando la ilegalidad se basaba en el incumplimiento de un requisito, mas no de uno básico, en el nombrado (p. ej. título de doctor).

Este elemento demuestra, una vez más, la relatividad de la denominación "delitos cometidos por funcionarios públicos". Y no es que esta tipificación separada sea innecesaria. Aquí también existe un atentado contra el bien jurídico tutelado correctamente entendido⁵⁸³ que era preciso prever de manera expresa, pues de no haber sido así, no hubieran bastado las reglas sobre la "participación" en el hecho punible del funcionario. Incluso si se admitiera la punición del "partícipe necesario" mediante la tesis del "aporte mínimo" (ver 1.3.2), el "nombrado" ilegalmente (pero que actuó dolosamente) hubiera resultado impune como "partícipe" del funcionario que cometió el delito de "nombramiento ilegal" en una serie de casos en los cuales a éste no se le pudiera imputar un hecho punible; p. ej., si el funcionario no hubiera sido punible por haber actuado motivado por un engaño o imprudencia (producidos incluso por el beneficiario del nombramiento ilegal)⁵⁸⁴.

Por lo demás, como ya se viera arriba (1.2), el particular nombrado ilegalmente se convierte en un "funcionario de hecho" (o de facto), con lo cual reuniría la cualidad para cometer cualquier otro delito contra la Administración Pública⁵⁸⁵.

— La ACEPTACIÓN DEL CARGO consiste en la conducta del "nombrado" que muestra su conformidad con el nombramiento, sea por escrito o realizando las conductas destinadas a asumir el cargo. La simple designación, sin pronunciamiento ni actividad

583. No se explicaría esta figura, si se entendiera que el bien jurídico en cuestión es solamente uno relacionado con los "deberes del cargo"; observación de MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1787.

584. Refiriéndose a la discusión española antes del C.P. de 1995, pues el anterior Código no tenía un tipo penal autónomo de "aceptación de propuesta, nombramiento" y "toma de posesión" del actual artículo 406; ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1788. También recientemente, en el mismo sentido expuesto, RUEDA MARTÍN, p. 444 y s.

585. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 839.

del nombrado que indiquen su aceptación, no constituye aún un delito⁵⁸⁶.

Al igual que en el caso anterior, se observan lagunas de punibilidad, pues el tipo se refiere a la "aceptación de cargo" y no más ampliamente, como en el artículo 406 español, a la "aceptación de propuesta, nombramiento o toma de posesión".

El particular que "indujera" al funcionario a que éste lo nombre ilegalmente, no cometerá este delito, sino una "instigación" al "nombramiento ilegal" (primer párrafo)⁵⁸⁷.

— ILEGALIDAD. De manera paralela al supuesto típico del "nombramiento ilegal", la aceptación del cargo debe darse pese a no contar con requisitos legales, es decir, con aquellos que la ley (o cualquier otra norma legal) exigen para el caso concreto. Algunos restringen el tipo exigiendo que los requisitos incumplidos sean "esenciales"⁵⁸⁸.

Por otro lado, al no hacerse remisión expresa al primer supuesto⁵⁸⁹, puede entenderse que está desvinculado de éste. Es decir, no se trataría de un supuesto de participación en el primer delito, sino de un *delito autónomo*. Por lo tanto, la "aceptación" de nombramiento ilegal sería punible, incluso si el funcionario que lo realizó hubiera actuado sin percibir la ilegalidad de tal nombramiento. Considero que esta interpretación es correcta, además de necesaria para cubrir supuestos que de otro modo quedarían impunes debido a la accesoriedad limitada de la participación.

586. Similar, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 160; 2.ª ed., p. 190, 3.ª ed., p. 220.

587. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1787.

588. ÁNGELES GONZÁLEZ/FRISANCHO APARICIO, p. 3229; siguiéndolos, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 160; 2.ª ed., p. 190, 3.ª ed., p. 221.

589. El artículo 406 del C.P. español tiene este inconveniente y lleva a problemas de interpretación; al respecto FEIJÓO, p. 711.

— TIPO SUBJETIVO. Es necesario el *dolo directo*, pues el sujeto activo, por exigencia del tipo legal, debe conocer que carece de los requisitos legales para ser nombrado⁵⁹⁰. No interesa la existencia de dolo en el funcionario que hace el nombramiento ilegal. Para otros es suficiente el "dolo eventual"⁵⁹¹. El supuesto práctico discutible sería aquél en el cual el sujeto dudaba que hubiera cumplido con los requisitos legales. Pero este supuesto debe ser impune; al particular no se le debe imponer el deber de verificar la legalidad del nombramiento; al funcionario sí.

El delito se CONSUMA con la "aceptación" expresa del cargo. Si la ley exigiera determinada formalidad para tal "aceptación" del cargo, esto debe cumplirse para que el delito quede consumado. Antes de esta aceptación no es distinguible algún acto exterior que implique TENTATIVA; ella no es posible⁵⁹².

Es discutible el CONCURSO con el delito de "usurpación de funciones" (art. 361). Podría pensarse que el concurso existiría, pues el sujeto que aceptara el nombramiento ilegal y ejerciera la función, lo estaría haciendo "sin título" en el sentido de tal disposición legal⁵⁹³. Su "título" habría sido nulo desde el inicio y el sujeto lo sabía. Pero debe observarse que las conductas son autónomas, pues se refieren a dos momentos distintos: el del nombramiento y acceso al cargo (aceptación ilegal) y el del ejercicio del cargo (usurpación). Por eso, el sujeto que acepta un nombramiento ilegal y luego ejerce la función habrá cometido el primer delito en "curso real" con la "usurpación de funciones".

590. También MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1788.

591. ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 160; 2.ª ed., p. 190. En la 3.ª ed. admite que, por razones de *ultima ratio* pueda ser debatible la admisión del dolo eventual; ver p. 221.

592. Igual, ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 161; 2.ª ed., p. 191, 3.ª ed., p. 221.

593. ROJAS, Fidel, 1.ª, p. 161; 2.ª ed., p. 191, 3.ª ed., con más fundamentos, p. 222.

La PENA para el que acepta un "nombramiento ilegal" es la misma que para el funcionario que lo efectúa, lo cual es criticable, pues se trata de dos conductas con distinto contenido de injusto.

3.2. LA CONCUSIÓN (ARTS. 382 A 386)

3.2.1 Nociones preliminares

Etimológicamente el término CONCUSIÓN proviene del latín *concussio*, y éste de *concussionis* que significa "conmoción o sacudimiento"⁵⁹⁴. Se origina en la cultura romana durante la República con la *lex Julia* cuando después de grandes anexiones de terreno los funcionarios romanos, aprovechando la distancia y falta de control, comenzaron a quebrantar sus deberes y a enriquecerse ilegalmente. Al principio no había mayor diferencia entre "concusión" y "cohecho", pero conforme se fue perfeccionando la técnica e incrementando la represión (al principio sólo se preveía el derecho de repetición ante estos casos), la distinción se hizo más clara: en la concusión hay una exigencia ilícita y abusiva de parte del funcionario, mientras que en el cohecho, un acuerdo con el particular a cambio de una contraprestación ilícita del funcionario a favor de aquél.

Actualmente, la doctrina sigue el mismo criterio de distinción: la concusión "es una extorsión cumplida por quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo", debiendo la víctima "prestar la cosa que se le exige como exclusiva consecuencia del terror infundido" y "no por otra causa"⁵⁹⁵. Si la otra causa es el propio beneficio del particular, en cuyo caso ya no habría concusión, sino consenso, o sea cohecho.

594. FERREIRA DELGADO, p. 61.

595. FERREIRA DELGADO, p. 62.

En el extranjero no siempre se prevé una figura de "conculsión". Por ejemplo, la legislación española actual (y también la anterior) no tiene dicha figura. En el capítulo "De los fraudes y exacciones ilegales" el C.P. español prevé como delitos los "fraudes en las contrataciones o liquidaciones públicas" (art. 436), las "exacciones ilegales" (art. 437) y la "estafa o apropiación indebida agravada" (art. 438), para los cuales el denominador común es el "fraude" contra la Administración o los administrados, o sea el atentado contra la "corrección en el funcionamiento de la Administración" en el área de las relaciones de contenido económico entre la Administración Pública y los administrados, y el aprovechamiento del cargo u oficio⁵⁹⁶. Este sistema parece coherente, pero es discutible en cuanto a su contenido, en particular en el caso de la "estafa o apropiación indebida" agravada por la cualidad de funcionario público (art. 438). Por lo demás, este sistema no distingue formalmente entre "conculsión" y "exacciones ilegales"⁵⁹⁷; los casos que para nosotros serían de "conculsión" no son punibles por sí mismos, sino recién a través de la figura genérica de "coacciones"⁵⁹⁸.

Para los argentinos, el término genérico se denomina "exacciones ilegales" (arts. 266 a 268), pero mantienen la diferencia básica aunque con una sistemática distinta: una figura básica donde el funcionario indebidamente "exige" o "hace pagar o entregar" (exacciones ilegales: art. 266); una figura agravada por los medios

596. Al respecto, ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 205 y ss. (especialmente 206 y s.); también Carlos MIR, p. 330.

597. Ver sobre los antecedentes de esta situación, ETXEBARRÍA, p. 220.

598. Razón por la cual, un sector de la doctrina reclama la introducción de la figura de "conculsión" en España; al respecto, comentando casos de la jurisprudencia española, OLAIZOLA NOGALES, *Cohecho y amenazas*, p. 425 y ss., p. 470 y s.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1909.

utilizados, uso de "intimidación o invocación de orden superior, etc. (exacción agravada: art. 267) y una figura agravada por el destino de los bienes (concusión: art. 268). El C.P. colombiano de 1980, en cambio, sólo conoce un tipo muy amplio de "concusión" (art. 140 C.P.) que abarca lo que el anterior Código de dicho país de 1936 consideraba separadamente como "concusión propia", "concusión impropia" ("constreñir" o "inducir") y de "exacción ilegal" ("solicitar"). Hasta entonces se seguía la estructura italiana del Código de 1930, que no preveía esta última modalidad⁵⁹⁹.

El C.P. peruano sigue la tradicional sistemática italiana y utiliza la técnica suiza de los proyectos de 1916 y 1918 que distingue entre "concusión básica" y "exacción ilegal", donde la primera debería ser de carácter general y la segunda de carácter específico⁶⁰⁰. Sin embargo, esta relación de lo general a lo específico solamente se da en cuanto al "objeto" materia del delito y al "beneficio personal"; si se tratara en las "exacciones" de un tipo específico, lo normal sería que fuera agravado y no atenuado en relación con la concusión. Por lo demás, ambas figuras tienen en común su unilateralidad y el contenido de "violencia" y "engaño", pero se nota que en las "exacciones" el contenido de "violencia" tiende a disminuir ("exigir" en vez de "obligar"), lo cual explicaría la menor penalidad (la mitad de pena).

En cuanto al resto de figuras punibles incluidas en la sección, resulta criticable la sistemática del legislador peruano⁶⁰¹, pues ha juntado conductas muy distintas bajo el epígrafe confuso de "concusión". Así, la llamada "colusión ilegal" o "defraudatoria" (art. 384) se acerca más a una modalidad de "cohecho", especialmente tras los elementos típicos agregados por el legislador peruano que

599. Ver un análisis de los antecedentes colombianos en MARIÑO MARÍN, p. 29 y ss.

600. ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 173; 2.ª ed. 203, 3.ª ed., p. 234.

601. Ver también la crítica de Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 176; 2.ª ed., p. 196, 3.ª ed., p. 237.

lo alejan de la fuente española. Y también el "patrocinio ilegal" (art. 385) no tiene nada que ver con una concusión o un fraude, pues si bien es unilateral, le falta el elemento del lucro propio o perjuicio para otros.

Además, es criticable que no se prevea, como modalidad de "exacción ilegal", el "solicitar", aunque sí esté prevista más adelante como "cohecho pasivo" (art. 393 y ss.). La modalidad de "solicitar" (sin ofrecimientos a cambio) es, por su naturaleza, propia de las "exacciones ilegales", pues consiste en una conducta unilateral, idónea para el abuso (debido a la investidura del funcionario) e ilegítima *per se* (no está dentro de las facultades del funcionario). Por eso, la introducción de esta figura dentro del artículo 140 del C.P. colombiano fue en su momento celebrada como una conquista⁶⁰².

Ahora bien, al considerar la modalidad de "solicitar" como cohecho pasivo, podría generarse algún vacío, pues la interpretación de esta última figura presupondrá siempre que el funcionario "solicita" para "vender" la función pública. Pero en aquellos casos de "solicitud" simple, sin una contraprestación visible por parte del funcionario, no puede ser aplicable la figura de "cohecho"; debería ser aplicable la figura de "exacciones ilegales", la cual, sin embargo, actualmente no prevé una modalidad semejante. Es cierto que podría interpretarse que la "solicitud" hecha por el funcionario público siempre contendría una "violencia" velada en el sentido de "constreñimiento" o violencia psicológica, pues el solicitado particular está en un plano de dependencia, de subordinación o inferioridad en relación con el funcionario, y que por ello la "solicitud" ya estaría incluida dentro de los casos de "concusión"⁶⁰³.

602. FERREIRA DELGADO, p. 71.

603. MARIÑO MARÍN, p. 33 y ss., criticando por innecesaria la introducción de la modalidad de "solicitar" en el tipo penal colombiano de "concusión".

Pero, por lo menos para el caso peruano, está claro que tal "solicitud" no puede tener un elemento de violencia, precisamente por haber sido prevista de manera expresa como modalidad de "cohecho". Por lo demás, la "simple solicitud" no debe confundirse con los "constreñimientos" o actos que contienen una amenaza implícita. No es lo mismo que el funcionario pida un regalo, sin relacionarlo con su ejercicio funcional, a que lo haga aunque sea de manera implícita (p. ej., retrasando su actividad innecesariamente, dando la impresión de no querer realizarla). El contenido de "violencia" que pueda existir en la mera "solicitud" es, en todo caso, menor que los previstos por los tipos penales de concusión y exacciones ilegales peruanos y, por lo tanto, no solamente debería ser previsto de manera expresa, sino también con una previsión específica de una punibilidad atenuada⁶⁰⁴.

Por último se ha criticado la existencia de la modalidad de "engaño" en las "exacciones ilegales", pues, en este caso, las conductas podrían ser absorbidas ya por otras figuras penales como la "estafa"⁶⁰⁵. Para el caso peruano, incluso habría que tener en cuenta la existencia del tipo penal de "abuso de autoridad innominado" (que no existe en otras legislaciones) que podría ser aplicable en defecto de un tipo penal de "exacciones ilegales" (aunque lo correcto es que desapareciera el tipo penal de "abuso de autoridad innominado"). En cambio, la figura de la "concusión" sí sigue teniendo un injusto penal propio que justifica su presencia autónoma en el Código penal.

604. También admite el menor injusto (y la menor punibilidad) de estas conductas, MARINO MARÍN, p. 37.

605. Así, también para los tipos penales de "exacciones ilegales" del C.P. español derogado y del actual, efectúa esta crítica OLAIZOLA, *Cohecho y amenazas*, p. 452 y s.

3.2.2 El bien jurídico y los objetos tutelados

Se suele sostener que el bien jurídico afectado sería *el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado*⁶⁰⁶. Esta afección resulta, en efecto, particularmente evidente en la concusión: "La sociedad necesita de una Administración Pública equitativa, oportuna y eficaz, y ello sólo se logra por medio de la honestidad de sus empleados"⁶⁰⁷. Pero con ello no se describe aún aquello que es directamente afectado: el objeto del bien jurídico; éste no es igual en todas las figuras previstas bajo el epígrafe de "concusión". Por otro lado, referirse a la "honestidad" aquí y en el caso del "cohecho" solamente tiene que ver con algo de contenido moral y no con un bien jurídico real.

Entre los intereses directamente lesionados, figura, sobre todo, el *patrimonio individual*, el cual es puesto en peligro por varias acciones típicas⁶⁰⁸. Ello es particularmente evidente en los casos en los que hay un elemento de "fraude" (exacciones ilegales, fraude a la Administración Pública), como se destaca en la legislación y doctrina españolas⁶⁰⁹; pero en los que se trata de acciones "violentas" (concusión), se afecta, sobre todo, la *libertad individual* del sujeto pasivo⁶¹⁰. Además de esto, con el abuso de la superior posición que ocupa el funcionario y la especial vul-

606. FERREIRA DELGADO, citando a SOLER, p. 62.

607. FERREIRA DELGADO, p. 62.

608. Así la doctrina española sobre las "exacciones"; ver ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 221; FELJÓ SÁNCHEZ, p. 705.

609. Al respecto ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), p. 221; Carlos MIR, p. 330. También FELJÓ SÁNCHEZ, p. 705 quien se refiere también a la protección del "patrimonio público" en este contexto.

610. La "libre determinación" y el "patrimonio" de los particulares también es destacado (aunque como bienes jurídicos) por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 180 y s.; 2.ª ed., p. 210 y s.; 3.ª ed., p. 241.

nerabilidad del administrado⁶¹¹, aquél infringe la *legalidad del ejercicio funcional*.

Constituye un caso aparte el del "patrocinio ilegal", pues aquí lo único que la conducta del sujeto activo podría realmente afectar sería la "libertad" o "tranquilidad" del ejercicio funcional de otros funcionarios.

3.2.3 Concusión en sentido estricto (art. 382)

Artículo 382.- 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.

El tipo es parecido al artículo 156 del C.P. colombiano de 1936. Para el C.P. argentino de 1921, la "concusión" se desdobra en dos figuras independientes: una "exacción agravada por los medios" (art. 267), cuando se emplea intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial o autorización legítima, y una "exacción agravada por el destino", cuando se busca provecho propio o de terceros (art. 268); el tipo básico es el de "exacciones ilegales" (art. 266) es similar a nuestro tipo penal del art. 383.

Los elementos típicos son los siguientes:

— Condición de FUNCIONARIO PÚBLICO. Es dudoso que se trate de cualquier funcionario público. Dado que más adelante se

611. Esto también lo reconoce ETXEBARRÍA; en ASÚA (comp.), p. 221. Igualmente reconoce que no siempre habrá "engaño" ("apariencia de legalidad"), pues de lo contrario existiría una impunidad intolerable cuando tampoco los hechos pueden subsumirse en el tipo de "cohecho", p. 224.

exige un "abuso del cargo" en el sentido de "abuso de las propias funciones que se tiene", no cualquier funcionario tiene dentro de su cargo la facultad de recibir bienes de parte de los particulares. Por eso se suele admitir que el sujeto activo debe tener cierto "poder de gobierno"⁶¹².

También se suele aceptar que pueda ser sujeto activo el contratista que presta un servicio público manejando bienes del Estado⁶¹³. Pero esto solamente es cierto en aquellos casos en los que la "prestación de servicios públicos", equivale a la prestación de funciones públicas. No lo es, p. ej., en la prestación, bajo concesión de servicios de telefonía, agua, electricidad, transporte, etc.; si lo es cuando se da, a cambio del Estado, una certificación oficial de determinado tipo (p. ej., en la educación, en aspectos aduaneros), etc.

El tercero sólo puede ser partícipe.

— ABUSO FUNCIONARIAL. El tipo peruano se refiere a un "abuso del cargo". En consecuencia, el hecho de que el tipo emplee el término "cargo" y no "funciones" podría indicar alguna forma especial de abuso. Al respecto resulta interesante la doctrina colombiana. El artículo 140 del C.P. colombiano vigente (y del 156 del C.P. anterior) menciona un "abuso del cargo o de sus funciones", debido a lo cual la doctrina colombiana admite que el sujeto activo puede cometer el delito sea abusando del ejercicio de sus propias atribuciones o invadiendo arbitrariamente las funciones ajenas⁶¹⁴. Para la doctrina colombiana habría entonces dos formas

612. En contra, Fidel ROJAS, 1.^a ed., quien admite a cualquier funcionario; p. 181; 2.^a ed., p. 211, 3.^a ed., p. 241.

613. PORTOCARRERO lo excluye; p. 138; en contra y críticamente Fidel ROJAS, quien admite de pleno esta posibilidad; ver 1.^a ed., p. 181; 2.^a ed., p. 211, 3.^a ed., p. 242.

614. Cfr. FERREIRA DELGADO, p. 67; citando jurisprudencia colombiana, MARINO MARÍN, p. 32 y s.

de "abuso" cometido por el funcionario público: en el abuso del cargo, "el empleado público abusa al tiempo del título y su función invade la órbita de otro funcionario", mientras que en el abuso de sus funciones el funcionario, "no abusa de la función adscrita a su título porque hace uso legítimo de su investidura, es decir, se mueve dentro de sus límites, pero sí abusa de la forma o manera de cómo debe utilizar su poder funcional, esto es, abusa de la función adscrita, no del título que ostenta (...)"⁶¹⁵. De similar manera también en Italia (art. 317) una parte de la doctrina entiende que el "abuso de la cualidad o del poder" a que se refiere el tipo penal se refiere a toda actividad del funcionario que implique abuso de funciones específicas (abuso de poder) o de funciones que no tiene (abuso de la cualidad)⁶¹⁶.

Al emplear el término *abuso del cargo*, que es lo más genérico, el tipo penal peruano parece querer comprender todas las posibilidades de abuso de funciones. Y así es como se ha interpretado este elemento en buena parte de la doctrina nacional; el abuso no necesariamente se produciría durante el ejercicio de las actividades funcionariales⁶¹⁷.

615. FERREIRA DELGADO, p. 68.

616. Al respecto, c. más ref., OLAIZOLA, *Cuhecho y amenazas*, p. 444.

617. Esta interpretación también es usada en el Perú por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 183; 2.ª ed., p. 213, 3.ª ed., p. 245; PORTOCARRERO, p. 139 (admite que puede cometer el delito un funcionario en vacaciones o con licencia); y ÁNGELES/FRISANCHO, p. 3235. Según mi interpretación, estos casos que presuponen siempre un engaño y un perjuicio patrimonial, constituirán una "estafa". En la 3.ª ed. Fidel ROJAS critica mi interpretación, la cual no sería abarcada por la norma (p. 244). Pero —tal como se expone más adelante en el texto— el hecho de que el tipo penal no diga expresamente cuál es la naturaleza del "abuso de cargo" no exime de una interpretación teleológica y sistemática; por las razones expuestas (entre otras, el alcance del bien jurídico tutelado y las posibilidades de represión de las demás conductas abusivas del funcionario) creo que mi interpretación sigue siendo válida.

Una interpretación diferente es ofrecida, sin embargo, por la doctrina argentina basándose en los tipos penales argentinos de "exacciones" y de "exención agravada por el destino" del artículo 268 (este último es denominado allá "concusión"), los cuales se refieren al "abuso del cargo". Esta expresión es entendida restrictivamente en el sentido de "abuso de las propias funciones que se tiene". Cuando se abusa de funciones ajenas, entran a tallar otros delitos contra la Administración Pública (usurpación de autoridad) o contra la propiedad (estafa)⁶¹⁸. Ejemplo: el policía que exige impuestos. Por el contrario, sí comete exacciones ilegales el recaudador de impuestos que exige sumas mayores o inexistentes.

Esta interpretación (basada en doctrina argentina) parece ser la interpretación más acorde con el bien jurídico protegido en todo este capítulo, pues (dejando de lado la protección de algún "prestigio") el abuso fuera de las propias funciones del sujeto activo no tiene que ver directamente con un atentado del propio funcionario contra el funcionamiento de la Administración Pública distinto de lo que ya se ha previsto como "usurpación de funciones"; esto constituye un atentado contra otros bienes jurídicos. En igual sentido se pronuncia la moderna doctrina española sobre las "exacciones ilegales"⁶¹⁹.

Debe entenderse, pues, el concepto "abuso del cargo" en el sentido de una *conducta infractora de las normas que regulan las facultades y límites de la función específica del funcionario*.

— OBLIGAR O INDUCIR. Según el tipo penal peruano, las acciones típicas consisten en "obligar" o "inducir" a un tercero. Esta descripción es similar a la empleada por C.P. colombiano de 1936: "constreñir o inducir" (el C.P. de 1980 agrega a estas la mo-

618. Ver CREUS, p. 391.

619. ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), p. 222.

alidad de "solicitar"). El "exigir o hacer pagar o entregar" del artículo 266 del C.P. argentino en la figura genérica de "exacciones ilegales" implica, en cambio acciones menos graves similares a las "exacciones ilegales" del C.P. peruano, mientras que el tipo agravado del artículo 267 (usar "intimidación o engaño") sí es equivalente al peruano.

OBLIGAR es sinónimo de "constreñir" y significa compeler por la fuerza a otro para que haga o ejecute algo, sin llegar a una violencia o amenaza en el sentido de la "extorsión" (art. 200). La doctrina colombiana suele identificar el "constreñir" de la concusión con la "violencia" común⁶²⁰. Pero esto es erróneo, pues lleva a confundir la figura con la "extorsión": tiene que haber, por lo menos, una diferencia de grado entre el "obligar" de la concusión y la "violencia o amenaza" de la extorsión. En realidad, la diferencia está en que la intimidación de la concusión es aquella que implica "el anuncio del sufrimiento de un perjuicio derivado de un acto de poder de la autoridad"⁶²¹. Es decir, se trata de una amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la propia Administración Pública (no expedir una resolución, dar un contenido distinto a la resolución, demora, etc.) y no de cualquier otro perjuicio común (daños a la propiedad, lesiones, muerte, privación de la libertad, etc.). No se requiere "expresión física" del constreñimiento sobre el cuerpo de la víctima, de sus cosas o de sus demás seres queridos. Tampoco es necesario un "amedrentamiento directo" o un "exigir descarado"; basta que se haga comprender, temer al particular, mediante el poder del funcionario⁶²².

620. FERREIRA DELGADO, p. 69; MARÍÑO MARÍN, p. 31 y s.

621. FONTÁN BALESTRA, p. 311, c. más ref. En cambio, CREUS, siguiendo el tenor amplio de la ley, admite cualquier intimidación idónea; ver p. 399. En el Perú, también identifica el contenido de la "violencia" de la concusión y la extorsión, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 175, 184; 2.ª ed., p. 205, 213, 3.ª ed., p. 236, 245 y s.

622. FERREIRA DELGADO, p. 70.

En este caso de "obligar" no interesa que el sujeto pasivo crea o sepa que los bienes están dirigidos al patrimonio de la Administración Pública⁶²³.

INDUCIR es algo similar a "persuadir" mediante engaño o mentiras. No debe entenderse que es igual al grado de participación de "instigación o inducción". Este engaño también tiene que basarse en una situación referida a la actividad funcional; p. ej., que ha salido una nueva ley que exige el pago de determinados impuestos, o que ha elevado las tasas. En el caso de que el engaño se base en la función que se tiene, se cometerá delito de "usurpación" y eventualmente "estafa". Aunque el término "inducir" se refiere al efecto de una acción típica que no ha sido definida de manera expresa, debe entenderse que este efecto solamente puede ser conseguido, con la misma magnitud de injusto que la primera modalidad (la "violencia" del "obligar"), o sea mediante un "engaño". Iría en contra de una interpretación respetuosa del principio de "proporcionalidad" entender que la "inducción" puede ser lograda, además del engaño, por cualquier otro medio distinto del uso de violencia; p. ej., el consejo, la exhortación, la sugestión, etc.⁶²⁴. Estas conductas, si contuvieran una amenaza velada, o bien encajarían dentro de la primera modalidad de concusión, o, si no contuvieran ninguna amenaza ni engaño, podrían ser subsumidas como "exacciones ilegales" o incluso como "concusión pasiva" (modalidad de "solicitar") o, finalmente, serían atípicas.

623. Distinta es la interpretación argentina, pues en el caso de la "exacción agravada por el destino del tributo" (art. 268) se exige que el "exigir" o "hacer pagar o entregar" del tipo básico se refiera a bienes que luego son "convertidos" en provecho propio o de terceros; lo cual supone que inicialmente dichos bienes fueron captados para la Administración Pública; ver CREUS, p. 401 y s. Pero esto, en realidad, se asemeja más a una exacción básica seguida de un peculado.

624. Así en la doctrina italiana; ver referencias en OLAZOLA, *Cohecho y amenazas*, p. 445.

Nada impide que la "inducción" se realice por omisión⁶²⁵; así cuando se calla y, según las circunstancias, el silencio es idóneo para llevar a error al administrado. P. ej., si el administrado preguntara si es verdad que los derechos que debe pagar ahora son menores y el funcionario calla mortificado en vez de aclarar que ello no es así, ante lo cual el administrado presume que debe pagar la suma mayor calculada sobre la base de un derecho que ya no existe en tal cantidad.

A diferencia del C.P. colombiano de 1980, no se prevé como modalidad típica el simple SOLICITAR, es decir, el pretender algo sin violencia ni inducción. Pero este caso es más bien una forma de "exacción ilegal" (art. 383), si bien los colombianos lo denominan "concusión impropia", en caso de no aceptación, y "cohecho", en caso de aceptación por parte del solicitado⁶²⁶. Esta modalidad tampoco es abarcada por el tipo penal peruano de "exacciones ilegales", tal como se verá más adelante.

Siguiendo la sistemática de nuestro C.P., cuando la víctima no es engañada ni obligada porque ella voluntariamente paga, previa solicitud del funcionario (hay un consenso entre ambas partes), no habrá "exacción ilegal" (art. 383) por el lado del funcionario, sino, eventualmente, un "cohecho pasivo" (art. 393, etc.) y/o "cohecho activo" en el particular (art. 399).

— DAR O PROMETER. DAR significa entregar, transferir algo a alguien y PROMETER, obligarse a hacer o a dar alguna cosa con contenido económico. En el primer caso hay entrega material inmediata; en el segundo sólo una expectativa de una entrega futura. Lo dado o prometido debe ser una *cosa cierta, tangible, concreta*.

625. También Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 185; 2.ª ed., p. 215, 3.ª ed., p. 247.

626. Cfr. FERREIRA DELGADO, p. 70 y 71.

La PROMESA debe ser *seria*, pero no necesita cumplir con formalidades civiles, ni siquiera que se dé por escrito. No importa si la promesa deviene imposible, pero si el funcionario sabía que la promesa era imposible de cumplir, no puede haber tipicidad de la conducta; podría discutirse si aquí todavía existiría alguna posibilidad de aplicar el tipo de coacciones (art. 151).

— BIEN O BENEFICIO PATRIMONIAL. Podría parecer que el tipo penal peruano no exige algún valor económico en el bien dado o prometido, si se entendiera que cuando se refiere a un "bien o beneficio patrimonial", el adjetivo patrimonial solamente se referiría al "beneficio" y no al "bien".

El C.P. colombiano menciona al "dinero u otra utilidad"; el C.P. argentino (art. 266) a una "contribución, derecho, dádiva o mayores derechos". Por ese motivo queda claro allí que se trata siempre de bienes con contenido patrimonial⁶²⁷.

No obstante, si se lee bien, debe entenderse que la disyuntiva busca una analogía entre "bien" y "beneficio patrimonial". Luego puede entenderse que el "bien", materia de la concusión, debe tener un *valor patrimonial*. Con ello se trata de "dinero", "título valor" o cualquier otro provecho, beneficio o goce de contenido económico, e incluso derechos sobre las cosas⁶²⁸. No es lo mismo que la simple "utilidad" del C.P. colombiano vigente, para la cual bastaría "cualquier ventaja para el patrimonio o para la personalidad"⁶²⁹. Ejemplo: dinero, promesa de empleo para un pariente del funcionario, un reloj, un viaje al Caribe, etc.; no lo sería un favor sexual. En este último caso, si la amenaza es grave, habría violación (art. 170) o coacción (art. 151).

627. CREUS, p. 393.

628. También en este sentido Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 186; 2.^a ed., p. 216 y s., 3.^a ed., p. 248 y s.

629. FERREIRA DELGADO, p. 73.

El C.P. español tiene tipos específicos para los casos en los cuales el sujeto activo exige favores sexuales (arts. 443 y ss.). Un tipo penal específico en este sentido sería indispensable en algunos casos donde el administrado ha sido víctima de tal abuso, sin que pueda ser aplicable un tipo penal referido a la libertad sexual (cuando la "obligación" o la "inducción" del sujeto activo no son suficientes para configurar tales tipos penales); además, aquí lo sustancial es el abuso funcional, unido al atentado contra la libertad sexual⁶³⁰. Si es posible, aunque parece ser muy benigno aún (la pena máxima resultante sería de 3 años), aplicar el tipo penal genérico de "coacciones" (art. 151) con la agravante genérica del artículo 46-A (funcionario público prevaleciéndose de su cargo).

— PROVECHO PROPIO O DE UN TERCERO. Este elemento ha constituido tradicionalmente la diferencia básica con las "exacciones", en donde siempre se exigía un provecho a favor de un tercero: la propia Administración Pública. En la "concusión" no; el provecho solamente iría dirigido al mismo funcionario o a otra persona natural o jurídica distinta de la Administración Pública.

Pero, como el tipo penal peruano no hace distinciones, el "otro" podría entenderse también como la propia Administración Pública⁶³¹. Desde la perspectiva del bien jurídico parece ser esto

630. En este sentido, FEIJÓO, p. 732; ver también sobre este tipo penal, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1918 y s.; Carlos MIR, p. 374 y ss.

631. Entiende tácitamente que el "otro" no es la propia Administración Pública, porque cuando analiza el elemento solamente se refiere a personas individuales, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 187; 2.ª ed., p. 217. Más explicaciones se encuentran en la 3.ª ed., donde, sin embargo, parece atribuirme una decisión definitiva a favor de la inclusión de la "Administración Pública" en el concepto de "otro" (p. 249). Ello no es, sin embargo, así, pues más adelante en la primera edición (y también en ésta) asumo los argumentos en contra y declaro la situación como "discutible", además de sugerir una modificación legislativa (ver 1.ª ed., p. 247 y s.).

razonable, pues si se quiere el correcto funcionamiento de la Administración Pública, los únicos beneficios que el funcionario podría exigir son los previstos en la ley y en la forma que ella señala. Además, debe observarse que el tipo de "exacciones" del artículo 383 contiene el vacío de no prever la entrega de dádivas a favor de la Administración Pública (al respecto ver *supra* 3.2.4), lo cual podría ser perfectamente cubierto por el tipo de "concusión" en los supuestos más graves. Ejemplo: el Policía que obliga o induce al particular a efectuar donaciones a su repartición (máquinas de escribir, computadoras, padrinzagos, etc.).

Ahora bien, hay que admitir que esta interpretación no deja de ser forzada. Por un lado, puede ser discutible que el "otro" favorecido por un delito de "concusión" pueda ser la Administración Pública, pues si el legislador hubiera querido que sea así lo hubiera dicho expresamente. Tampoco en otros contextos el elemento "otro" puede lógica y razonablemente incluir a la Administración Pública; p. ej., el "otro" del "peculado" (art. 387) el "tercero" en el "tráfico de influencias" (art. 400). Además, se perdería un elemento de distinción entre la "concusión" y las "exacciones".

Pero si no se admitiera la interpretación de considerar la tipicidad de la concusión cuando la propia administración resultara la beneficiaria del delito, con los actos de exigir o hacer entregar "dádivas" sólo podría configurarse el supuesto de "abuso de autoridad" genérico, tal como lo hacía la antigua doctrina colombiana⁶³². Y esto no sería proporcional a la gravedad del hecho, además de que el tipo peruano de "abuso de autoridad" sólo comprende el "extralimitarse en sus propias funciones" y no la comisión de "hechos injustos". Al faltar una "amenaza" suficiente tampoco sería aplicable algún tipo común contra la libertad individual.

632. Al respecto, pero en contra, FERREIRA DELGADO, p. 74.

En resumen, si bien es posible entender que existiría tipicidad de peculado cuando el beneficio que se exige o induce a entregar se destine a la propia Administración Pública, ello es discutible. Sería preferible que el vacío sea llenado legislativamente.

— CARÁCTER INDEBIDO. Según FERREIRA DELGADO, con este elemento se busca delimitar los casos de "abuso de autoridad" de la "concusión", pues en esta última nunca es legítimo el beneficio del funcionario que emplea métodos extorsivos; en cambio, en el "abuso de funciones públicas", habría legitimidad de lo que beneficie al funcionario, pero éste abusa de sus atribuciones (ver *supra* 3.1.2).

Los bienes o beneficios patrimoniales son indebidos por el hecho de que no tienen ningún sustento legal o superan el monto de lo exigido por la ley⁶³³.

En cambio, en el caso de que el funcionario quiera cobrarse deudas personales, la conducta no podrá constituir "concusión", pues la entrega de los bienes sí está sustentada, pero el medio utilizado (la función pública) es abusivo; será aplicable el tipo de "abuso de funciones" (art. 376 C.P.)⁶³⁴.

— TIPO SUBJETIVO. Se exige *dolo directo*, pues el sujeto activo busca el beneficio para sí o para otro. Aunque no se dice expresamente, con esto se incluye en realidad un elemento subjetivo especial: el "ánimo de lucro", pues no puede consistir en otra cosa el conocer y querer un beneficio patrimonial a favor propio o de un tercero.

Para algunos, el tipo penal solamente se referiría a delitos de "mera actividad" donde la TENTATIVA no puede ser posible⁶³⁵.

633. Interpretación similar para el tipo español de "exacciones ilegales" (art. 437 C.P.) que hace esta precisión expresa; al respecto FELIÓ SÁNCHEZ, p. 730.

634. Así, ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 186; 2.ª ed., 216, 3.ª ed., p. 248.

635. FERREIRA DELGADO, p. 76.

Sin embargo, la doctrina argentina, partiendo del tenor literal, hace una distinción: en el "exigir" (similar al "obligar") efectivamente sólo se atisba un delito de mera actividad donde no es posible la tentativa; en cambio en el "hacer pagar o entregar" se exige una conducta positiva de la víctima destinada al pago o a la entrega⁶³⁶. Desde esta perspectiva, sí se admite la tentativa en estos casos, es decir, cuando haya una conducta previa destinada a "hacer pagar o entregar" a la víctima, sin que medie un "exigir u obligar" previo; esto sólo sería posible, precisamente, mediante el uso de un engaño o persuasión ("inducir").

Puede haber CONCURSO con otros delitos, pero no con el "cohecho". El cohecho excluye la concusión y viceversa. En el cohecho, básicamente, se pide algo indebido a cambio de una contraprestación; en la concusión esa contraprestación no es necesaria. Si el funcionario exige lo que no está dentro de sus funciones puede haber "coacción" o "extorsión"; si lo hace mediante engaño, puede haber "estafa". Si el ofrecimiento lo hace libremente el tercero, hay "cohecho activo".

En el caso del "cohecho pasivo" por "solicitud del funcionario" hay más problemas de delimitación, pues aquí, al igual que en la concusión (y también en las exacciones ilegales) hay una conducta unilateral del funcionario público. La diferencia teórica está en la ausencia del "vicio de la voluntad" del particular, pues en la "solicitud" del cohecho pasivo no debe haber ningún elemento de "violencia" o "engaño". El problema práctico se produce de todos modos, cuando el particular ha accedido a una "solicitud" previa del funcionario público o ha tomado la iniciativa, "ofreciendo".

636. CREUS, p. 395. Fidel ROJAS admite la tentativa en ambos supuestos; pues en el caso de la modalidad de "obligar" entiende que la consumación precisa de la entrega del bien o de la prestación efectiva de la promesa; 1.^a ed., p. 187; 2.^a ed., p. 217 y s. 3.^a ed., p. 250 y s.

ante actos de éste que le hicieron temer un perjuicio futuro derivado de la actividad funcionarial. Por eso, la doctrina discute una serie de criterios de diferenciación. En Italia, se barajan, p. ej., varias teorías: el criterio del "temor al poder público" (en el "cohecho" habría una situación paritaria entre las partes, mientras que en la concusión el particular actuaría por temor al poder público), el "criterio de la ventaja" (en la concusión, el particular no trata de obtener beneficios, mientras que en el cohecho sí), el de la "iniciativa" (en la concusión la iniciativa partiría del funcionario; en el cohecho, del particular), etc.⁶³⁷. En realidad, el principal indicio práctico para la diferenciación está en la "iniciativa" del funcionario (en el sentido de una conducta que lleva a un "sometimiento psicológico" al particular) para los casos de "concusión"⁶³⁸. En teoría la distinción es más clara: en el "solicitar" del cohecho pasivo siempre existe una "contractualidad" en el sentido de que el funcionario ofrece algo a cambio; esto es algo que no sucede ni en la "concusión" ni en las "exacciones ilegales".

3.2.4 Exacciones ilegales (art. 383)

Artículo 383.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumento 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.

Son fuentes de este tipo penal, el artículo 266 del C.P. argentino de 1921, el artículo 402 del C.P. español antiguo y el artículo

637. Al respecto, OLAIZOLA, p. 445 y ss.

638. En ese sentido, OLAIZOLA, partiendo de las tesis de PAGLIARO y SEGRETO/DE LUCA, p. 447 y s.

437 del C.P. español de 1995. Se señala también que sería fuente el artículo 277 del proyecto suizo de 1918⁶³⁹, pero no parece ser casual que éste haya previsto elementos adicionales que parecen referirse más bien a una forma especial de concusión (sin "violencia", pero con "propósito de lucro").

Las conductas tienen lugar generalmente con ocasión de la prestación de un servicio público, muchas veces relacionadas con obligaciones económicas⁶⁴⁰. Aquí, a diferencia de la concusión, resalta más la *apariencia de legalidad* y el *fraude de los administrados*, pero pueden darse conductas sin esta modalidad.

Los elementos típicos son:

— SUJETO ACTIVO. Es el "funcionario público", pero necesariamente aquél que tenga dentro de sus facultades una específica destinada a "exigir, hacer pagar o entregar"; basta que haga esto ejerciendo las potestades generales que ya tiene de recaudar de los particulares cantidades exigibles a estos⁶⁴¹. Si el funcionario usurpa la autoridad de otro, allí entra a tallar el delito de "usurpación de funciones"; y si hay perjuicio patrimonial, la "estafa"⁶⁴².

Por otro lado, el sujeto puede actuar de manera "directa" o "indirecta", o sea a través de otros funcionarios o de terceros⁶⁴³.

639. ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 194; 2.ª ed., p. 226, 3.ª ed., p. 260.

640. ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), p. 219 y s.

641. CREUS, p. 396; FONTÁN BALESTRA, p. 309; ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), p. 222; Carlos MIR, p. 343 y s., 345; y en definitiva, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 195; 2.ª ed., p. 227. MUÑOZ CONDE exige que se trate solamente de funcionarios que puedan exigir derecho, aranceles, etc. como forma de pago a su actividad; p. e., p. 878.

642. CREUS, p. 396.

643. Cfr., c. jurisp. española, Carlos MIR, p. 345.

— EXIGIR o HACER PAGAR o HACER ENTREGAR. EXIGIR es reclamar, demandar. No basta con el simple "solicitar", si no hay que "demandar imperiosamente"⁶⁴⁴. Esta modalidad debe significar un menor injusto que el "obligar" de la concusión básica, lo cual se refleja en la menor penalidad de las "exacciones"⁶⁴⁵; el menor desvalor de la acción, en relación con la concusión, puede encontrarse en la "violencia" mínima del "exigir" y en la falta del elemento "ánimo de lucro" de las "exacciones".

Aquí se observa un vacío, pues el mero *solicitar* no puede ser típico de un delito de "concusión" o "exacciones ilegales" y tampoco puede subsumirse como el "solicitar" de un "cohecho pasivo" si no existió un ofrecimiento de una contraprestación por parte del funcionario público. Ciertamente puede argumentarse que el mero "solicitar" contendría siempre una "amenaza velada" por parte del funcionario, debido a la condición especial de éste en relación con los particulares y, por lo tanto, en tal hecho, pese a no darse a conocer ninguna violencia o amenaza explícitas, sería idóneo para producir un "constreñimiento (con lo cual entraría dentro de la modalidad de "exigir" de la concusión o de las exacciones ilegales)"⁶⁴⁶. Pero me parece que esta interpretación no deja de implicar una analogía prohibida, si el legislador hubiera partido de este entendimiento, no hubiera tenido que distinguir entre el "obligar" de la concusión (art. 382) y el "exigir" de las exacciones ilegales (art. 383); además, no podría explicarse un "solicitar" con bilateralidad en el "cohecho pasivo" (art. 393 y 394) si se entendiera que tal acto del funcionario siempre implicara un ejercicio de violencia.

644. CREUS, p. 390.

645. También Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 196; 2.ª ed., p. 228. 3.ª ed., p. 263.

646. Así, MARIÑO MARÍN criticando la "innecesaria" previsión de la modalidad de "solicitar" en el tipo colombiano de "concusión", p. 36 y s.

Para la doctrina argentina, la "exigencia" puede hacerse también de manera implícita⁶⁴⁷. No estoy de acuerdo con esto último; "exigir" siempre es una acción directa; una simple "insinuación" sólo puede ser típica si lleva efectivamente a un pago o entrega, pero en ese caso se habrá realizado el "hacer pagar o entregar" del tipo analizado.

HACER PAGAR implica hacer dar en pago dinero o documentos con poder cancelatorio. Y HACER ENTREGAR es hacer dar algo que cumple una función económica. Ahora bien, esto no dice todavía cuál es el "medio" que deberá utilizar el sujeto activo para "hacer pagar o entregar". Y esto es lo que se suele pasar por alto también en la doctrina. Si en el primer supuesto ya está prevista la modalidad de "exigir", si el uso de "violencia" constituye un mayor injusto previsto para la "concusión", en el contexto de esta modalidad de "exacciones ilegales" solamente habrá lugar para el "engaño". Efectivamente, debe entenderse que la "exacción ilegal", en esta segunda modalidad, se refiere a *conductas engañosas* mediante cualquier acto positivo (que incluye los "actos concluyentes positivos", los que no son propiamente "omisiones"). P. ej., se presenta directamente la acotación falsa, como si fuera verdadera, para que el particular pague supuestos derechos.

El simple aprovechamiento de un error espontáneo del administrado no es típico, pues el tipo exige "actividad abusiva del funcionario con respuestas compulsivas en el sujeto pasivo"⁶⁴⁸. Sólo habría tipicidad si el error hubiera sido provocado por el sujeto pasivo y existiera una entrega de un bien o un pago.

Si hubiera intimidación por amenaza de índole administrativo se configura la "concusión"; si la amenaza llegara a ser violencia, entonces existiría delito contra la propiedad o contra la libertad.

647. CREUS, p. 392.

648. CREUS, p. 392.

— ABUSO DEL CARGO. Igual que en el caso anterior, no se trata de que el funcionario utilice el cargo para cometer cualquier abuso (en este caso: abuso de autoridad o coacción), sino que el abuso se refiera a la actuación del sujeto dentro de sus propias funciones (aunque no sea necesario una función específica referida a la exigencia). Si invocara o simulara funciones que no tiene, puede haber otro delito (p. ej., "estafa"), pero no "exacciones". No se trata, entonces, de un "abuso de investidura" (o sea del simple hecho de ser funcionario público) para engañar al particular y hacerle entregar bienes sin que esto esté exigido por la ley⁶⁴⁹.

— CONTRIBUCIONES O EMOLUMENTOS. Solamente son dos los objetos buscados por el sujeto activo; el C.P. argentino habla de "contribuciones, derechos o dádivas" y es, por lo tanto, más amplio.

El término CONTRIBUCIONES sugiere, en primer lugar, un concepto de Derecho tributario: pago de cantidades exigibles en función de un servicio público prestado por la administración a la colectividad; es decir, el beneficio a cambio del cual se exige la contribución se concreta de manera general y no especialmente en la persona que lo paga. P. ej., la contribución al "Fonavi" (Fondo Nacional de la Vivienda)⁶⁵⁰. Tributariamente, las "contribuciones" deben distinguirse de las "tasas" (las que sí se individualizan en el contribuyente y pueden consistir en derechos, arbitrios y licencias) y de los "impuestos".

Pero el concepto tributario de las "contribuciones" resulta demasiado estrecho y tampoco es obligatorio en el marco penal.

649. Sin embargo, sigue esta interpretación, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 195; 2.^a ed., p. 227, 3.^a ed., p. 262.

650. Resulta curioso que el tipo penal español del artículo 437 del nuevo C.P. excluya a los "impuestos"; sólo se refiere a "derechos, tarifas por aranceles o minutas"; ver al respecto ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), p. 224; Carlos MIR, p. 346.

Tampoco resulta sostenible identificar, sin más, a las "contribuciones" como sinónimo de "tributo"⁶⁵¹. Me parece que es posible en este marco, aplicar la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en el sentido de "cuota o cantidad que se paga para cualquier fin", siempre que se entienda que tal pago es realizado por el sujeto a fin de obtener algo a cambio de la administración. Esta definición incluiría todo tipo de impuestos, contribuciones y derechos; pago de costos judiciales, etc.

En el caso de los EMOLUMENTOS se trata de pagos de cualquier tipo que, a diferencia de las "contribuciones", no se dan a cambio de alguna prestación (directa o indirecta) de la Administración Pública, pero sí son exigibles por ésta según la ley; p. ej., multas, indemnizaciones, sueldos o cualquier otro cobro. La interpretación más restrictiva de este término en el sentido de "honorario, sueldo o remuneración"⁶⁵² queda muy corta, pues no abarca a las multas ni a las indemnizaciones. Nada obliga tampoco a admitir esta última interpretación.

El tipo penal peruano no incluye a las DÁDIVAS como hace el tipo argentino del artículo 266; por eso la exigencia o entrega bajo engaño de estos bienes podría ser considerada impune como delito de "exacciones"⁶⁵³. Éstas consisten en cualquier contribución económica a título gratuito solicitadas a nombre de la Administración Pública⁶⁵⁴ (o sea, la administración no otorga ninguna contraprestación ni tampoco tiene derecho a exigir las

651. En el sentido tributario, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 197; 2.ª ed., p. 229. En la 3.ª ed. es más estricto y rechaza expresamente mi tesis más amplia que incluye incluso a las "multas", ver p. 263 y s.

652. Siguiendo a cierta jurisprudencia nacional, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 197; 2.ª ed., p. 229, 3.ª ed., p. 264 y s.

653. También en este sentido, Fidel ROJAS, 1.ª, p. 196; 2.ª ed., p. 228, 3.ª ed., p. 264.

654. Cfr. CREUS, p. 393.

dádivas). La doctrina discute que las "dádivas" tengan que ser solicitadas siempre a nombre de la administración y no, también, en provecho propio o de terceros⁶⁵⁵.

En el caso peruano, esta discusión pierde importancia, pues si bien las "dádivas" no pueden incluirse como "contribución" o como "emolumento", cuando se dan en beneficio privado ya están incluidas dentro del tipo de "concusión". Sólo quedaría el vacío discutible de las "dádivas" a favor de la Administración Pública, las que, siguiendo la doctrina colombiana, también podrían ser incluidas como "concusión", aunque esto va en contra del carácter del tipo. Ejemplo: policía que pide material de trabajo o un refresco al particular.

— El tipo penal no exige expresamente un BENEFICIO PROPIO, a diferencia de la "concusión". En efecto, al no precisar este elemento podría sobreentenderse que el tipo penal se refiere a un sujeto que no perseguiría nunca este beneficio, lo cual solamente ocurriría en casos de "exceso de celo" del funcionario. Pero esto no es tan exacto. Una cosa es que el tipo no prevea como elemento típico el "beneficio propio" (o para otro) y otra es que, al no preverlo, se deba interpretar que nunca se deba perseguir beneficio propio (o para otro) para incurrir en el delito.

En primer lugar, podría argumentarse que todo dependería de cómo se interpreten los términos "contribuciones" y "emolumentos". En el primer caso queda absolutamente claro que los bienes obtenidos no son en beneficio del funcionario. Las contribuciones de todo tipo que se exijan o hagan pagar o entregar redundan en beneficio de la Administración Pública; si el funcionario se apodera de ellas cometerá "peculado" o "apropiación ilícita", según si tenía función específica de "percibir" bienes para la Administración Pública o no⁶⁵⁶.

655. FONTÁN BALESTRA, p. 307, 308 y 309.

656. Similar, FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 199; 2.ª ed., p. 231, 3.ª ed., p. 266.

En cambio, en el caso de los "emolumentos", como estos, según una interpretación restrictiva, solamente se referirían a "remuneraciones, sueldos y honorarios" podría pensarse que también puede y debe buscarse siempre un "beneficio propio" en esta modalidad⁶⁵⁷. Pero aquí hay que diferenciar dos supuestos:

a) Si la acción se dirige contra particulares, debe entenderse que el tipo penal se refiere siempre a "remuneraciones, sueldos y honorarios" destinados a la Administración Pública. Ello tendría que ser así, pues en una Administración Pública moderna no pueden existir funcionarios públicos que cobren sueldos u honorarios pagados directamente por los administrados. Si, a pesar de todo, estos lo hacen motivados por un error, el funcionario habrá cometido un "abuso de autoridad" y una "estafa". Si el funcionario público "exigiera" en beneficio propio (el "engañar" en beneficio propio es "concusión"), esto o bien sería típico de coacciones, o, si la exigencia incluyera la venta de la función pública, de "cohecho pasivo propio" (art. 393).

b) Solamente se presentaría de hecho un supuesto de "beneficio propio" cuando la conducta del funcionario se dirija contra la propia Administración Pública para obtener de ésta un "emolumento" no debido. Pero el "provecho propio", que de facto se produce, no es elemento del tipo penal que deba ser probado meticulosamente; la conducta podría beneficiar al propio funcionario o a un tercero y aún así será típica. Aquí está claro, por lo demás, que, por su propia naturaleza, los actos que constituyan "exacciones ilegales" en perjuicio de la administración consistirán mayormente en una "acción de engaño". La modalidad de "exigir" no parece ser posible, pues o bien no podría ser idónea por sí mis-

657. Interesante observación de Fidel Rojas, basándose en la jurisprudencia nacional, ver 1.^a ed., p. 198 y s.; 2.^a ed. 230 y s. 3.^a ed., p. 266.

ma (no sería posible "intimidar" al funcionario encargado con una violencia tan mínima), o bien ya constituiría un "engaño" (cuando la exigencia es considerada legítima por el funcionario encargado).

El tipo español sí exige este elemento del provecho propio en su tipo penal de "exacciones ilegales" (art. 437 C.P. vigente), lo que —según la doctrina— acerca este tipo con uno de "conculsión"⁶⁵⁸ inexistente, aunque reclamado en España.

— CARÁCTER INDEBIDO. Las contribuciones o emolumentos no son los que la ley exige en absoluto ("no debidos") o en parte (que "exceden la tarifa legal"). La falta de autorización legal puede ser subjetiva cuando la ilegitimidad provenga de la ausencia de facultades por parte del funcionario, y objetiva cuando el funcionario se extralimite yendo más allá de sus funciones (lo cobrado ya había sido pagado o la víctima debe algo distinto)⁶⁵⁹.

En la jurisprudencia nacional tenemos el caso del cajero de Registros Públicos que cobra 72 en vez de 12 soles (E. S. de 28-01-1998, conforme con el Dictamen Fiscal, Exp. 4722-97, Amazonas)⁶⁶⁰; la exigencia del Subprefecto y el Gobernador a comerciantes ganaderos de un pago de dinero para autorizar el pase del ganado por la zona (E. S. de 08-01-1998, conforme con dictamen fiscal, Exp. N.º 1644-97, Amazonas)⁶⁶¹.

658. ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), p. 225. Antes había doctrina española que entendía como "conculsión" al tipo penal del artículo 402 C.P. español derogado como similar a la "conculsión" italiana (similar, a su vez, a la peruana). Pero como acertadamente destacó OLAZOLA, la verdadera "conculsión" contiene no solamente el elemento abuso de poder por parte del funcionario, sino también un elemento de constreñimiento o inducción que no tenía el tipo penal español del C.P. derogado (ni tampoco lo tiene el nuevo art. 437)

659. CREUS, p. 391.

660. Citada por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 234; 2.ª ed., p. 266, 3.ª ed., p. 308.

661. Citado por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 234; 2.ª ed., p. 266, 3.ª ed., p. 308.

— TIPO SUBJETIVO. El dolo abarca el conocimiento y la voluntad de la actuación indebida (fuera de las exigencias legales) o del exceso. Se discute si esta configuración típica admitiría también al "dolo eventual"⁶⁶². Me parece que no, pues el sujeto no solamente debe conocer el carácter indebido, sino también que está abusando de sus funciones⁶⁶³.

No interesa la motivación del sujeto activo como el querer beneficiar a la Administración Pública, ni tampoco el "ánimo de lucro".

La CONSUMACIÓN es diferente según el verbo rector. En el "exigir" se trata de una "mera actividad" donde no es posible la tentativa, pues con el mero exigir ya se consumó el delito⁶⁶⁴. En cambio, en el "hacer pagar o entregar" se necesita un resultado: la realización en el sujeto pasivo de un pago o de una entrega⁶⁶⁵. Esto sucede comúnmente cuando hay simple "inducción o engaño". Pero si hay una exigencia anterior al acto de engaño, ya se habrá dado la consumación en la primera modalidad.

Puede darse por cierto algún ERROR cuando el funcionario desconoce la ilegalidad de su exigencia (p. ej., no sabía que la ley anterior había sido derogada y ya no debía exigirse el pago de ta-

662. Fidel ROJAS considera suficiente el "dolo eventual", 1.ª ed., p. 199; 2.ª ed., p. 231, 3.ª ed., con más fundamentación, p. 267.

663. También exige "dolo específico", CREUS, p. 397 y s.

664. En este sentido también la reciente jurisprudencia española; al respecto ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), p. 223 y s. Fidel ROJAS sostiene que sería posible la tentativa según las circunstancias de ejecución (p. ej. si se hace por escrito y se envía como carta), 1.ª ed., p. 199 y s.; 2.ª ed., p. 232, 3.ª ed., p. 267 y s. Pero ello no puede ser así, pues no se puede hablar de "exigir" si el destinatario todavía no ha tomado conocimiento de la exigencia.

665. CREUS, p. 395. También Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 200; 2.ª ed., p. 232, 3.ª ed., p. 267.

sas). Este error que afecta a la "conciencia de antijuricidad" es ciertamente un "error de prohibición"⁶⁶⁶, pero dado que también afecta a un elemento del tipo, las consecuencias jurídicas deben ser las del "error de tipo".

En cuanto a las posibilidades del CONCURSO, hay que tener en cuenta varias cosas. En primer lugar, hay diferencia con la "concusión" por la especialidad: en la exacción no hay constreñimiento; sólo se exige o se usa engaño para que otro pague o entregue bienes de carácter económico. Además, en la concusión se exige a título personal (salvo la interpretación que se dé al elemento "otro"), mientras que en la exacción se exige a favor de la Administración Pública.

Con la "estafa" la diferencia estriba en que las "exacciones" constituyen una "tentativa", si se hiciera a través de la modalidad de "engaño" y no se llegara al pago efectivo. Hay un adelantamiento del Derecho penal a favor del patrimonio privado. Si se produjera un perjuicio patrimonial, la "estafa" consumirá, por su gravedad, a las exacciones, pues en caso contrario, el funcionario se vería privilegiado injustamente con la simple aplicación del tipo penal menos grave de "exacciones"⁶⁶⁷.

Con el "cohecho" se distingue por la ausencia de "contratualidad" o, como dice la doctrina española, de "finalidad", pues en la modalidad de "solicitar" en el "cohecho", la conducta del funcionario siempre va unida a un ofrecimiento de venta de la función pública; en las "exacciones ilegales", en cambio, no debe existir esta contrapartida⁶⁶⁸.

666. Así ve las cosas Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 201; 2.^a ed., p. 233, 3.^a ed., p. 269.

667. ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), p. 227.

668. ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), p. 226; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, p. 1907.

3.2.5 Fraude a la Administración Pública o colusión ilegal (art. 384)

Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

Como fuente se tiene el ya derogado artículo 400 del antiguo C.P. español; el C.P. argentino desconoce esta figura. El nuevo artículo 436 C.P. español de 1995 emplea una técnica diferente, pues renuncia conscientemente al sistema de *numerus clausus* (empleado en el C.P. derogado) al describir expresamente las modalidades de contratación pública, ampliando así el campo de acción del tipo⁶⁶⁹.

Por otro lado, hay que decir que aquí se nota la pésima técnica del legislador penal peruano, quien "inspirándose" en distintos modelos extranjeros, los ha incorporado sin ningún análisis previo, simplemente mezclándolos. En efecto, si para tipificar los delitos contra la Administración Pública se seguía, de manera general, el modelo argentino y ya se había previsto bajo el grupo de delitos de "corrupción de funcionarios" a la "negociación incompatible" (art. 397), ¿por qué prever la figura española de "fraudes a la administración" en el artículo 384? Son figuras muy similares y deberían excluirse una a la otra.

669. Al respecto, ETXEBARRIA, en ASÚA (comp.), p. 206, 212 y ss.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1904 y ss.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 877 y s.

El OBJETO del bien jurídico directamente atacado aquí tiene evidentemente un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el *patrimonio administrado por la Administración Pública* en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado⁶⁷⁰. También interesa proteger la *legalidad del ejercicio funcional*. Y por último, como la colusión del funcionario usualmente tendrá por motivación un soborno, también se quiere mantener el *carácter público* de la función.

En cuanto al *nomen juris* de este delito, se ha impuesto en nuestro medio el término "colusión ilegal" en razón de la conducta del funcionario. Sin embargo, si tenemos en cuenta que, debido a las características de la función pública, el funcionario no debe nunca coludirse con los privados, resulta repetitivo decir "colusión ilegal". El mismo argumento es válido para el término "colusión defraudatoria"⁶⁷¹. En cambio, es más descriptivo de la conducta ilícita el elemento fraude, si bien, a diferencia de las defraudaciones comunes (de las que también puede ser víctima la Administración Pública), aquí ella se produce en el marco del desempeño de la actividad funcional. Por eso, siguiendo en algo al Derecho español ("fraudes contra el Estado"), el término más adecuado para denominar esta figura debería ser "fraude a la Administración Pública". Además, el tipo delictivo debería estar ubicado en un título aparte, pues no tiene nada que ver con la "concusión" ni tampoco, en realidad con el "cohecho" (no exige probar una contraprestación al funcionario).

Los elementos típicos son los siguientes:

670. De manera similar se refieren al "acervo público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas", MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1904; Carlos MIR se refiere al "patrimonio público", p. 335.

671. Empleado por Fidel ROJAS conjuntamente con el de "colusión ilegal"; 1.ª ed., p. 176 y 207; 2.ª ed., p. 206, 239, 3.ª ed., p. 237, 277 respectivamente.

— EL SUJETO ACTIVO es un "funcionario público" con la *función específica* de participar en los contratos, suministros o licitaciones en los cuales comete el delito, tanto en el momento de la contratación como en el de la ejecución y ampliación, lo cual deberá determinarse con ayuda de las leyes administrativas que regulen las actividades públicas⁶⁷². Así, si el funcionario cometiera el delito en un proceso de licitación supervisado por otro funcionario (sin conocimiento de éste), no cometerá el delito de "fraude a la Administración Pública", sino el de "usurpación de funciones" del artículo 365 o de "patrocinio ilegal" del artículo 385. No es imprescindible que el funcionario forme parte del ente público al que quiere defraudar⁶⁷³.

Por cierto que este principio es quebrantado luego por el artículo 386, el cual extiende la autoría a los "peritos", "árbitros" y "contadores" particulares, y a los "tutores", "curadores" y "albaceas".

SUJETO PASIVO es, según el tipo penal, "el Estado o entidad u organismo del Estado". Esto involucra no solamente a la administración del poder ejecutivo, sino a todos los demás poderes del Estado y a los otros gobiernos locales y regionales; todos los cuales forman parte de la estructura estatal⁶⁷⁴.

— COLUSIÓN. Se trata aquí de un sinónimo del término *concertación* y consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permita. Esta concertación es en principio lícita, pues ésa es precisamente la función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes. Pero al hacerlo debe defender los intereses de la Ad-

672. Similar interpretación en la doctrina española; ver Carlos MIR, p. 336.

673. Cfr. Carlos MIR, p. 336.

674. Igual, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 210; 2.ª ed., p. 242, 3.ª ed., p. 283.

ministración Pública. Por eso, para ser indebida y penalmente relevante, esta "colusión" debe contener el elemento de "fraude" que se analiza a continuación. Debe constituir una "privatización" de la actividad funcional del sujeto activo; en vez de representar los intereses de la administración, beneficia a los interesados privados y a sí mismo.

Ahora bien, el término "concertación" implica mucho más que "convenio" o "contrato"; para que se dé basta cualquier conducta del funcionario *destinada a* ponerse ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en el contrato o acto que se quiere celebrar o se ha celebrado (lícitamente) con la Administración Pública. P. ej., elevar el precio de la contraprestación privada, aceptar bienes de menor calidad, otorgar un reintegro a los privados, etc.; todo esto, sin que estos beneficios privados estén realmente justificados.

La "concertación" solamente puede realizarse de manera *comisiva*. No es posible una "concertación" o colusión defraudatorias mediante "omisión". La omisión de denunciar actos ilegales de un funcionario colega no es, por sí misma, una concertación; aquí es posible un delito de abuso de autoridad omisivo (art. 377). Pero ese silencio podría constituir un acto concluyente positivo (dejar dolosamente que el otro funcionario realice las actividades ilícitas); en ese caso ya no habrá omisión, sino comisión.

Otras maniobras fraudulentas que no impliquen "colusión" están excluidas del tipo penal analizado. P. ej., es imaginable que el funcionario público, sin concertación con los interesados (o sin que ello pueda probarse) defrauda al Estado. Por eso, el tipo penal español correspondiente, además de la modalidad de "concertación", prevé la de "usar cualquier otro artificio para defraudar al Estado"⁶⁷⁵.

675. Al respecto ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1905.

— En los CONTRATOS, SUMINISTROS, LICITACIONES, CONCURSO DE PRECIOS, SUBASTAS u OPERACIONES SEMEJANTES. Con los términos “contratos” y “suministros” el tipo penal sitúa el *marco* en el cual se va a cometer la conducta defraudatoria del sujeto activo; en última instancia: en cualquier proceso de contratación pública o privada en la cual una de las partes sea cualquier órgano de la Administración Pública, y donde esté involucrado el patrimonio del Estado. P. ej., los contratos de concesión de obras, de gestión de servicios públicos, de realización de suministros.

Al mencionar “licitaciones”, “concursos de precios” y “subastas”, el tipo penal se refiere a “procesos de competencia” reglados, de los cuales va a surgir un contrato entre la administración y el que obtenga la buena pro. Al respecto, debe tenerse en cuenta la “Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado” (Ley 26850) y su Reglamento (D. S. 039-98-PCM y sus modificaciones). Con esto el tipo penal parece querer anticipar la intervención penal a actos defraudatorios realizados *antes* de la contratación misma. No obstante, más adelante, el propio tipo penal delimita la acción típica a momentos que solamente pueden referirse a la contratación misma o a la ejecución del contrato ya celebrado. Por lo tanto, la mención expresa de estas modalidades era superflua.

El tipo se refiere también a *cualquier otra operación semejante*. Con ello alude a actividades que no impliquen “contrato” en el sentido jurídico. P. ej., expropiaciones, diverso tipo de negociaciones internacionales (p. ej., renegociación de la deuda), indemnizaciones, operaciones tributarias, etc.

— DEFRAUDACIÓN. La concertación debe darse de manera “fraudulenta”, es decir, mediante maniobras de engaño, dando la apariencia de actitudes legítimas, ocultando los hechos a la otra parte, etc. El funcionario podrá “concertar” con las partes privadas, si esto corresponde a su función pública; p. ej., cuando hay que renovar un contrato, hacer un ajuste, controlar el ingreso de

los bienes adquiridos, etc. Pero habrá fraude cuando, violando sus deberes, lo hace de manera oculta y perjudicial para los intereses de la administración.

En el fraude se manifiesta el "perjuicio patrimonial" potencial o real para la administración⁶⁷⁶. No puede haber "fraude" si este perjuicio no formara parte de la concertación, por más que ésta sea indebida. Pero esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume. El tipo penal mismo dice que ese "fraude" debe consistir en la concertación ilegal misma; es decir, en la *concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la Administración Pública*. En cambio, en el caso de un abogado, Regidor al mismo tiempo de un Municipio, que recibe el encargo de los personeros legales de este Municipio de llevar un juicio civil de estos por el cual recibió un adelanto de dinero, no puede haberse cometido un delito de "fraude a la Administración Pública", pues no estaba en juego el patrimonio de la administración sino solamente había una celebración de un contrato de servicios profesionales (E. S. de 22-05-1960)⁶⁷⁷. Algo similar ocurriría en el caso del Alcalde y dos Regidores que intervinieron como miembros de una asociación de vecinos en la contratación con empresas privadas para obras de electrificación (E. S. de 31-10-1997, Exp. N.º 3538-96, Lambayeque)⁶⁷⁸, siempre y cuando, por cierto, a través de la contratación no haya efectos para la Administración Pública (p. ej., que ésta haya pagado las obras) y el procedimiento de contratación privada de dichas obras esté permitido por las leyes.

Aunque el tipo penal no lo dice expresamente, la "concertación" efectuada por el funcionario con los particulares interesados

676. Similar hasta allí Fidel Rojas, 1.ª ed., p. 210; 2.ª ed., p. 242, 3.ª ed., p. 281 y s.

677. Rev. de Jurisp. peruana, 1960, Lima, p. 938.

678. Citado por Fidel Rojas, 1.ª ed., p. 234 y s.; 2.ª ed. 266 y s.; 3.ª ed., p. 309.

tiende ciertamente a otorgar un *beneficio propio* al funcionario y a los interesados. Así parece exigirlo también la jurisprudencia nacional, la cual en algún momento ha manifestado que, además de un sujeto activo funcionario público, que actúa por razón de su cargo, en concierto con la parte interesada; también sería un presupuesto del delito el "beneficio propio" (E. S. de 12-05-1995)⁶⁷⁹. No obstante, como esta figura constituye un adelantamiento del Derecho penal en relación con las figuras de "cohecho", el tipo penal no tiene por qué exigir la prueba de este "beneficio propio". Solamente se necesita la prueba de la "defraudación". Luego, habrá delito aun si se comprobara que el funcionario se había coludido a título gratuito con los interesados; o que estos no hubieran ganado económicamente con la concertación ilegal, sino solamente querían evitar pérdidas.

— CONVENIOS, AJUSTES, LIQUIDACIONES o SUMINISTROS. La concertación debe versar sobre lo que se acuerde en el acto jurídico en el que interviene el funcionario. P. ej., el precio o la calidad de los productos, el monto adeudado, las cantidades que deben suministrarse, etc. Pero debe notarse que se trata siempre de colusiones *en un momento en que los privados ya han obtenido la posibilidad de contratar con la administración, o, luego de haber contratado con ésta, están ejecutando o prorrogando el contrato*. Luego, no se trata de los momentos previos a esta contratación, como p. ej., los concursos públicos para contratar, las tratativas previas, etc.

En el caso de las licitaciones, p. ej., el funcionario puede cometer el delito, si durante la suscripción del contrato (después de obtener la buena pro), sin justificación alguna permite cláusulas favorables para el ganador; o después, cuando permite una pró-

679. Citada por ROJAS PELLA, p. 237.

rroga injustificada, o un ajuste ilegal de la contraprestación (p. ej., fingiendo elevación de costos), o una contraprestación de menor calidad que la pactada. O cuando, luego de ganado el concurso público, la empresa realiza suministros de menor calidad o cantidad, a sabiendas del funcionario; p. ej., alimentos descompuestos para la tropa, chalecos antibalas de menor grosor que el pactado (en probable concurso con delitos contra la vida), leche mezclada con harina para un programa de ayuda social (en concurso con delitos contra la salud pública o, incluso, contra la vida), etc.

En la jurisprudencia nacional también se ha aplicado esta figura, aunque con confusiones terminológicas debido a su ubicación como modalidad de "concusión". Así, en una reducción de la renta a un restaurante por el inmueble que ocupa y que es propiedad de la Municipalidad se estimó que no había delito de "concusión" (fraude a la Administración Pública) debido a la existencia de informes previos, de un procedimiento dentro de las facultades del funcionario, de una notificación coactiva posterior y de una falta de perjuicio para la Municipalidad (E. S. de 14-05-1998, exp. N.º 4174-97, Lima)⁶⁸⁰. Otro caso de "fraude a la Administración Pública" (llamada erróneamente "concusión") es el del subdirector de un Colegio nacional que celebra contratos de adquisición de bienes sin convocar a licitación pública o concurso público (E. S. de 15-04-1993, Normas Legales, mes de noviembre 1995, p. J-45); o cuando el Director y el Subdirector de un Colegio nacional no solamente no convocan a licitación para adquirir bienes, sino tampoco supervisan la entrega de los bienes convenidos (E. S. de 18-04-1994, Exp. N.º 143-93, Ica)⁶⁸¹; e incluso el famoso caso de la

680. Citado por Fidel Rojas como caso de "concusión", aunque los hechos se refieren, en sentido estricto, a uno de "colusión" (fraude a la Administración Pública), 1.ª ed., p. 233; 2.ª ed., p. 265, 3.ª ed., p. 307.

681. Citado por Fidel Rojas, como caso de "colusión defraudatoria"; ver 1.ª ed., p. 237 y s.; 2.ª ed., p. 267 y s., 3.ª ed., p. 312 y s.

condonación de deudas al Estado hecha por Ministros mediante Decreto Supremo a empresas que defraudaban al Estado (caso de "La Brea y Pariñas"; E. S. de 15-04-1975)⁶⁸².

— TIPO SUBJETIVO. Se exige *dolo directo*. Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer los elementos "concertar", "ilegalidad" y "fraude"; elementos todos ellos que describen claramente la intencionalidad del sujeto activo⁶⁸³. No es elemento del tipo el "ánimo de lucro" propio o ajeno, aunque normalmente éste estará presente en el sujeto activo y sus colaboradores⁶⁸⁴.

Por esto mismo, y también porque la "concertación" solamente describe una acción positiva, no es posible la modalidad "omisiva"⁶⁸⁵.

Los particulares intervinientes son "partícipes necesarios", cuya conducta por sí sola (o sea por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión) es impune; no pueden ser considerados PARTICÍPES de este delito⁶⁸⁶. Para serlo (al igual que los demás funcionarios intervinientes) tendrían que aportar de alguna manera en la comisión de los hechos delictivos del autor, lo cual parece

682. Rev. de Jurisp. peruana, 1975, Lima, p. 879.

683. Similar, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 214; 2.ª ed., p. 247, 3.ª ed., p. 287 y s.

684. Cfr. Carlos MIRA, p. 340.

685. Inexplicablemente admite Fidel ROJAS la "omisión" con "dolo eventual" en este tipo; 1.ª ed, p. 214; 2.ª ed., p. 247, 3.ª ed., p. 288.

686. El mismo razonamiento en MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA para el tipo español de "fraude a la Administración Pública" (art. 436), criticando la antigua jurisprudencia española que a pesar de todo reprimía de manera atenuada al particular como "cooperador necesario" (complicidad primaria); ver en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1906. La solución que estos autores plantean a la impunidad del particular, a través del tipo penal de "tráfico de influencias", no es aplicable según el correspondiente tipo penal peruano que reprime solamente a quien "vende" la influencia que tiene ante un funcionario, no al que la aprovecha.

ser difícil de constatar a excepción de los actos de "instigación" (si hicieran surgir la idea criminal en el funcionario) que puedan significar un "aporte mínimo" en el hecho principal (ver 1.3.2). Por lo demás, de probarse un acto de "compra-venta" sería posible aplicar la figura de "cohecho activo" en el particular (art. 399).

Por otro lado, la simple calidad de funcionario público y la omisión de denunciar no constituyen por sí mismos delito de "colusión", pero sí podrían constituir un delito específico de "omisión de denunciar" si lo hubiere (en el caso peruano, no lo hay con carácter general).

También en la jurisprudencia nacional se dio el caso de un administrador que no participó ni tuvo poder de decisión alguno en la celebración de un contrato defraudatorio para la administración, sino que éste fue hecho por la gerencia general (E. S. de 20-03-1998, de conformidad con el Dictamen fiscal, exp. N.º 1522-97, Lima)⁶⁸⁷.

Para la doctrina, por lo general, es un delito de "peligro" (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de MERA ACTIVIDAD donde no es posible la tentativa, pues antes de la "concertación" no habría aparentemente nada. El delito se consumaría con la simple "colusión" o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario⁶⁸⁸. Solamente se necesitaría la "idoneidad" del acto de colusión.

687. Citado por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 234; 2.ª ed., p. 266., 3.ª ed., p. 308.

688. Así también en España, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1905 y s.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 878; Carlos MIR, aunque exigiendo un "acuerdo efectivo" para la consumación, p. 337. En cambio, Fidel ROJAS exige la producción del "resultado", ver 1.ª ed., p. 214; 2.ª ed., p. 247, 3.ª ed., p. 288. En su 3.ª ed. critica mi interpretación del tipo en el sentido de uno de "mera actividad" (p. 287, nota 329). Es cierto que puede

No obstante, es imaginable que se den actos previos destinados a llegar a una concertación, que pueden ser abarcados como TENTATIVA; p. ej., el funcionario cita a una de las partes para llegar a un "arreglo" y todos se reúnen en un lugar determinado.

Problemas de CONCURSO podrían producirse en el caso del artículo 241, numeral tres: *fraude en concursos, subastas y licitaciones públicas*. En este supuesto, los competidores, dando una apariencia de estar compitiendo, se coluden e influyen de antemano en el resultado del concurso; y esto lo pueden hacer a sabiendas y con participación del funcionario encargado de controlar el proceso. Sin embargo, si se mira con exactitud, este supuesto es distinto del artículo 384 por el "momento de su realización"⁶⁸⁹. En el "fraude a la Administración Pública" (o "colusión ilegal") el funcionario se colude con las partes que ya han ganado el concurso o contratado con el Estado; en el "fraude de concursos, subastas y licitaciones", el funcionario se colude con las partes antes o durante el proceso previo a la obtención de la "buena pro". No podrá haber concurso entre ambos delitos. Luego, el funcionario que participa en el "frau-

interpretarse literalmente en el sentido de un "delito de resultado" el término "defraudar", pero es posible también (y preferible por política-criminal y por coherencia sistemática en relación con la "estafa y otras defraudaciones) la posición que yo defiendo, la cual se basa en entender —como el tipo dice— que la acción típica, a la cual se dirige el reproche penal, consiste en una "colusión con contenido defraudatorio".

689. Esta característica suele ser pasada por alto en la doctrina nacional que cree posible un concurso entre ambas figuras; ver Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 210 y s.; 2.^a ed., p. 242, 3.^a ed., p. 282 y ss. El tipo penal peruano es distinto de su supuesta fuente española (art. 436 C.P. de 1995), la cual por su descripción típica no limita el momento de comisión de la acción "colusoria" del funcionario público. Así, en cambio, el artículo 400 del C.P. español derogado sí era similar al peruano actual y había sido interpretado también de manera similar a la que doy aquí al artículo 384 C.P. peruano; sobre esto ver ORTOS EN COBO/VIVES y otros, p. 497.

de a la Administración Pública" (art. 241, numeral 3), no habrá cometido delito de "fraude a la Administración Pública", sino el primer delito en grado de participación, además de otros delitos funcionariales como "abuso de autoridad" y "cohecho pasivo"⁶⁹⁰.

Por lo demás, si se comprobara la "contractualidad" y el pago de sobornos con cargo al patrimonio del particular, habrá concurso real con el *cohecho activo y pasivo*; no lo habrá si el pago del soborno se hiciera a la manera de una participación en la ganancia derivada del perjuicio patrimonial de la Administración Pública⁶⁹¹. No podrá haber concurso con la "concusión" o "exacciones ilegales", pues por su propia definición estas figuras precisan unilateralidad y no "colusión"⁶⁹².

Con los delitos de *falsificación documental* puede presentarse el concurso si se empleara una documentación fraguada, y con la *estafa* podría darse algún tipo de concurso, si se llegara por lo menos a la "disposición patrimonial" de la administración (tentativa de estafa) o a la producción efectiva del perjuicio patrimonial (estafa consumada)⁶⁹³.

Es difícil admitir aquí una CAUSA DE JUSTIFICACIÓN propia de estos delitos. Se dice, p. ej., que podría admitirse la "ligereza inexcusable" o la "obediencia debida" en los funcionarios jerárquicamente inferiores⁶⁹⁴. El primer caso no es, sin embargo, ninguna

690. Ver ya antes ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 85 y s., 93 y s.

691. Cfr. Carlos MIR, p. 341.

692. Fidel ROJAS sí admite el concurso; 1.ª ed., p. 216; 2.ª ed., p. 249, 3.ª ed., p. 291.

693. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 878. Se discute si el "concurso" sería un "concurso ideal" o un "concurso aparente de leyes", ver las distintas posiciones en Carlos MIR. Me parece más coherente la tesis del "concurso ideal", pues están involucrados bienes jurídicos distintos.

694. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 215; 2.ª ed., p. 248, 3.ª ed., p. 289 y s.

causa de justificación. La conducta del funcionario es atípica, pues el tipo no prevé las conductas culposas. El segundo supuesto sí podría ser admitido.

La PENALIDAD es considerablemente mayor que en los demás delitos. Ello es comprensible, pues el funcionario público no solamente abusa de sus funciones e infringe las obligaciones propias, sino también tiende a perjudicar patrimonialmente a la administración.

3.2.6 Patrocinio ilegal ante la Administración Pública (art. 385)

Artículo 385.- El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la Administración Pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

Esta figura es novedosa en el C.P. peruano. No existe en la fuente argentina. Probablemente provenga del artículo 321 C.P. brasileño, 324 C.P. italiano, y del artículo 157 C.P. colombiano⁶⁹⁵. Pero el tipo penal colombiano es muy peculiar y más bien se dirige expresamente a patrocinios referidos al ejercicio de la abogacía, la cual está prohibida legalmente en Colombia para cualquier funcionario público⁶⁹⁶. Tampoco existe de manera autónoma en España, pero una nueva modalidad de "cohecho pasivo impropio" del artículo 426 C.P. de 1995 (admitir dádiva o regalo ofrecidos (...) para la consecución de un *acto no prohibido legalmente*) ha sido interpretada en un sentido similar al "patrocinio ilegal", pues podría tratarse de actos lícitos fuera de la competencia del funcionario,

695. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 219; 2.ª ed., p. 251, 3.ª ed., p. 293.

696. FERREIRA DELGADO, p. 160 y s.

pero relacionados con su trabajo (agilización o tramitación en otras dependencias)⁶⁹⁷. Por cierto que la figura española tiene una diferencia decisiva con nuestro "patrocinio ilegal": exige de todos modos un elemento de "compra-venta" de la función pública. Más semejanzas parecen existir con el artículo 441 del C.P. español que, (junto a otros delitos similares a nuestra "negociación incompatible", "abuso de información privilegiada" y a una modalidad de exacción ilegal conocida como "solicitud sexual") integra el grupo de delitos conocidos como "negociaciones prohibidas a los funcionarios". Pero, a diferencia del tipo penal de "patrocinio ilegal" peruano, el tipo penal español es más específico, pues refiere concretamente cuáles son las actividades prohibidas a los funcionarios públicos y, además, solamente se refiere a actividades referidas a funciones donde el funcionario haya ya intervenido o vaya a intervenir en razón de su cargo: la infracción grave a la incompatibilidad del ejercicio funcional con actividades privadas⁶⁹⁸.

El tipo peruano es similar al de las "negociaciones incompatibles" del artículo 397 C.P. Pero el artículo 385 no exige que la acción típica se refiera a la función específica del sujeto activo.

697. Ver c. más ref., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 45, col. izq.

698. En relación con el tipo penal español ver, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, quienes critican la existencia del tipo penal, concediéndole solamente trascendencia administrativa, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1912 y ss.; con una óptica distinta, MUÑOZ CONDE, aceptando la necesidad del tipo penal, pero criticando sus límites por no cubrir los casos de incompatibilidades de la función pública con actividades privadas; ver p. e., p. 880 y s.; de manera similar, CARLOS MIRA, aceptando que aquí, por razones preventivo-generales, se ha elevado a delito una mera infracción administrativa grave con la finalidad de "potenciar el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas", p. 365.

Por otro lado, con el delito de "tráfico de influencias" del artículo 400 del C.P., el "patrocinio ilegal" se diferencia en que en aquel delito el sujeto activo es cualquier persona (no sólo un funcionario público) y existe el elemento del provecho, del ánimo de lucro.

Tanto en el caso peruano como en el argentino se manifiesta aquí la tendencia a proteger el *prestigio* de la Administración Pública⁶⁹⁹. En el caso peruano se trata del "abuso de la condición de funcionario", o —como se dice en la doctrina colombiana, pero en el contexto del delito de "abuso de autoridad"— de un "abuso del cargo", de la "investidura" para defender intereses particulares. No interesa que se haga para conseguir un provecho patrimonial para sí mismo o para un tercero. Tampoco interesa que la intervención busque algo legítimo; p. ej., apurar la resolución de un expediente que se ha excedido en los plazos legales, pues lo único que importa para la tipicidad penal es que el funcionario no use su investidura más allá de lo que le permite la ley.

Ahora bien, dando una reinterpretación a este tipo penal, de conformidad con los principios utilizados en este estudio, hay que intentar ver que aquí el OBJETO del bien jurídico directamente atacado consistiría en el *desempeño de funciones normal, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios*. Precisamente, el elemento "imparcialidad" también destaca en la doctrina española que analiza los ya mencionados delitos de "negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos", pues "se trata de evitar la posible confluencia en el funcionario de intereses públicos y privados que puedan, directa o indirectamente, incidir en el ejercicio de sus funciones"⁷⁰⁰.

699. CREUS, p. 369 y s.; Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 220; 2.ª ed., p. 252, 3.ª ed., p. 294.

700. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1913.

En el mismo sentido, ver también MUÑOZ CONDE, p. e., p. 1880. Nótese que el bien jurídico que se postula también se refiere, en la doctrina española a la

Los elementos típicos son:

— **SUJETO ACTIVO.** Puede tratarse de cualquier funcionario público, pero no de quien desempeña la actividad funcional hacia donde va dirigido el acto de patrocinio. No se precisa que el funcionario posea un conocimiento o profesión y haga uso de estos (p. ej., que como "abogado" defienda a particulares ante otros funcionarios públicos), pues el acto de "patrocinio" no necesariamente consiste en un acto realizado por tales profesionales⁷⁰¹.

— **PATROCINAR.** Este término significa algo más que "interesarse" (art. 397 C.P.). Se exige la verificación de actos concretos ante la Administración Pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, sea que estos actos se realicen de manera personal o a través de cualquier otro medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.). Pero el funcionario deberá haberse identificado como tal; no interesa si la intervención busca algo legítimo o no, sino el "uso indebido" de la "autoridad" que reviste el cargo de funcionario. En el artículo 157 del C.P. colombiano de 1980 se señalan taxativamente las siguientes conductas: "representar, litigar, gestionar o asesorar en un asunto judicial, administrativo o policial". Allá se entiende por "representar" la sustitución de otros en algún asunto ante la Administración Pública; por "litigar", el hecho de abogar, disputar en juicio como abogado o en otras actividades gubernamentales; por "gestionar", la recomendación de manera no contractual, y por "asesorar", lo mismo que aconsejar⁷⁰².

figura conocida en el Perú como "negociación incompatible" (art. 397), donde, sin embargo, la situación es algo distinta.

701. En cambio, ello sí es exigido por una modalidad del artículo 157 del C.P. colombiano; ver en FERREIRA DELGADO, p. 161.

702. Al respecto, FERREIRA DELGADO, p. 162 y s.

Todas estas acciones, menos la de "asesorar" son perfectamente comprendidas por el verbo "patrocinar" que emplea el tipo penal peruano. Efectivamente, ya por la comprensión del objeto de bien jurídico tiene que quedar fuera del tipo la conducta que implica una simple orientación a un particular, un asesoramiento sin intervención ante la Administración Pública⁷⁰³. El simple asesoramiento no perturba aún la libertad de ejercicio del otro funcionario. En cambio, sí existe "patrocinio ilegal" en un Congresista que presiona a un Juez para que resuelva (lícitamente) una causa; o cuando un magistrado superior recomienda por teléfono al inferior para que solucione de determinada manera una causa que se está tramitando en su despacho.

Lo que interesa es que la conducta del funcionario se dirija a otro funcionario buscando influir en éste de alguna manera. Por eso mismo sí tendrían que estar comprendidos dentro del tipo penal la entrega de tarjetas, recomendaciones y presentaciones personales⁷⁰⁴.

Por otro lado, el tipo penal peruano parece referirse a un *patrocinio directo*⁷⁰⁵; pero esto no es tan cierto. El funcionario que pide a una persona distinta (funcionario o no) que acuda ante el funcionario que tiene en sus manos una decisión sobre un particular, ya está patrocinando intereses privados. El tipo penal no exige que el sujeto activo acuda él mismo al funcionario que se quiere influir, sino que se "valga de su calidad de funcionario" para "patrocinar".

703. Igual, Fidel Rojas, 1.^a ed., p. 221; 2.^a ed., p. 253, 3.^a ed., p. 296.

704. En contra Fidel Rojas, con jurisprudencia nacional en este sentido; ver 1.^a ed., p. 221; 2.^a ed., p. 253, 3.^a ed., p. 296. Pero difícilmente parece discutible que el envío de una carta del Vicepresidente de la República a otro funcionario para que este favorezca a una empresa privada en los permisos para operaciones aerocomerciales, pueda subsumirse en el tipo penal.

705. Fidel Rojas, 1.^a ed., p. 221; 2.^a ed., p. 253, 3.^a ed., p. 296.

El concepto de "patrocinio" también engloba los casos de infracción a la *incompatibilidad* de la función pública con actividades privadas, siempre y cuando lleve a actividades de "patrocinio" efectivo; p. ej., si el Juez, ejerce como abogado ante otro Juez de la misma jurisdicción a favor de un privado. La mera infracción a la incompatibilidad que no trascendiera a la Administración Pública sería impune, aunque sí pueda constituir una infracción administrativa, incluso grave. P. ej., los casos de Magistrados que ejercen un negocio privado (art. 146 Const.), Ministros que dirigen empresas privadas (art. 126, último párrafo Const.); médicos de hospitales públicos que paralelamente ejercen en consultas privadas, etc.⁷⁰⁶.

No debe tratarse de intereses propios ni de intereses de la Administración Pública, ni de intereses particulares que el funcionario debe proteger debido en razón del desempeño de sus propias funciones (p. ej., el Defensor del Pueblo; las investigaciones policiales, las Comisiones parlamentarias). En relación con los "intereses propios" hay un vacío a diferencia del tipo argentino.

Como propuesta de *lege ferenda* habría que considerar que debe aclararse que solamente sería delictivo el patrocinio que busca una *actuación ilegal o abusiva* del funcionario que se quiere influir. Los actos que buscaran un acto legítimo del funcionario (p. ej., que se cumplan los plazos legales, que no prevarique, etc.), no deberían constituir delito, sino a lo máximo —como abuso del cargo de poco contenido de injusto— una infracción materia de una sanción disciplinaria. Además, debería precisarse en qué consisten las conductas de "patrocinio".

706. Estos casos necesitan más bien un fuerte control administrativo debido a su creciente incidencia en la Administración Pública ya que son fuente de futuros "tráficos de influencia"; en este sentido MUÑOZ CONDE, p. e., p. 880 y s.

— INTERÉS PARTICULAR. Se discute sobre si el interés patrocinado debe tener carácter económico o no. Para algunos sí debe tener contenido económico⁷⁰⁷. Pero, como observa CREUS, todo interés tiene siempre contenido económico; lo que puede ser diferente es la finalidad que se busca⁷⁰⁸. Y ello es irrelevante. Habría ilicitud incluso cuando se quisiera beneficiar al Estado.

— VALERSE DE CALIDAD DE FUNCIONARIO. Este elemento distingue la "simple intervención" del "patrocinio ilícito". No es lo mismo que el funcionario vaya a preguntar a la mesa de partes de cualquier repartición del Estado a que se presente usando su calidad de funcionario público para, directa o indirectamente, conseguir presionar sobre los demás funcionarios públicos. El funcionario se aprovecha de su calidad de funcionario para tener acceso y, eventualmente, influir o presionar a otros funcionarios⁷⁰⁹.

— DOLO. La descripción típica solamente puede referirse al *dolo directo*⁷¹⁰.

La CONSUMACIÓN se da con los actos de patrocinio, es decir, cuando se produce la intervención del funcionario como parte privada. No es posible la TENTATIVA; se trata de un delito de emprehimiento⁷¹¹.

La OMISIÓN IMPROPIA es posible teóricamente, pero difícil en la práctica por tratarse de las propias funciones, como se cons-

707. FONTÁN BALESTRA, p. 299.

708. CREUS, p. 373.

709. Similar, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 220; 2.ª ed., p. 252, 3.ª ed., p. 294 y s.

710. Fidel ROJAS considera suficiente al "dolo eventual", 1.ª ed., p. 222; 2.ª ed., p. 254, 3.ª ed., p. 297.

711. Fidel ROJAS admite la "tentativa" en los actos que todavía no ingresan efectivamente a la esfera de competencia de la Administración Pública; 1.ª ed., p. 222; 2.ª ed., p. 254, 3.ª ed., p. 297.

tata en la doctrina argentina⁷¹². Más difícil aún es que esto se dé con el tipo peruano, porque aquí se trata de funciones ajenas.

3.2.7 Extensión de la autoría (art. 386)

Artículo 386.- Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen, y a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias.

La fuente más antigua es, por lo visto, el C.P. español de 1850, y a través de ella las legislaciones argentina, chilena, boliviana y el C.P. peruano de 1924⁷¹³. Pero esta cláusula de extensión de la autoría suele ir referida a la "negociación incompatible" (prevista nuestro art. 397) y no al "fraude a la Administración Pública" y menos aún al "patrocinio ilegal". El primero es el proceder usual de la legislación comparada, como la argentina en el artículo 265, segundo párrafo de su C.P., y la española con el artículo 440 y 439 ("negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos"). Como el legislador peruano ha incluido la figura de la "negociación incompatible" dentro de los delitos de "corrupción de funcionarios" y aquí los peritos, árbitros y demás sujetos ya tienen un tipo penal autónomo de cohecho pasivo aplicable a ellos (art. 395), al legislador no se le ha ocurrido "mejor" idea que vincular la cláusula con los delitos de "concusión" en general, sin ninguna reflexión o adecuación previa.

En efecto, aquí simplemente se extiende la autoría del "fraude a la Administración Pública" (art. 384) y del "patrocinio ilegal"

712. Al respecto CREUS, p. 378.

713. Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 227; 2.^a ed., p. 259, 3.^a ed., p. 301.

(art. 385) a sujetos que no reúnen la condición de funcionarios públicos. Pero el legislador peruano ha cometido aquí el evidente error de vincular esta extensión de la autoría a un caso que, por su naturaleza, no tiene nada que ver con las conductas de los nuevos "autores"; en todo caso debió referirse a la "negociación incompatible" del artículo 397⁷¹⁴. En efecto, en el "patrocinio ilegal" se trata de conductas de "investidura" y no relacionadas con acciones fraudulentas; por lo tanto, aquí la conducta de peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores, etc., solamente pueden consistir en actos de complicidad del "patrocinio". Y en el "fraude a la Administración Pública" (art. 384) se trata de "contrataciones u operaciones" con el Estado donde destaca el elemento "fraude"; en cambio y no de actos del artículo 386, el elemento "fraude" pasa a segundo plano; lo que más interesa es que en el sujeto activo es del "deber de imparcialidad" en su actuación ante la Administración Pública⁷¹⁵.

Ante esta situación, es difícil interpretar el artículo 386 y determinar el OBJETO del bien jurídico directamente atacado. Teóricamente, el atentado contra la Administración Pública se desprende del *deber de colaboración con la administración* (peritos y contadores) o de la *delegación que ésta le hace o que la ley prevé para ejercer una función específica* (árbitros), o de la *asunción de deberes civiles en relación con otros particulares* (tutores, curadores y albaceas). En este último caso, parece disiparse por completo el atentado contra la Administración Pública y, más bien, resalta el aspecto patrimonial individual. No obstante, la interpretación vinculada con el artículo 384 obliga a entender que en todos los casos debe haber un interés patrimonial del Estado que es afectado. En el

714. Crítica similar, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 226; 2.^a ed., p. 258, 3.^a ed., p. 300.

715. Así también la interpretación española respecto al artículo 440 C.P.; ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1913.

caso de los peritos, árbitros y contadores; se debe tratar de bienes de la administración; en el segundo grupo, se debe tratar de la tutela, curatela a ejecución testamentarias de sujetos relacionados con la administración. P. ej., la tutela de un menor que contrata con el Estado; la ejecución del testamento de una herencia en la que tiene interés la administración, etc.

— SUJETOS ACTIVOS: el tipo se refiere a dos grupos de personas, ninguno de ellos funcionarios públicos.

Los *peritos* son aquellos que poseen un conocimiento especial en el arte o la ciencia, y que son llamados para auxiliar a los funcionarios.

Los *árbitros* son aquellas personas nombradas por las partes o por los jueces para dirimir una cuestión controvertida.

Los *contadores* son profesionales especializados en temas de llevanza de libros y registros comerciales.

Los *tutores*, aquellos designados por la ley o el juez para ejercer el cuidado de menores y de sus bienes.

Los *curadores* son los designados por la ley para cuidar de incapaces mayores y de sus bienes.

Los *albaceas* son aquellas personas encargadas por la ley de cumplir la voluntad del testador.

— CONDUCTAS TÍPICAS. El tipo se refiere siempre a acciones en desmedro de aquellos a favor de quienes deben ejercer la función específica. En todos los casos el sujeto activo se parcializará fraudulentamente en contra de los intereses que debe defender y a favor de sí mismo o de terceros.

a) En el "*fraude a la Administración Pública*":

En el primer grupo: el perito, árbitro y contador particular, respecto de la tasación, adjudicación o partición de bienes, pero siempre que se traten de bienes de la Administración Pú-

blica⁷¹⁶. Esto tiene que ser así debido a la vinculación del artículo 386 y el artículo 384. P. ej., el perito que hace una tasación tendenciosamente menor en bienes que va rematar el Estado; o tasación mayor en bienes que va a adquirir la administración.

En el segundo grupo, los tutores, curadores y albaceas, respecto de los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias; siempre que se trate de una vinculación con la administración. En caso contrario, se tendría un delito común de "estafa" o "apropiación ilícita".

b) En el "patrocinio ilegal": no es posible la figura⁷¹⁷.

— TIPO SUBJETIVO. Por la vinculación con el artículo 384, se exige *dolo directo* que incluye, además, la "concertación" y el conocimiento y la voluntad de la "idoneidad del perjuicio" para los intereses de la Administración Pública.

Al igual que en el caso anterior, no es posible la TENTATIVA⁷¹⁸.

La PENALIDAD es la misma que en los arts. 384 y 385. Esto es abiertamente desproporcionado⁷¹⁹.

3.3. EL PECULADO (ARTS. 387 Y SS.)

3.3.1 Orígenes

La palabra "peculado" proviene del latín *pecus* que significa ganado, y que después se extendió a la moneda de cobre en la que

716. De manera similar, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 230; 2.ª ed., p. 262, 3.ª ed., p. 304.

717. Igual, por lo visto, Fidel ROJAS, quien pide la derogación de la referencia del artículo 386 al artículo 385; ver 1.ª ed., p. 230; 2.ª ed., p. 262, 3.ª ed., p. 305.

718. Fidel ROJAS sí admite la tentativa; p. 231; 2.ª ed., p. 263, 3.ª ed., p. 306.

719. También critica esto Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 231; 2.ª ed., p. 263, 3.ª ed., p. 306.

aparecía la cabeza de un buey, y de allí se generalizó para designar al patrimonio público. En el Derecho romano se consideraba al principio que la sustracción del peculio público era similar a un sacrilegio; más adelante, con el imperio, predominó la idea de la "traición a la confianza y la facilidad para delinquir"⁷²⁰. En este aspecto se nota claramente la enorme influencia de la doctrina italiana en las legislaciones sudamericanas.

3.3.2 Bien jurídico y objetos protegidos

Hay varios aspectos del bien jurídico que resultan afectados con el "peculado". Aquí están en juego diferentes aspectos del ya conocido bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración Pública en un Estado social y democrático de derecho": el patrimonio de la Administración Pública, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la Administración Pública, la seguridad con que la Administración Pública quiere preservar los bienes públicos⁷²¹, lo cual es equivalente al cumplimiento de deberes del funcionario para con el Estado⁷²². Pero en la doctrina ha destacado, alguna vez, alguno de estos aspectos sobre los demás. Para CREUS, p. ej., predomina "la preservación de la seguridad administrativa de los bienes públicos como garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado", pues el "peculado" en el C.P. argentino está ubicado dentro de las "malversaciones" y no requiere "apropiación", sino "sustracción" (ver sobre esta diferencia

720. PEÑA OSSA, p. 94. Más datos históricos en Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 241 y s.; 2.^a ed., p. 273, 3.^a ed., p. 315; Carlos MIR, p. 276 y ss.

721. Cfr. CREUS, p. 324.

722. FONTÁN BALESTRA, p. 273; al respecto críticamente por comprobar problemas de participación en el *extraneus*, PEÑA OSSA, p. 60 y s.

más adelante), y por ello —según la doctrina argentina— tampoco un ataque efectivo al patrimonio⁷²³.

No se podría decir lo mismo del C.P. peruano, pues el tipo penal exige alternativamente "apropiación" o "uso indebido" y distingue claramente al "peculado" de la "malversación", aunque los trate bajo la misma sección. Luego, aquí parece predominar la protección patrimonial, lo cual se expresa en el daño patrimonial causado por el sujeto activo⁷²⁴, y también la "infracción del deber", que algunos entienden como "deber de lealtad", es decir, de la "probidad, honradez y fidelidad" del funcionario público⁷²⁵.

Ambos aspectos ("patrimonio" y "deber de fidelidad e integridad del funcionario") son destacados también por la mayoritaria doctrina española anterior y actual, prevaleciendo uno u otro según la postura que cada autor adopte. Pero, últimamente, hay una

723. Cfr. CREUS, p. 324 y ss.

724. En el mismo sentido, PEÑA OSSA, p. 62, 65 y ss.

725. Aceptando ambos intereses protegidos, pero al mismo tiempo también una noción funcional de "patrimonio público", FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 244, 245; 2.ª ed., p. 276, 277. En la tercera edición de su libro parece, sin embargo, adoptar la tesis que yo también adopto, de considerar como bien jurídico específico al "patrimonio de la Administración Pública", pues en el capítulo III ("La naturaleza jurídica del delito de peculado...", p. 318 y ss.) se remite, en parte, a la misma fuente española (aunque no a la misma obra) que yo cité y la expone ampliamente (p. 320 y s.); sin embargo, critica mi objeción (tomada de dicha fuente española) en cuanto a la adopción de "deberes de cargo" como bien jurídico del peculado (*Ibidem*, p. 319 y s., nota 357). Además, parece que se ha producido una confusión, pues el "deber de cargo" que la doctrina española critica (y que yo también critico) no es el deber efectivamente existente en la relaciones entre el funcionario y la administración (que nadie niega), sino el entendimiento de que eso sería equivalente a un bien jurídico (específico) o podría fundamentarlo por sí solo.

Una detallada exposición de la tesis de la "infracción del deber de cargo" dentro de la "doble naturaleza jurídica de la malversación" (peculado según nuestra terminología) puede verse en Carlos MIRA, c. ref. y jurisprud., p. 282 y ss.

fuerte crítica a la idea del "deber del cargo" por considerarla propia de una visión autoritaria incompatible con un Estado social y democrático de Derecho: si hay una "infracción del deber", ésta no constituye un bien jurídico, sino sólo un elemento del tipo penal⁷²⁶. Luego, el interés inmediatamente protegido (para algunos, el bien jurídico) será solamente el *patrimonio de la Administración Pública*, pero un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente de aquél del particular, un *patrimonio público entendido de manera funcional*. Por eso, ahora en España se habla de "la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad"⁷²⁷. Y ya anteriormente en Argentina, Fernando MOLINAS se refería, en similar sentido, a un bien jurídico tutelado de "legalidad de los servicios vinculados con la administración patrimonial del Estado"⁷²⁸.

Esta interpretación parece ser la más acorde con la sistemática peruana. Además, existen otros motivos adicionales que respaldan esta interpretación del concepto de "patrimonio público" y de su categoría de objeto directamente protegido en los tipos de peculado:

1. El patrimonio del Estado se protege de manera especial, no solamente contra su lesión (peculado por apropiación), sino también contra el peligro de que esto pueda ocurrir en cuanto al destino que se les deban dar a los bienes públicos

726. Ver al respecto ETXEBARRÍA, en: ASÚA B., *Delitos contra la Administración Pública*, p. 182 y s.; también en Carlos MIR, p. 287. En nuestro medio, por el contrario, PORTOCARRERO HIDALGO, siguiendo doctrina italiana antigua, destaca especialmente el aspecto del "deber de fidelidad"; ver *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 1996, p. 171.

727. DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 48, col. central; MUÑOZ CONDE, c. más ref., p. e., p. 870 y s.; Carlos MIR, p. 288, 289 y s.

728. MOLINAS, Fernando p. 161 y s.

(malversación en sentido estricto). Incluso se exige un deber especial de cuidado en el funcionario público, motivo por el cual se sanciona la conducta "culposa"; algo impensable en el caso del patrimonio individual.

2. La importancia del carácter de los bienes que integran el patrimonio del Estado destaca de manera especial en los supuestos de agravación de los tipos básicos de peculado doloso y culposo, donde la razón de ser de la agravación radica precisamente en la importancia especial de *la finalidad pública* para la cual estaban destinados los bienes: fines asistenciales o programas de apoyo social.
3. En la parte general, artículo 80 último párrafo, el legislador penal duplica el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos "contra el patrimonio del Estado"; es decir, presupone la existencia de delitos de esta naturaleza.

En el Derecho penal español, donde el nombre genérico es "malversación" (peculado para el caso peruano), el nuevo C.P. ha suprimido la figura culposa, pues se ha considerado que, por su escasa gravedad, esta figura no es merecedora de sanción penal; debe bastar para ella la sanción administrativa⁷²⁹. También se ha suprimido el tipo penal que nosotros conocemos como "malversación" (malversación por desvío de los bienes públicos), pero a cambio se ha introducido la difícil y problemática figura de "malversación de aplicación privada", al lado de la "malversación de uso" (privado)⁷³⁰.

729. Ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1771.

730. La única posibilidad parece ser la de entender que la malversación "por aplicación privada" implica un uso sin reintegrar tan pronto los bienes al patrimonio estatal. Esta diferenciación no deja de ser artificial y discutible por lo difícil que sigue siendo delimitar el "elemento temporal" y la ulterior diferenciación con la "malversación" (en nuestro medio: el peculado) por apropiación; ver al respecto ETXEBARRÍA, en ASUA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 200 y s.

En la doctrina antigua se distinguen, sobre todo, las siguientes modalidades⁷³¹:

- a) Según el *autor* del delito podía haber "peculado propio" cuando el autor era el funcionario público con la función específica respecto de los bienes; o peculado "impropio" cuando el autor es otra persona equiparada al autor.
- b) Según el *verbo rector*: "peculado por apropiación", "peculado por utilización o distracción" y "peculado por aplicación pública distinta".
- c) Según el *tipo subjetivo*: "peculado doloso" y "peculado culposo".

Los modelos b) y c) son conocidos en la actual legislación penal peruana. Adicionalmente se incluyen dos casos de "abuso de funciones" similar a una tentativa de peculado por apropiación: "retardo injustificado de pagos" (art. 390) y "rehusamiento a entregar bienes" (art. 391).

3.3.3 El peculado doloso por apropiación y por distracción

Artículo 387.- 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

731. Fidel ROJAS señala otras, algunas de ellas asimilables ya a las aquí expuestas (p. ej. el peculado por aprovechamiento o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado), y otras que en realidad consisten en meros "abusos de autoridad" (demora injustificada de pagos, rehusamiento de entrega de bienes), aunque también hay un caso no previsto en la ley peruana: el "aprovechamiento del error de otro" (doloso como delito contra la Administración Pública), ver 1.^a ed., p. 242 y s.; 2.^a ed., p. 274 y s., 3.^a ed., p. 316 y ss.

pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Son fuentes del tipo penal peruano el artículo 387 del C.P. argentino de 1921, el artículo 133 del C.P. colombiano de 1980, el artículo 150 del C.P. colombiano de 1936. Este último es el más parecido, pero con la diferencia de que era mucho menos represivo. También es una fuente importante el C.P. italiano de 1947 (que ha sufrido múltiples modificaciones posteriormente). El artículo 314 (modificado por última vez en 1990) trata del *peculato* tanto por "apropiación" de dinero o cosas muebles como por "uso momentáneo" de cosas restituidas posteriormente. Una aportación importante es que también se prevé el "peculato" por aprovechamiento de error de un tercero (art. 316). Y también puede considerarse para la interpretación, la llamada "malversación propia" del artículo 432 C.P. español de 1995.

De manera inmediata es fuente también el artículo 346 del C.P. peruano de 1924 con mínimas modificaciones en el texto actual (uso del tiempo presente y un máximo de pena privativa de libertad menor: 8 años en vez de 20).

Los elementos típicos son los siguientes:

— SUJETO ACTIVO. El tipo penal exige un "funcionario público" con competencia funcional específica.

La administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiadas al funcionario *en razón de su cargo (relación funcional específica)*. No se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso

o de cualquier otra circunstancia (p. ej., que se haya llegado a la tenencia por engaño, abuso, etc.); el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes "con ocasión" de sus funciones⁷³². El funcionario incompetente sólo podría cometer delitos contra la propiedad. P. ej., cuando por error del administrado sobre la competencia del funcionario éste recibe los bienes quedándose con ellos. Distinto es el caso colombiano donde parte de la doctrina ha llegado a interpretar que no importaría la función pública específica del sujeto activo derivada de la ley, sino que bastaría con que la conducta típica se realice en el marco del ejercicio de las funciones⁷³³. P. ej., un juez que, pese a que la ley no lo autoriza, hace las veces de "Notario" para servir de intermediario en la entrega de bienes de privados, y se apropia de éstos o les da un uso indebido, no debería ser considerado como autor de "peculado" (en contra de la doctrina colombiana), sino, en todo caso, como autor de "apropiación indebida" o incluso "estafa" (si se entendiera que mediante actos concluyentes positivos engañó a las partes).

La exigencia de esta "relación funcional específica", para algunos, se debería a que el peculado es la "especial violación de los deberes del cargo y únicamente se puede dar cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquél"⁷³⁴.

732. CREUS, p. 329 y s.; FONTÁN BALESTRA, p. 286. Cfr. también MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1892 y s.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 872. Defiende en cambio la interpretación "extensiva" para la cual bastaría "toda entrega o tenencia a la que haya dado lugar el ejercicio de cualquier función pública", Carlos MIR (más ref. en nota 58, p. 296 y s.), p. 296 y s., 300.

733. Al respecto, PEÑA OSSA, p. 63 y ss. Otra interpretación, sin embargo, criticando la jurisprud. colombiana, GAVIRIA LONDOÑO, c. más ref., p. 120 y ss., p. 126 y ss.

734. CREUS, p. 330. De manera similar, Fidel ROJAS sobre esta "relación funcional", 1.ª ed., p. 251; 2.ª ed., p. 283, 3.ª ed., con más explicaciones, p. 330 y ss.

Pero, en realidad, la delimitación estricta del sujeto activo se deriva de una interpretación correcta en función del bien jurídico tutelado (funcionamiento de la Administración Pública). El bien jurídico sólo se verá afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados; no puede haber una violación de "deberes generales del cargo"⁷³⁵.

Al existir la exigencia típica de la "función específica" del sujeto activo, podría entenderse que solamente "funcionarios" pertenecientes a la burocracia estatal tradicional podrían ser autores del peculado, y que quedarían fuera del tipo los que laboraran para la Administración Pública bajo un régimen privado, quienes normalmente sí podrían cometer otros delitos contra la Administración Pública (art. 425, numeral 3). No obstante, nada impide que se entienda que la "relación funcional" exigida por el tipo de "peculado" exista también en este caso, si pese al régimen laboral privado, el sujeto había sido contratado precisamente para "percibir, custodiar o administrar" bienes públicos.

La jurisprudencia nacional parece haber entendido también esto cuando niega la "relación funcional" en el caso del personal contratado que no manejaba dinero del Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria (E. S. de 04-10-1996, exp. N.º 3299-94-B, Ica); cuando el funcionario no tuvo relación directa con la dependencia donde se cometió el delito (E. S. de 29-10-1928) y cuando el funcionario solamente cumplió órdenes de pago sin que haya sido de su competencia la posesión o administración-custodia de los bienes (E. S. de 11-03-1998, exp. N.º 778-97)⁷³⁶. Pero va de-

735. Así también la doctrina española dominante; ver en ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 191 y s.

736. Casos citados por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 249, nota 275; 2.ª ed., p. 281, nota 275, 3.ª ed., p. 327 y s., nota 371.

masiado lejos cuando, para declarar fundada de oficio una excepción de naturaleza de acción, acude al segundo párrafo del artículo 40 de la Constitución para negar la cualidad de funcionario público de plano a todos los trabajadores de las empresas del Estado y a los de sociedades de economía mixta (E. S. de 12-12-1996, exp. N.º 710-95-B)⁷³⁷. Con este argumento engañoso se contradice abiertamente lo estipulado en el numeral 3 del artículo 425. Al respecto, me remito a lo expresado en el momento de analizar el concepto penal de "funcionario público" (ver *supra* 1.2).

En otra oportunidad, sí se admitió la cualidad de "funcionario público", pero luego de la argumentación errónea de confundir el concepto penal con el administrativo y de pasar por alto el artículo 425 C.P., se dijo que solamente gracias a la Ley 26128 de 13-06-1993 sería posible considerar como funcionarios públicos (y sujetos activos del delito de peculado) a los que administran o custodian dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social (inspector de obras de proyectos de

737. Sumilla citada por Fidel Rojas, 1.ª ed., p. 313; 2.ª ed., p. 347, 3.ª ed., p. 423 y s. También en otros casos similares (citados por Rojas, 1.ª ed., p. 261, nota 302; 2.ª ed., p. 294, nota 302, 3.ª ed., p. 351, nota 411) en los que se niega incorrectamente de plano (sin dilucidar antes si se ejercía "funciones públicas") la condición de funcionario público al empleado de empresas bajo régimen de Derecho privado son: E. S. de 10-12-1997, exp. N.º 797-97, Cuzco (Empresa de Petróleos del Perú S. A., filial Cuzco), E. S. de 27-03-1998, exp. N.º 344-97, Junín (empresa de economía mixta "Empresa Regional de Electricidad del Centro S. A.", E. S. de 08-04-1998, exp. N.º 1556-96, Lima ("Empresa Nacional del Tabaco"). En cambio, sí es atinada por su resultado la ejecutoria que excluye de la condición de funcionarios públicos a los que laboran en asociaciones de carácter gremial, aunque no es exacta la afirmación de que ello se deba simplemente al carácter de institución de derecho privado de estas; E. S. de 16-06-1998, exp. N.º 6265-97-A (Caja de Protección y Asistencia de los Trabajadores Lustradores de Calzado del Perú), pues se trataba aquí de un entidad de carácter gremial o grupal.

irrigación financiados por el Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social) (E. S. de 26-09-1997, exp. N.º 1404-96, procedente de Ayacucho)⁷³⁸.

La *esfera de custodia* es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario público; es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto activo no es el titular de dicha esfera, sólo puede haber "hurto". La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Excepcionalmente, se admite la "práctica consuetudinaria no contraria a la ley" cuando exista un vacío en los reglamentos⁷³⁹.

Usualmente pueden ser sujetos activos del delito el ordenador del gasto, el custodio de caudales, el ejecutor subordinado de quienes manejan los bienes⁷⁴⁰. No pueden serlo, el contratista del Estado encargado de un servicio público, salvo que el contrato sea de "administración delegada", es decir, cuando reciba en administración una suma de dinero del Estado para construir una obra⁷⁴¹. Ejemplo: el funcionario de Contaduría no encargado del manejo y pago de los sueldos que adultera planillas para engañar a los empleados comete "estafa" y no "peculado".

— APROPIARSE o UTILIZAR indebidamente. Para interpretar el concepto de APROPIACIÓN, en la doctrina argentina se emplea la argumentación referida a los delitos contra la propiedad y se distinguen varios términos⁷⁴²: "apoderamiento" sería sustraer

738. Sumilla citada por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 311, caso 13; 2.ª ed., p. 345, caso 13, 3.ª ed., p. 422, caso 13.

739. CREUS, p. 327, 330.

740. FERREIRA DELGADO, p. 15.

741. FERREIRA DELGADO, p. 17.

742. Al respecto ver CREUS, p. 325 y s.; FONTÁN BALESTRA, p. 284.

la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para ingresarla en la propia esfera; p. ej., en el hurto del artículo 185 C.P. peruano; "apropiación" sería algo más, implica disponer de la cosa como si fuera el dueño. La "sustracción", en cambio, solamente implicaría "apartar, separar, extraer" la cosa de la esfera de custodia en que el bien se encontraba legalmente. Ejemplos: sacar un bien del local de la administración ya es sustracción, pero todavía no apoderamiento. Metérselo en el bolsillo y llevárselo a casa es apoderamiento, pero todavía no apropiación. Si a ese bien se le da un uso de dueño (se le consume, usa, vende, presta, etc.), entonces hay apropiación. La doctrina colombiana, en cambio, parece equiparar el "apoderamiento" a la "sustracción", y, en el caso de la "apropiación" no requiere la disposición del bien como propio⁷⁴³. Igualmente, la doctrina española identifica el "sustraer" del artículo 432 de su C.P. con un "apoderarse", siendo la "apropiación" sinónimo de este último⁷⁴⁴.

Una interpretación distinta de la "apropiación" es la sostenida por la tradicional doctrina italiana: apropiación sería no cumplir con devolver o entregar a tercero una cosa recibida con esa finalidad, lo cual incluso podría incluir la simple "sustracción"⁷⁴⁵. En realidad, esta interpretación no es tan exacta, pues no se trata de "no entregar", lo cual llevaría al malentendido de que debería mediar un pedido previo de entrega de los bienes, sino al empleo privado que se da a los bienes. Además, en el caso de "percibir", los bienes ni siquiera son entregados por la administración al funcionario, sino directamente por el particular con destino a la administración. La conducta del funcionario peculador no puede

743. FERREIRA DELGADO, p. 28 y s.

744. Cfr. MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1893.

745. Ver PORTOCARRERO, p. 172; Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 253; 2.ª ed., p. 285, 3.ª ed., p. 335.

entenderse sino como la de una *apropiación sui generis*, puesto que él no sustrae los bienes, ellos ya estaban en su poder de disposición en función de su cargo: el sujeto simplemente no administra los bienes destinándolos a la función pública para la que estaban destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio⁷⁴⁶.

En la jurisprudencia nacional se han contemplado varios casos de "peculado por apropiación": el endoso a un particular de un cheque en dólares, pese a que se depositó su equivalente en soles en la cuenta a nombre de la administración (se supone que el cambio a moneda nacional desfavoreció a la Administración Pública) (E. S. de 14-12-1950); la afirmación de mayores gastos de los reales para quedarse con la diferencia en una actividad de auditoría realizada por la funcionaria del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria en Huánuco (sentencia de 25-07-1998, Primera Sala Penal Corporativa de Reos Libres, Corte Superior de Lima, exp. N.º 18-98); funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario que, pese a haber renunciado voluntariamente a su puesto laboral y obtenido un incentivo económico para ello, desisten de su renuncia y cobran los cheques de la renuncia voluntaria (E. S. de 17-03-1998, exp. N.º 1053-97, Lima)⁷⁴⁷.

746. Así buena parte de la doctrina moderna española que critica precisamente el elemento típico "sustracción" del artículo 432 del C.P. de 1995, pues no describiría realmente la acción del sujeto activo en la "malversación por apropiación" (recuérdese la diferente terminología española). Ver FEIJÓO, p. 726; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 872. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA sugieren incluso que es más preciso el término "apropiación", pero entendido en el sentido de "separar, extraer, quitar o desviar los caudales de las necesidades del servicio, haciéndolos suyos", ver *La responsabilidad penal*, p. 48, col. der. Carlos MIR recomienda el término "expropiar", p. 299.

747. Casos citados por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 254, nota 289; 2.ª ed., p. 286, nota 289, 3.ª ed., p. 337 y s., nota 393.

Es discutible que la "apropiación" se pueda producir también por *omisión impropia*. El tipo penal español (art. 432) prevé expresamente esta posibilidad: "(...) que consintiere que un tercero, con igual ánimo [ánimo de lucro], sustraiga los caudales o efectos públicos (...)". La doctrina española critica esta descripción típica de la omisión impropia de peculado como muy restrictiva, pues llevaría a la impunidad en muchos casos en los que el funcionario no conociera el ánimo de lucro del tercero⁷⁴⁸.

Nuestro tipo legal sólo admite construir el peculado por "omisión impropia" a través de la regla general del artículo 13 C.P. y no precisa ánimo de lucro, sino ánimo de apropiación ("para sí o para otro") en el funcionario y en el tercero⁷⁴⁹. La "posición de garante" del funcionario debe exigir que éste tenga relación funcional con los bienes; la "omisión de la acción mandada" implicará que éste no actúe para evitar la apropiación del bien por terceros teniendo capacidad para hacerlo; además, habrá que analizarse que la conducta esperada del funcionario pudo evitar el resultado (la pérdida del bien) no sólo afirmando una "causalidad hipotética" sino atribuyéndole objetivamente tal resultado (imputación objetiva), y finalmente el dolo. Entonces, el funcionario omitente será autor del "peculado doloso por apropiación", en comisión por omisión, y el *extraneus* que sustrae los bienes será partícipe de este delito; pero también puede haber una "ruptura del título de imputación" [en realidad, aquí cada uno responde por su propio injusto] para efectos de autoría y participación cuando el funcio-

748. Al respecto MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, buscando la solución en el dolo eventual, *Comentarios*, p. 1894; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 873; c. más ref., Carlos MIR, p. 304.

749. También Fidel ROJAS admite la "omisión" siempre que el funcionario permita "dolosamente" que un tercero sustraiga o utilice los bienes; 1.ª ed., p. 254; 2.ª ed., p. 287, 3.ª ed., p. 337 y s.

nario omitente y el particular actuaron sin "connivencia" (conjunción de dolos): el funcionario público responderá por peculado por omisión impropia mientras que el tercero por la comisión de un hurto o de una apropiación ilícita⁷⁵⁰. No obstante, por razones del "principio de legalidad" y de seguridad jurídica sería preferible que el legislador introduzca un tipo específico de "omisión impropia" como el español (aunque sin exigir elementos subjetivos innecesarios). En caso de no admitir la "comisión por omisión", el funcionario se vería injustamente favorecido por ser punible, sólo como partícipe de "hurto" o "apropiación indebida" o incluso quedar impune⁷⁵¹.

El mismo artículo 387, primer párrafo, prevé también la modalidad de UTILIZAR indebidamente para sí o para otro, modalidad no contemplada en la fuente argentina, pero sí en la colombiana. Con esto se configura el *peculado por distracción* o "peculado de uso".

Cuando el tipo legal habla de "utilización", obviamente presupone una previa *separación* del bien de la esfera pública de custodia y una *aplicación privada temporal* de los bienes sin consumirlos para regresarlos luego a la esfera pública, salvo que el uso, por la naturaleza del bien, se equipare a la apropiación; p. ej., el dinero y las cosas consumibles⁷⁵².

Esta modalidad viene del término "usar" de los Códigos colombianos con la idea de cubrir vacíos derivados de usos temporales o goces transitorios sin ánimo de apoderamiento y con una resti-

750. Iguales soluciones en España; ver Carlos MIR, c. jurisp., p. 303 y s.

751. MUÑOZ CONDE, p. 873. La jurisp. española ha admitido que solamente una previsión específica en el tipo penal justificaría la punición de la "comisión por omisión"; en caso contrario, solamente habría participación del funcionario en el hecho propio del particular, ver en Carlos MIR, p. 303.

752. CREUS, p. 327.

tución posterior de los bienes al Estado. Pero en Colombia, el nuevo Código penal ha separado ambas modalidades, quedando el artículo 133 para "apropiarse" y el 134 para "utilizar" caudales o efectos⁷⁵³. El C.P. peruano no sigue la misma técnica, pues se refiere en el artículo 387 a "utilizar caudales o efectos" y en el artículo 388 a "usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo". Luego, debe entenderse que el "utilizar" del artículo 387 se refiere solamente a caudales (y efectos) que no constituyan "vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo". Esta técnica del legislador peruano dificulta la interpretación y no parece tampoco satisfacer el principio de proporcionalidad, pues ante un injusto similar en ambos casos, el tratamiento penal es diferente: la sanción penal es mucho mayor, pero exige más elementos típicos (perjuicio) en el artículo 387 mientras que en el artículo 388 se tiene una pena menor y se prescinde del perjuicio patrimonial.

La "utilización" se refiere también a *caudales* y *efectos*, pero solamente a aquellos que por su naturaleza no sean consumidos con su utilización (p. ej., el dinero, los alimentos). Dentro del concepto "caudales" debe incluirse a los inmuebles, la mano de obra y otros. "Utilizar" implica "destinar" temporalmente los bienes que tienen como destino el cumplimiento de alguna función pública, a determinados trabajos de carácter privado.

En cuanto al "uso de determinados bienes" (vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo de la administración), el C.P. peruano prevé —como ya se dijo— un tipo penal específico: el del artículo 388. Esto dificulta mucho la interpretación, pues ambos tipos penales parecen superponerse⁷⁵⁴. Para entender la diferencia entre ambas figuras, debe entenderse que los bienes del artículo

753. Al respecto, FERREIRA DELGADO, p. 25.

754. Similar problema tiene la doctrina española referida a los arts. 433 y 434 del C.P. de 1995.

387, a diferencia de los del 388, no son aquellos que usualmente constituyen instrumentos de trabajo del funcionario público.

En la jurisprudencia nacional se ha admitido que hay "utilización" cuando el Alcalde "presta" bienes (además de vender otros) que, a través de un convenio público, se les habían confiado para la construcción de una carretera y módulos educativos (E. S. de 12-11-1997, exp. N.º 4402-96, Arequipa)⁷⁵⁵. Además, se ha precisado que hay "utilización" incluso si los bienes son devueltos, después de haberlos usado para fines ajenos al servicio (E. S. de 15-11-1993)⁷⁵⁶.

Ahora bien, en la práctica no siempre ha sido fácil distinguir este peculado "de uso" del de "apropiación", pues, externamente se diferenciaría muy poco el uso privado de la sustracción o apoderamiento con fines privados. Por eso, la doctrina y jurisprudencia españolas acudieron al elemento subjetivo como criterio diferenciador: "ánimo de apropiación definitiva" o *ánimo de apropiación temporal* (sobre todo, cuando había un reintegro oportuno de los bienes sustraídos)⁷⁵⁷.

Aunque pueda parecer ésta una discusión gratuita para un tipo penal peruano que prevé las mismas penas en ambos casos de peculado, no deberá serlo cuando se trate de graduar la pena dentro del marco penal. El injusto del "peculado de uso" no puede ser igual que el de "apropiación" y, por lo tanto, dentro del marco

755. Caso citado por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 310, N.º 6; 2.ª ed., p. 344, N.º 6, 3.ª ed., p. 420, N.º 6.

756. Normas Legales, febrero de 1995, p. J-24.

757. Al respecto, MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, analizando los enormes problemas prácticos que la jurisprudencia ha tenido para interpretar estos elementos de conformidad con la sistemática de los tipos penales españoles; ver en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1896 y s.; Carlos MIR exige el efectivo reintegro total, p. 316 y s.

penal, las penas para el primero deberán ser menores que para el segundo.

También en este supuesto es posible la modalidad de *omisión impropia*: permitir dolosamente que un tercero use los bienes sin "ánimo de apropiación"⁷⁵⁸.

— CAUDALES o EFECTOS. El legislador usa términos antiguos siguiendo los modelos francés e italiano, aunque pudo haber sido más explícito y hablar de "dinero", "bienes", etc.⁷⁵⁹.

Los CAUDALES son toda clase de bienes en general (especialmente el dinero) dotados de valor económico⁷⁶⁰. Incluso los bienes artísticos, recreativos e históricos son valiables económicamente. Entonces, no hay problema en considerar como "caudales" a todo bien mueble con contenido económico⁷⁶¹.

Pero hay discusión cuando se trata de incluir en el concepto "caudales" a los *bienes inmuebles*. La doctrina colombiana lo admite tanto para el "peculado por apropiación" como para el "peculado por utilización". Por ejemplo, el administrador de la granja del Estado que la usa en su propio provecho; el administrador del inmueble del Estado que lo arrienda en provecho propio⁷⁶², pero se discute que se entienda por tales también a la mano de obra contratada por la Administración Pública. La doctrina argentina no admite esta interpretación de los "caudales" que rebasa su contenido más allá de los "bienes muebles" a los que se referiría el

758. Igual interpretación en España, Carlos MIR, p. 318.

759. Ver c. ej. de la legislación comparada, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 255; 2.ª ed., p. 287, 3.ª ed., p. 341.

760. Fidel ROJAS, siguiendo la doctrina española, incluye aquí también a los valores negociables; ver, 1.ª ed., p. 255; 2.ª ed., p. 287, 3.ª ed., p. 341.

761. Así también la doctrina y la jurisprudencia española mayoritarias; ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, p. 48, col. central; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 871.

762. PEÑA OSSA, p. 68.

verbo rector "sustraer", por lo cual ha incluido en el artículo 261, con posterioridad, un párrafo adicional para cubrir este supuesto. En España se criticaba la existencia de un vacío al respecto en el anterior C.P., pues no se consideraba dentro de la "malversación" (peculado) ni a los inmuebles ni a la mano de obra o al mobiliario; por ello se introdujo el artículo 434 en el C.P. de 1995⁷⁶³.

Para el caso peruano, la apariencia de vacío legal⁷⁶⁴ no es, en realidad, tal, pues nada obliga a interpretar los conceptos "caudales" y "efectos" en el sentido de "bienes muebles". Y el hecho de que —como argumenta la doctrina española— los bienes inmuebles estén ya suficientemente protegidos por los mecanismos registrales y civiles⁷⁶⁵, no implica que las conductas de los funcionarios deban quedar impunes. Además, como bien ha señalado Fidel ROJAS, nuestro tipo penal se refiere a "apropiarse" y a "utilizar" y no a "sustraer", o sea a conductas que, por su naturaleza, pueden ser dirigidas también contra bienes inmuebles; razón por la cual también los bienes "inmuebles" podrían ser objeto de "peculado"⁷⁶⁶.

763. Al respecto, MUÑOZ CONDE, p. e., p. 875; Carlos MIR, p. 301 y s., 318 y ss., c. jurisp.

764. En nuestro medio PORTOCARRERO HIDALGO parece llegar a esta consecuencia, aunque sin mencionar el problema específico, al decir que el "peculado se refiere sólo a la apropiación o utilización de bienes muebles"; ver 1996, p. 174.

765. Ver al respecto, con ejemplos de la jurisprudencia española, ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 188.

766. Ver Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 256; 2.^a ed., p. 288, 3.^a ed., p. 341, 343, 345. Aunque luego niega que sea posible la "apropiación" de bienes inmuebles, sino solamente su "utilización", p. 258. Sería absurdo pensar que el funcionario pueda "utilizar", pero no apropiarse de inmuebles de la administración cuando, p. ej., sin utilizar los bienes, hace una transmisión a su favor o de un tercero de la titularidad de un inmueble del Estado. En la 3.^a ed., el autor deja expresamente abierta la posibilidad de incluir a los "inmuebles" dentro del concepto de "caudal"; ver p. 343.

Si no se aceptara esta interpretación, en los casos propuestos por la doctrina colombiana sólo habría "abuso de autoridad" (discutible porque el "perjuicio para otro" de este tipo penal se refiere a un tercero distinto de la Administración Pública) o una falta administrativa, o, dado el caso, el "peculado de uso" del artículo 388 (lo cual es insuficiente).

Los EFECTOS son documentos de crédito negociables emanados de la Administración Pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc. Para la doctrina española se trata de todo objeto o bien, distinto del dinero, pero susceptible de valoración económica, sin importar que estén incluidos entre los bienes inventariables de la Administración Pública⁷⁶⁷.

Esta interpretación de los "caudales" y "efectos", de manera general, se ve avalada también por la interpretación jurisprudencial en el Perú (É. S. de 26-05-1998, exp. N.º 4174-96, Junín): los caudales son dinero u otros bienes de valor económico, y "efectos" son documentos de crédito, valores en papel, títulos, sellos, estampillas de entidades estatales, etc.; siempre que sean susceptibles de ser introducidos en el tráfico económico⁷⁶⁸. Por lo tanto, es correcto considerar que los documentos o libros contables no puedan ser considerados como caudales o efectos, pues solamente tienen utilidad para la propia persona natural o jurídica o para la Administración Tributaria, pero no tienen valor en el tráfico económico (E. S. de 10-09-1997, exp. 4174-96, procedente de Junín)⁷⁶⁹.

En ambos casos debe tratarse de *bienes públicos*, o sea de todos aquellos bienes aportados por el Estado o por entes autóno-

767. MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1891.

768. Mencionada también por FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 256 y s.; 2.ª ed., p. 288 y s., 3.ª ed., p. 342.

769. Citado por F. ROJAS, 1.ª ed., p. 312, sumilla 14; 2.ª ed., p. 346, 3.ª ed., p. 422, sumilla 14.

mos sobre los cuales tienen facultad de disposición "para fines públicos". No son bienes públicos aquellos guardados o administrados por el Estado, sin que pueda disponer de ellos aunque pueda ejercer algunos derechos reales⁷⁷⁰. Estos bienes tienen que haber sido asignados al funcionario en administración, custodia o deben ser percibidos funcionalmente por éste; no basta la tenencia material sin competencia funcional específica. En este último caso sólo habría hurto o apropiación ilícita⁷⁷¹. Pero tampoco es necesaria la tenencia material, sino la capacidad de disponer de los bienes en virtud de la función pública desempeñada⁷⁷². P. ej., el caso de la cajera que, para una dependencia pública, recauda tributos o contribuciones; precisamente entre sus funciones de "cajera" no solamente se engloban las de recibir el dinero, sino también el de custodiarlo; luego, si se apropia de dicho dinero cometerá un "peculado" y no un "hurto" o una "apropiación indebida"⁷⁷³.

En doctrina se discute, además, si los bienes tienen que haber ingresado necesariamente al patrimonio de la Administración Pública o debiera bastar que exista una *expectativa legítima* de la Administración⁷⁷⁴. Pero este problema no debe existir en nuestro medio, pues, a diferencia del tipo penal español, aquí existe la modalidad típica de "percibir", lo cual presupone que los caudales

770. CREUS, p. 314 y ss.; igualmente MUÑOZ CONDE, p. 871; Carlos MIR, p. 301. Diferente es la situación en Colombia; ver PEÑA OSSA, p. 72.

771. *Ídem* nota anterior.

772. PEÑA OSSA, p. 74; cuestionando a cierta jurisprudencia argentina que sí exigía una "tenencia de los bienes" o "posesión corporal autónoma", MOLINAS, p. 163.

773. Así también MOLINAS, p. 163.

774. A favor de esto último en aras de una mayor protección del bien jurídico, MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1891 y s.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 871; Carlos MIR, c. jurisp., p. 301.

o efectos todavía no han ingresado al patrimonio del Estado, aunque potencialmente sí vayan a hacerlo.

Resulta interesante la interpretación de la jurisprudencia española sobre el carácter de "bienes públicos", pues allá también lo son aquellos que hayan sido recibidos por el funcionario público legitimado para ello, así no lleguen los bienes a incorporarse efectiva y formalmente al patrimonio de la Administración Pública; basta con que el Estado asuma expresamente la garantía de entregar los bienes a su destinatario para que estos sean considerados como públicos. Ese es el caso de los "giros postales"⁷⁷⁵. El funcionario de correos que se apropia de ellos habría cometido "malversación por apropiación" (o sea peculado). En el caso peruano, estos supuestos no están, en principio, comprendidos por el tipo de peculado doloso por apropiación por el tipo penal exige necesariamente el ingreso de los bienes, o la "potencialidad" de ingresar al patrimonio de la Administración Pública. Pero, la cláusula de extensión de punibilidad del artículo 392 prevé expresamente el tipo penal a casos como estos. Precisamente esta previsión extensiva específica reafirma la interpretación del artículo 387 en el sentido de que el tipo penal se refiere allí solamente a "bienes públicos" en el sentido indicado"; para el caso de bienes de distinta naturaleza, aunque administrados por funcionarios públicos, debe resultar aplicable la extensión del artículo 392 o, si ello no es posible, entrarán a tallar los tipos de delitos comunes.

No existe la "finalidad pública" cuando los bienes están afectados a empresas de tipo comercial, aunque sea por medio de una concesión dada por el Estado, pues aquí el bien sale del patrimonio estatal para confundirse con el privado y asumir los riesgos que

775. Ver sobre esta problemática, ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 188 y s. y con más ejemplos

corresponden a éste⁷⁷⁶. Éste es el criterio de "riesgo" de SOLER⁷⁷⁷ y también parece acorde con la definición de funcionario público del artículo 425, número 3 del C.P. peruano. En caso contrario, el tipo de peculado se hubiera tenido que referir expresamente a fines "de empresas o de instituciones del Estado" como lo hace el artículo 133 del C.P. colombiano de 1980⁷⁷⁸.

Tampoco son bienes públicos cuando se trata de bienes de un "organismo internacional", pese a que los funcionarios encargados de administrarlos tenían vínculo laboral con el Estado, o sea eran funcionarios públicos (E. S. de 10-03-1992, exp. N.º 394-91, procedente de Lima)⁷⁷⁹. Aquí solamente será posible un delito común.

— ADMINISTRACIÓN, PERCEPCIÓN y CUSTODIA. Son conceptos distintos. La ADMINISTRACIÓN, según la doctrina

776. Así también la jurisprudencia española en relación con los bienes y ganancias de la empresa Tabacalera que tenía un monopolio legal; pero sí hay bienes públicos cuando se trata de empresas privadas para prestar un servicio que correspondía a la autoridad local: "fomentar, mejorar, proteger y expandir la riqueza provincial agropecuaria". Al respecto y a favor de estas interpretaciones, VALEJE, *Reflexiones...*, p. 488.

77. Al respecto, FONTÁN BALESTRA, p. 276 y s.

778. Al respecto, críticamente, FERREIRA DELGADO, p. 15.

779. Normas Legales, enero de 1995, p. J-30. Fidel Rojas sí lo acepta expresamente en contraposición a mi posición, pero con la salvedad de que se trate de bienes "que van a ser aplicados a fines de servicio público o asistencia social"; ver 3.ª ed., p. 322. Independientemente de la posición que se adopte, en la práctica podría tener relevancia el hecho de si tal dinero haya ingresado al patrimonio estatal o no, caso en el cual ambas posiciones coincidirían en la punibilidad por peculado. Pero si los bienes tienen un régimen distinto (como efectivamente suele ocurrir, pues tampoco los organismos internacionales ni siquiera son órganos retenedores de tributos), no veo cómo se pueda justificar de *lege lata* una aplicación del tipo especial y el entendimiento del bien jurídico previamente adoptado; solamente debería aplicarse el tipo común correspondiente.

argentina, se refiere a la facultad de disponer de los bienes para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas. No implica que el sujeto deba detentar siempre la posesión material de los bienes que administra, pero sí que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones. Quien solamente percibe o custodia, en realidad, no administra en el sentido del tipo penal⁷⁸⁰. La doctrina colombiana interpreta este término de manera tan amplia que incluiría también por lo menos a la "custodia"⁷⁸¹. Es claro que el C.P. peruano sigue aquí la doctrina argentina, pues si no, no se comprendería la enumeración típica de los diferentes casos de relación funcional del sujeto activo con los bienes.

El PERCIBIR consiste en recibir bienes de procedencia lícita para la Administración Pública, sea para ingresarlos o para regresarlos a ella⁷⁸². Como se exige que los bienes sean públicos, deben ingresar con la finalidad de pertenecer a la Administración Pública. P. ej., hay peculado cuando el funcionario se apropia de "derechos" o "tributos"; no hay peculado cuando se trata de "depósitos de garantía" de contratistas del Estado (p. ej., para el caso de ejecución de obras públicas) "ya que esos depósitos entran en la administración para estar en ella, pero sin pertenecer a la misma"⁷⁸³; en este caso solamente habría un delito común.

CUSTODIAR es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes públicos realizada como función administrativa. Aquí sí hay tenencia de los bienes, aunque sea simbólica y no material. No bas-

780. CREUS, p. 319.

781. Al respecto PEÑA OSSA, p. 73.

782. CREUS, p. 328. También FIDEL ROJAS, quien exige expresamente la "procedencia lícita" de los bienes; ver 1.ª ed., p. 252; 2.ª ed., p. 284, 3.ª ed., p. 333 y s.

783. CREUS, p. 329; en contra FONTÁN BALESTRA, quien sí incluye estos bienes y no exige la percepción en propiedad, p. 286; también FERREIRA DELGADO, p. 26; FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 252, 258 y s.; 2.ª ed., p. 284, 291, 3.ª ed., p. 334, 347.

ta la "custodia ocasional" (simple relación material); como ya se dijo antes, debe tratarse de una "custodia funcional". P. ej., no es sujeto activo el policía que vigila el local donde están los bienes; tampoco el empleado que embala los bienes por orden del administrador⁷⁸⁴.

— PARA SÍ O PARA OTRO. La apropiación o la utilización no solamente se pueden hacer a favor del funcionario, sino también de un tercero. Este tercero puede ser una persona natural o una jurídica (un empresa privada, una empresa de Derecho público, un partido político, etc.), pero no la propia administración⁷⁸⁵. En caso de que hubiere un cambio de destino público, sería aplicable la figura de "malversación".

— ¿PERJUICIO PATRIMONIAL? Al tipo penal parece ser inherente un "perjuicio patrimonial". Si incluso cuando el verbo rector se refiere solamente a la "sustracción" (como en el caso argentino), dicho perjuicio es considerado como un elemento necesario del tipo⁷⁸⁶, con más razón parece ser necesario dicho perjuicio cuando el tipo penal se refiere a una "apropiación" (como en el caso peruano) y a un "aprovechamiento".

Pero las opiniones no son unánimes. CREUS sostiene por ejemplo que el tipo penal no exigiría un perjuicio o menoscabo patrimonial, sino un *resultado* en el sentido de separación del bien de la esfera de la Administración Pública (y de su uso como propio en el Perú). Esta posición se vería avalada por el hecho de que no siempre puede hablarse de "perjuicio económico": la separación

784. CREUS, p. 329; MUÑOZ CONDE, p. 872.

785. Fidel ROJAS admite que el "otro" pueda ser también una "persona jurídica de Derecho público"; 1.^a ed., p. 255; 2.^a ed., p. 287, 3.^a ed., con un análisis más detallado, sobre todo en cuanto al tema de la autoría o participación del "otro", p. 338 y s.

786. Al respecto CREUS, p. 332 y ss.; PEÑA OSSA, p. 75 y s.

del bien puede ser incluso económicamente beneficiosa para la administración cuando su mantenimiento supone ciertos gastos⁷⁸⁷. En cambio, FONTÁN BALESTRA, debido a que conceptúa al peculado como un delito "instantáneo de resultado material consistente en la causación de una lesión patrimonial que no es preciso que sea definitiva"⁷⁸⁸, requiere el PERJUICIO para la "consumación", consistiendo este perjuicio en quebrar el vínculo del bien con la Administración Pública⁷⁸⁹.

La posición de CREUS parece ser la más aceptable. Aceptar un "perjuicio normativo" equivale al "resultado" al que se refiere este autor. Este resultado o, si se quiere "perjuicio", *existe siempre con la separación del bien de la esfera de la Administración Pública*. Otra cosa es que, eventualmente, la pérdida del bien pueda resultar después más beneficiosa que perjudicial. Con esto también queda claro que no se trata de un "daño moral" o "político" en el sentido de una presunta traición del funcionario a la confianza depositada en él por la Administración Pública, sino en un perjuicio patrimonial⁷⁹⁰. Por último, al exigir el tipo un provecho propio ("para sí o para otro") presupone necesariamente dicho perjuicio⁷⁹¹.

Debido a que se exige un "resultado" o "perjuicio patrimonial" en el sentido de pérdida contable de bienes públicos, será necesario que éste sea determinado antes para poder iniciar un proceso penal. Dicha tarea le corresponderá usualmente a la administración por lo cual cabe plantearse una *cuestión previa*⁷⁹². La

787. CREUS, p. 333; MOLINAS, p. 163 y s.

788. FONTÁN BALESTRA, p. 284.

789. FONTÁN BALESTRA, p. 285.

790. PEÑA OSSA, p. 76.

791. Ver de manera similar en Colombia, PEÑA OSSA, p. 77, c. más ref.

792. Al respecto CREUS, p. 340 y s., aunque rechaza este requisito acertadamente para el tipo penal argentino.

jurisprudencia peruana ha destacado la importancia de una "pericia técnica de valoración"; si en esa pericia se demuestra que no hay perjuicio económico para la administración, no habrá delito⁷⁹³. En muchos casos ha admitido "cuestiones prejudiciales" derivadas de investigaciones previas de la administración⁷⁹⁴, pero en otros ha destacado que la vía judicial penal es autónoma de las investigaciones previas⁷⁹⁵. La posición correcta es la de admitir "cuestiones previas o prejudiciales" cuando la ley exige una investigación administrativa previa o el cumplimiento previo de alguna formalidad⁷⁹⁶, pero no cuando esto no es así ni existe ninguna necesidad de que la administración aclare sobre la existencia de algún elemento relevante para la tipicidad de la conducta⁷⁹⁷.

— TIPO SUBJETIVO. El dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcionarial, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes. Precisamente, este ánimo especial sirve como criterio de distinción entre una y otra modalidad⁷⁹⁸. Por eso no es posible el "dolo even-

793. Ver, c. jurisp., Fidel Rojas, 1.^a ed., p. 259; 2.^a ed., p. 291 y s., 3.^a ed., p. 347 y s.

794. E. S. de 04-11-1948 (imputación a un Alcalde que exigió una revisión previa de cuentas y un deslinde de responsabilidades con los síndicos), *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, 1949, p. 398.

795. E. S. de 06-06-1953, *Rev. de Jurisprudencia peruana*, Lima, 1953, p. 1113; E. S. de 12-12-1949 (responsabilidad de Alcalde y de síndicos de una junta municipal), *Rev. de Jurisprudencia Peruana*, Lima, 1950, p. 335.

796. Así en el caso de que se necesite una previa declaración de responsabilidad de la Contraloría de la República, E. S. de 27-12-1990, *Anales Judiciales*, T. 78, Lima, 1990, p. 195; E. S. de 01-02-1989, *Anales Judiciales*, T. 77, Lima, 1989, p. 263.

797. Acertadamente por ello, la jurisprudencia nacional ha rechazado el pedido en algunos otros casos en los que estaban claros los elementos típicos; E. S. de 07-03-1986, *Anales Judiciales*, T. 74, Lima, 1986, p. 198; E. S. de 25-05-1971, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, 1971, p. 778.

798. Muñoz Conde, p. e., p. 872 y s., 874.

tual" a diferencia del tipo argentino⁷⁹⁹, sino solamente el *dolo directo*.

Es posible el ERROR, pero en algunos casos pueden quedar subsistentes otros delitos (tipo común). P. ej., cuando el funcionario no sabía que los bienes eran de la Administración Pública.

Debe observarse que, debido a que se trata de un "delito especial impropio", el ERROR sobre la condición de "funcionario público", de la "función específica" o de "bien público" es posible, pero ello no elimina el delito común de "hurto" subyacente.

— ¿ÁNIMO DE LUCRO? Parece ser inmanente al tipo penal una "intención de beneficiarse o de beneficiar a otro". Este elemento es discutible, pues parece llevar a incluir como elemento subjetivo adicional un *ánimo de lucro* que el tipo penal no menciona expresamente.

El tipo penal argentino no exige este elemento, pero sí la fuente colombiana. No obstante, la doctrina colombiana considera que la expresión "en provecho suyo o de un tercero" de su tipo penal de peculado sólo indicaría "una subjetividad en el *hecho punible* en su totalidad estructural, pero no [se trataría] de una subjetividad de su tipicidad". Este elemento típico sólo sería "el dolo expresado, inusualmente, en su tipicidad descriptiva"⁸⁰⁰. Por eso se suele entender que este elemento sólo debe ser entendido como una reiteración del elemento "dolo" que tiende a excluir casos de "dolo eventual". Ésa es, por lo demás, la interpretación que se ha hecho en la Argentina, donde se carece de este elemento⁸⁰¹.

799. Sobre esto, CREUS, p. 338. En cambio admite el dolo eventual, al no encontrar ningún "propósito especial" en el tipo subjetivo, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 257; 2.^a ed., p. 289, 3.^a ed., p. 343.

800. FERREIRA DELGADO, p. 29.

801. CREUS, p. 338.

Por un lado, es cierto que desde que se entiende al "dolo" como "dolo natural", los ánimos distintos del "conocer y querer" los elementos del tipo objetivo deben entenderse como *elementos subjetivos especiales*. Pero en el caso particular del "peculado", donde el beneficio perseguido por el agente "para sí o para otro" es consustancial a las acciones típicas de apropiarse o utilizar, pues ellas de por sí ya implican la búsqueda de este beneficio, hay un "ánimo de lucro" implícito⁸⁰². Claro que ello no implica exigir que el sujeto activo busque un enriquecimiento posterior a la apropiación misma⁸⁰³. Esta interpretación ha sido hecha en España durante el anterior tipo penal; en el actual artículo 432 se menciona expresamente el "ánimo de lucro", el cual es entendido mayormente como "propósito de provecho directo y de carácter económico"⁸⁰⁴. Y con esto queda excluido también el "dolo eventual".

Por otro lado, la falta de exigencia expresa de "ánimo de lucro" en el tipo penal peruano permite comprender en el tipo una serie de conductas observadas en la práctica. En algunos casos, efectivamente, el sujeto activo no persigue beneficiarse económicamente, sino perjudicar a la Administración Pública o a un tercero para quien estaban destinados los bienes que el funcionario debía administrar, custodiar o percibir. P. ej., el funcionario público que por razones políticas (para desestabilizar al gobierno, proteger a

802. En este sentido también, acertadamente, PORTOCARRERO, p. 174 y s.

803. Así ETXEBARRÍA, para quien, sin embargo, el "ánimo de lucro" podría verse compensado en el caso de que el sujeto pretenda una compensación de cantidades debidas a él por la administración; en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 195.

804. Ver FEIJÓO, p. 728; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 48, col. der.; MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1894; Carlos MIR, p. 306 y ss.; ROCA AGAPITO, analizando un caso jurisprudencial y proporcionando diversos conceptos sobre el "ánimo de lucro", p. 1727 y ss.

otros funcionarios de investigaciones judiciales) destruyera los "efectos" a favor del Estado que debía custodiar. O también cuando el depositario se apoderara de bienes encomendados a él en virtud de un embargo para hacerse pago de las deudas que el embargado tiene con él; o, en los casos de "comisión por omisión", cuando tal "ánimo de lucro" falte en el tercero o el omitente erróneamente suponga que éste actúa sin él⁸⁰⁵.

La CONSUMACIÓN se da no con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio (apropiación). Por lo mismo es perfectamente posible la TENTATIVA⁸⁰⁶. Si, además, se exige "perjuicio patrimonial" en la modalidad de "apropiación", en el sentido de una disminución contable de bienes de la administración, la tentativa será posible hasta antes de que se verifique esto. En el caso de la "utilización", la tentativa será posible hasta antes de dar uso privado a los bienes; p. ej., cuando éstos son llevados al lugar donde se les va a dar uso privado.

AUTOR del peculado sólo puede ser un funcionario público con respecto a los "efectos o caudales" sobre los cuales tiene la función de "percibir, administrar o custodiar", sea porque dicha tarea es inherente a sus funciones públicas o porque le ha sido encomendada excepcional o temporalmente por una autoridad competente. La doctrina admite como autor al funcionario que se coloca en situación de administrador, perceptor o custodio de facto, siempre y cuando las leyes no se opongan a esto⁸⁰⁷. Lo mismo

805. Destaca esto ROCA AGAPITO, quien critica por eso la exigencia de "ánimo de lucro" en los delitos de "malversación" (peculado) del nuevo C.P. español, p. 1734 y s.; ver también jurisp. española (a favor y en contra de la punición de la apropiación de bienes del Estado "para hacerse pago de deudas de la administración") en Carlos MIRA, p. 306 y s.

806. También lo admite Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 257; 2.^a ed., p. 289 y s., 3.^a ed., p. 343 y s.

807. CREUS, p. 335. —————

vale para el funcionario de facto que ejerce lícitamente, pero sin cumplir en realidad con los requisitos legales o sin haber cumplido con las formalidades de ley. También es autor el funcionario separado temporalmente, pues no es necesaria la tenencia material.

Cualquier otro funcionario no vinculado funcionalmente con los bienes y el particular que prestara colaboración (así sea decisiva e implique dominio del hecho) será solamente PARTÍCIPE del delito de peculado. Ello se desprende de la teoría de la "unidad del título de imputación", tal como ya se vio en el lugar correspondiente (ver *supra* 1.2.1). Si los hechos principales fueron cometidos por un funcionario público que no tuviere (o no tuviere más; al haber pasado la función específica a otro funcionario) el deber especial de custodia, percepción o administración de los caudales o efectos, éste también será *extraneus* y habrá cometido un delito común (o si se dan los elementos, otro delito contra la Administración Pública)⁸⁰⁸. Si se tratara de sujetos contratados para ejercer una función pública de percibir, custodiar o administrar (p. ej., custodios privados, ejecutores privados, etc.) que le correspondería a funcionarios en sentido administrativo, también podremos decir que se extiende a ellos la cualidad de "funcionario público" en virtud del artículo 425, numeral 3, tal como ya se vio al inicio⁸⁰⁹.

808. También ver Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 260, supuesto a); 2.ª ed. 292, 3.ª ed., p. 349, supuesto a). De manera específica sobre "autoría y participación" en el delito de peculado (llamado "malversación" en España), ver MUÑOZ CONDE, p. e., p. 876 y s.; Carlos MIR, p. 308 y ss.

809. Anteriormente Fidel ROJAS parecía sostener, sin mayores argumentaciones, que en estos casos solamente habría delito común; ver 1.ª ed., p. 260, letra d); 2.ª ed., p. 293. En la 3.ª ed. (supuesto d, p. 349) se hace la aclaración de que el caso está referido a la colaboración con funcionarios que no tienen vinculación con el cargo; caso distinto que efectivamente debe ser resuelto en la forma que el autor señala.

Aisladamente se puede encontrar jurisprudencia nacional en el sentido de una "ruptura del título de imputación" que niega la posibilidad de participación de *extranei* en delitos especiales (aunque no se argumente conscientemente en el sentido de esta teoría)⁸¹⁰. Pero también hay jurisprudencia que exige una "unidad del título de imputación" en el delito de peculado cuando concurren varias personas en la comisión del delito: "tanto autores como partícipes responden por el mismo y único ilícito penal cometido"⁸¹¹.

En cambio, el *usurpador* particular o funcionario no puede ser autor de peculado, sino sólo de delito contra la propiedad. Esto se debe a que ellos no reúnen el requisito de administrar, percibir o custodiar en razón de su cargo o por designación legítima. También se equipara al usurpador, el funcionario que haya cesado en sus funciones.

El TIPO AGRAVADO del segundo párrafo del artículo 387 simplemente se refiere al destino (o sea la función pública) que van a cumplir ciertos bienes: los fines asistenciales o programas de apoyo social (ver sobre esto 3.3.9 c). Aquí el mayor injusto está en el mayor daño que la conducta pueda causar en determinados administrados. Obviamente, el agente también debe abarcar con su dolo estos elementos. Ejemplo: el funcionario que se apropia de alimentos destinados a poblaciones de escasos recursos, o de bienes a ser repartidos a poblaciones que han sufrido catástrofes naturales. Lo difícil es determinar hasta dónde alcanza el concepto "fines asistenciales", pues se trata de un elemento normativo difícil de delimitar. Los "programas de ayuda social", en cambio, encontrarán su definición en las normas legales respectivas que

810. E. S. de 15-03-1994, exp. N.º 1885-92-B, procedente de Ancash, y la E. S. de 17-12-1985; ambos casos citados por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 259 y s., nota 299; 2.ª ed., p. 292, nota 299, 3.ª ed., p. 348, nota 407.

811. E. S. de 08-07-1980, *Jurisprudencia penal*, Trujillo, 1997, p. 170.

los creen; p. ej., el "programa del vaso de leche". En el primer caso, el legislador no parece indicar un sinónimo del segundo ni una creación del "fin asistencia" mediante una norma específica; nada obliga a esta interpretación⁸¹²; más bien, la existencia a continuación de un supuesto que sí depende de la creación legal hace suponer lo contrario.

Hubiera sido interesante que la "agravación" se base en un supuesto que considere el "valor de las cantidades (o bienes) sustraídas" y (conjuntamente) el "daño o entorpecimiento producido al servicio público" como en el artículo 432 del C.P. español; o incluso cuando se trate de bienes de "valor histórico o artístico"⁸¹³.

Y tampoco hubiera sido malo incluir una "atenuación" en función de la cuantía de los bienes como en el artículo 432, numeral 3 del C.P. español.

Con los delitos comunes contra la propiedad no será posible el CONCURSO si se siguiera la tesis de la "unidad del título de imputación" o la "infracción del deber" para fundamentar la autoría: o hay peculado o hay hurto o apropiación ilícita; la participación de los demás intervinientes se construirá sobre esa base del tipo tomado en cuenta para la autoría⁸¹⁴. Tampoco es posible el concurso con las "exacciones ilegales" (art. 383) o con la "concusión"

812. Fidel ROJAS parece entender que se trata de sinónimos y que ambos casos se refieren a actividades de entidades creadas específicamente con finalidad social como el "Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social" (FONCODES) y el "Programa Nacional de Apoyo Alimentario" (PRONAA); ver 1.^a ed., p. 261; 2.^a ed., p. 294, 3.^a ed., p. 350.

813. Al respecto, Carlos MIR, p. 304. El supuesto adicional de la legislación española, bienes de "valor histórico o artístico", no parece imprescindible, pues por su usual valor económico ya estarían comprendidos en el primer supuesto de agravación.

814. Esto no lo toma en cuenta Fidel ROJAS quien sí admite el concurso de delitos con la apropiación ilícita y el hurto; 1.^a ed., p. 261; 2.^a ed., p. 293, 3.^a ed., p. 350.

(382), pues en el primer caso, el bien exigido o recibido con engaños ni tiene legitimación ni tampoco, en la mayoría de los casos (salvo cuando, de admitirse ello, se de la exacción contra la propia administración) existe una "apropiación" del bien por parte del funcionario; y en la "concusión", los bienes recibidos con violencia o engaño, aunque el funcionario se apropie de ellos, no son bienes "públicos"⁸¹⁵. Solamente sería posible, evidentemente, el concurso con la falsificación de documentos (arts. 427 y s.) cuando el funcionario haga uso de este medio para apropiarse de los bienes públicos (p. ej., falsificando una orden de giro de depósitos a una cuenta a su nombre o a nombre de un tercero).

Un problema derivado del "perjuicio patrimonial" es el relacionado con la CUANTÍA del "peculado". La doctrina quiere hacer valer aquí el principio de la "insignificancia" por el cual, p. ej., no habría perjuicio cuando se usa indebidamente la máquina de escribir o el papel del empleador⁸¹⁶. Este elemento debería ser introducido pues, dado que el injusto penal está en función de la gravedad de la afección al patrimonio administrado, el monto del "peculado" debería tener alguna relevancia penal⁸¹⁷. El tipo penal peruano no contempla la cuantía y podría llevar a una aplicación ciega para casos realmente ridículos⁸¹⁸.

815. Tampoco en esto acierta Fidel ROJAS quien sí admite el concurso con las "exacciones ilegales" (1.ª ed., p. 261; 2.ª ed., p. 293, 3.ª ed., p. 350), pese a que exige "procedencia lícita" en los bienes percibidos por el funcionario en caso de "peculado" (1.ª ed., p. 252; 2.ª ed., p. 284, 3.ª ed., p. 333).

816. PEÑA OSSA, p. 79.

817. Fidel ROJAS parece avalar esta tendencia, 1.ª ed., p. 258; 2.ª ed., p. 291, 3.ª ed., con más claridad y extensión, p. 346 y s.

818. La jurisprudencia nacional también ha considerado que el tipo de peculado es aplicable sin atender a la "cuantía" del desmedro patrimonial para la administración; ver al respecto E. S. de 03-07-1991, exp. N.º 1141-90, Loreto; E. S. de 21-12-1990, E. S. de 15-03-1994, exp. N.º 527-92-B, Lima, citadas todas por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 258, nota 297; 2.ª ed., p. 291, nota 297, 3.ª ed., p. 345 y s., nota 404.

En la ANTIJURICIDAD no se observan particularidades dignas de resaltar. Es perfectamente posible que se invoque una "causa de justificación" como el "estado de necesidad", pero en tal caso, deben presentarse los elementos que la ley exige. P. ej., en el caso de necesidades familiares de tipo urgente por existir un mal inminente y grave que no deje "otro camino" que recurrir a los bienes del Estado que se administran; o la necesidad de recurrir a bienes del Estado para asistir a víctimas de una catástrofe, o la entrega de víveres almacenados a la población hambrienta y damnificada de una inundación en una localidad incomunicada⁸¹⁹. Pero, si con una finalidad loable se venden bienes de la administración para adquirir unos mejores para ella misma, no es que exista un "estado de necesidad"⁸²⁰, sino una atipicidad del peculado, pues en este caso no existe el elemento "apropiación" ni "utilización" con destino privado, o por lo menos faltaría el tipo subjetivo respecto a esto; pero podría discutirse la aplicación del tipo penal de "malversación" (que a mi juicio también habría que negar al faltar el elemento "afección del servicio o de la función encomendada").

En la CULPABILIDAD se ha argumentado en algún momento el "miedo insuperable" en el caso del empleado que, por temor a perder el empleo, colaborara con otro jerárquicamente superior para que éste se apropie de caudales de la administración⁸²¹. Pero es dudoso que esta situación constituya un "miedo insuperable" de

819. Ejemplos de la jurisp. española; ver en Carlos MIR, p. 312 y s.

820. Erróneamente en este sentido la E. S. de 28-05-1998, exp. N.º 6116-97, procedente de Ancash, en la que los actores vendieron ganado vacuno y productos vegetales del Instituto Superior de Percobamba para reinvertir lo obtenido en beneficio de la propia institución, sin que se cause perjuicio económico a ella; ver sumilla citada en Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 309; 2.ª ed., p. 343, 3.ª ed., p. 419, sumilla 2.

821. Cfr. Carlos MIR, p. 313.

manera general. Si, tal como ya se dijo al analizar los delitos de "resistencia" y "desobediencia", la "obediencia jerárquica" no puede ser considerada justificación del subordinado cuando para éste sea evidente que la orden contenía un delito, su "temor", para que pueda alcanzar niveles de una "exclusión de la culpabilidad", deberá producirse de manera realmente excepcional cuando el "mal generador del miedo" sea de tal magnitud especial (mayormente, aunque no siempre, cuando estén en juego bienes jurídicos personalísimos) que sea "insuperable" para un hombre promedio situado en la situación del sujeto⁸²².

El REINTEGRO de los bienes no produce ningún efecto en el "peculado por utilización", pues el tipo penal presupone precisamente esto. Pero en el "peculado por apropiación", tal reintegro sí debería tener alguna consecuencia. Ante el silencio del tipo penal, solamente podrá servir como atenuante dentro del marco de pena previsto. En otras legislaciones se prevé una regla específica para atenuar la pena en cualquier caso de "peculado por apropiación". Así, en el artículo 139 del C.P. colombiano de 1980 se prevén distintos supuestos y momentos del reintegro con distintas consecuencias jurídicas⁸²³. El segundo párrafo del artículo 433 C.P. español prevé una cláusula que permite considerar solamente la "malversación" (léase: peculado) por distracción (que tiene menos penalidad) cuando el sujeto reintegrara el importe de lo distraído dentro de los 10 días siguientes al inicio del proceso⁸²⁴.

822. Véase MORALES PRATS en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 181 y ss.

823. Al respecto ver FERREIRA DELGADO, p. 54 y ss.

824. Pero por lo visto, esto solamente es aplicable en los casos en los cuales hay dudas sobre el carácter temporal o definitivo de la distracción; si constara fehacientemente la "apropriación", ya no es aplicable tal cláusula; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 874 y s.

3.3.4 El peculado culposo (art. 387, último párrafo)

Artículo 387.- (...) (tercer párrafo)

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 la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad no será menor de tres ni mayor de cinco años.

El supuesto culposo también estaba contemplado en el artículo 346, segundo párrafo del C.P. de 1924, pero con una penalidad mucho menor: pena de multa de tres a noventa días (aumentada posteriormente a 10 a 180 días). También es importante la fuente colombiana: la figura estaba prevista en el 154 del C.P. de 1936, y también lo está en el artículo 137 del C.P. de 1980. En Argentina se emplea el término de "malversación culposa" en el artículo 262 del C.P, pero sólo prevé la multa como sanción penal.

Los elementos típicos son los siguientes:

— **SUJETO ACTIVO.** Se trata del funcionario público que tiene relación funcional específica con los bienes sustraídos por un tercero. Se dice también que consiste en el funcionario con la "tenencia jurídica" de los bienes, pues lo que se reprocha es precisamente la infracción culposa de su deber de conservarlos⁸²⁵.

No es autor del delito el funcionario que se ocupa *de hecho* de los bienes, cuando la custodia funcional le correspondía a otro; más bien en este otro habrá ya una "infracción del deber de

825. Cfr. FERREIRA DELGADO, p. 48.

cuidado" y la posibilidad de que recaiga en él la imputación por el delito.

— INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO. La conducta reproachable del funcionario consisten en "dar ocasión" a la sustracción del bien por un tercero. Esto significa faltar a los deberes del cuidado debido en la administración, percepción o custodia de los caudales o efectos, que es exigible para evitar sustracciones por parte de terceros⁸²⁶.

Ejemplo, el almacenero que se retira a su casa dejando abierta la puerta del almacén y permite así que otro se lleve bienes. O el Alcalde que no exige rendición de cuentas al anterior y permite así que "sustraiga" caudales (E. S. de 10-11-1997, exp. N.º 3623-96, Arequipa); o el cajero de un Hospital del Estado que culposamente permite que terceros hagan efectivos cheques que le correspondían al hospital (E. S. de 23-10-1997, exp. N.º 5526-96, Lima)⁸²⁷.

El "cuidado debido" debe ser naturalmente uno "exigible" al funcionario; no se le puede exigir más cuidado que el establecido en los propios reglamentos o más de lo que éste puede cumplir por sus capacidades personales limitadas⁸²⁸. Pero, obviamente, si el cargo exigía ciertos conocimientos que el funcionario no tenía, y debido a éstos los bienes se pierden, siempre habrá infracción del deber de cuidado, pues éste consistía ya en la aceptación de ejercer una función sin tener los conocimientos suficientes⁸²⁹.

826. Similar, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 270 y s.; 2.ª ed., p. 302 y s., 3.ª ed., p. 365.

827. Ambos supuestos citados por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 271, nota 308; 2.ª ed., p. 303, 3.ª ed., p. 366 y s., nota 425. Pero en el primero podría ser discutible la tipicidad del "peculado culposo" del nuevo Alcalde debido a la falta de una verdadera "sustracción" si el Alcalde saliente tenía los bienes con anterioridad.

828. Similar, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 271; 2.ª ed., p. 303, 3.ª ed., p. 366.

829. Así FERREIRA DELGADO, quien habla aquí de la vieja noción de "impericia", p. 49 y s.

El "tercero" puede ser otro funcionario o un particular que actúe dolosamente cometiendo un hurto, un robo o incluso una estafa⁸³⁰.

El problema está en si el "tercero sustractor" podría ser otro funcionario que también tenga la función específica de administrar, custodiar o percibir los caudales o efectos conjuntamente con el agente. Considero que, en este caso, sólo habría peculado doloso de este tercero y no también el peculado culposo del primero porque la "relación de antijuricidad" se refiere a que el resultado se produzca precisamente por otro que no tiene la función específica.

— RESULTADO TÍPICO. Como todo delito culposo, además de la "infracción del deber de cuidado", para que haya delito se necesita un "resultado típico" (la pérdida del bien por sustracción dolosa de un tercero) y una "relación de antijuricidad" (que dicho resultado se deba precisamente a la infracción del deber de cuidado)⁸³¹.

El "resultado" consiste en la SUSTRACCIÓN dolosa de los bienes por un tercero que consiste en la aprehensión física de los bienes para alejar los caudales o efectos de la esfera de custodia de la administración⁸³². No se necesita que el tercero se "apropie" de los bienes como ocurre en el "peculado doloso", pero esto es evidente, pues el tercero no debía estar en posesión legal previa de estos. Es decir, el tipo penal presupone un "hurto" de parte del "tercero". Si el "tercero" había recibido previamente los bienes de

830. Igual, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 272; 2.ª ed., p. 304, 3.ª ed., p. 368.

831. En este sentido hay una "causación" en contra de lo que afirma PORTOCARRERO; ver p. 178.

832. Similar, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 270; 2.ª ed., p. 302, 3.ª ed., p. 364 y s., aunque emplea ejemplos jurisprudenciales referidos más bien a la falta de un "resultado típico" de "sustracción".

parte del funcionario con la obligación de devolverlos, sí tendríamos una "apropiación" por parte de este sujeto que podría ser punible como "apropiación ilícita" (art. 190 C.P.); pero en este caso la conducta del funcionario, por más imprudente que haya sido (p. ej., dar los bienes a un tercero desconocido), no es punible como delito.

El tercero puede ser cualquier persona, incluso un funcionario público⁸³³. Estos no cometerán peculado, sino sólo un delito contra la propiedad, si se cumplieran los demás requisitos de los tipos correspondientes. Si hubiera connivencia con el autor, ya no puede hablarse de "culpa" y, por lo tanto, el funcionario público habrá cometido un PECULADO DOLOSO, y los demás serán partícipes de este delito⁸³⁴.

La jurisprudencia nacional acertadamente exige constantemente la producción de este "resultado típico", pues no basta con el simple descuido, pérdida o desorden en el desempeño del funcionario, así esto haya puesto en peligro a los bienes⁸³⁵.

— RELACIÓN DE ANTIJURICIDAD. Este elemento admite la "imputación objetiva" para extraer del ámbito punible a aquellas infracciones del deber de cuidado que no han derivado en un resultado típico por falta de aumento de riesgo, de realización del riesgo en el resultado o por estar el resultado fuera del ámbito de protección de la norma que origina el deber de cuidado. La sustracción de los bienes debe ser posibilitada o facilitada por la imprudencia del funcionario, y no por otra causa, y tampoco pue-

833. CREUS, p. 351.

834. FONTÁN BALESTRA, p. 291.

835. Así en la E. S. de 01-02-1989 (irregularidades administrativas de registro y control en reparto de víveres donados, sin pruebas de una sustracción), y la E. S. de 15-04-1970 (desorden en las cuentas del síndico de rentas de una municipalidad), citadas por ROJAS, 1.ª ed., p. 317, N.º 42, y 318, N.º 53; 2.ª ed., p. 351 y s., 3.ª ed., p. 428 y s., N.º 42, p. 431, N.º 53, respectivamente.

de responder el funcionario por el dolo o la propia culpa de otros, si ha realizado su conducta dentro de lo establecido por la ley. P. ej., si el funcionario, con su infracción del deber de cuidado crea un riesgo para que el bien sea sustraído, pero la sustracción efectivamente producida se realiza sin aprovechar este riesgo creado, no habrá peculado culposo. Ejemplo: el funcionario se olvida de cerrar la caja de caudales, pero el ladrón no se da cuenta de ello y utiliza un soplete para abrirla y llevarse el dinero que se encontraba adentro⁸³⁶.

Un ejemplo jurisprudencial de imputación objetiva referida al "ámbito de responsabilidad" (no se responde por el dolo de terceros) es la enunciada (aunque no invoque a la "imputación objetiva") en la E. S. de 03-07-1998, exp. N.º 58120-97, proveniente de Apurímac⁸³⁷: el administrador de la Dirección Subregional de Salud que dispone, sin quebrantar normas, que otros funcionarios realicen adquisiciones de útiles de oficina y de limpieza, quienes aprovecharon esta posibilidad para cometer delitos dolosos.

— TIPO SUBJETIVO. En este delito tiene que existir *culpa* o *imprudencia* en el funcionario público, pero en relación con la situación que propicia la actividad dolosa del tercero para sustraer los bienes. No debe haber "connivencia" entre el funcionario y el tercero; si ella existe, habrá peculado doloso⁸³⁸.

También es importante observar que para que se dé la CONSUMACIÓN se necesita un "resultado típico", el cual consistirá en la "sustracción" del bien por un tercero; pero no es indispensable la "apropiación" del bien⁸³⁹. Es decir, mientras que el funcionario

836. Ejemplo citado por CREUS, p. 350.

837. Citada por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 309, N.º 1; 2.ª ed., p. 343, N.º 1, 3.ª ed., p. 419, N.º 1.

838. CREUS, p. 351; FONTÁN BALESTRA, p. 291.

839. También lo destaca PORTOCARRERO, p. 179.

ya habrá cometido peculado culposo, el tercero podría haberse quedado todavía en grado de tentativa de un delito común que requiera "apropiación". En cambio, en el caso del funcionario no puede haber TENTATIVA del delito culposo, pues el injusto penal exige siempre la producción del resultado; la simple infracción del deber de cuidado es irrelevante por sí sola para el Derecho penal⁸⁴⁰.

Entre las conductas del funcionario y del "tercero" no puede haber un CONCURSO⁸⁴¹, aunque sí un solo hecho que merecerá una valoración jurídico-penal por separado para cada conducta de las dos personas que "concurran" en él. Cada participante en los hechos es autor de su propio injusto⁸⁴²: el funcionario, de "delito culposo" y el tercero, de un hurto, robo o estafa.

Finalmente hay un SUPUESTO AGRAVADO del tipo culposo en función del carácter de los bienes: su finalidad asistencial o su destino a programas de apoyo social (ver sobre esto 3.3.9 c). Aquí, la privación de libertad se eleva a una entre 3 y 5 años. Para que se produzca esta agravación, el funcionario debió conocer su carácter; en caso contrario, se atentaría contra el principio de exclusión de la responsabilidad objetiva del artículo VII del Título Preliminar del C.P.⁸⁴³.

3.3.5 El peculado de uso o por distracción de bienes específicos

Artículo 388.- El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehícu-

840. Igualmente, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 273 y s.; 2.ª ed., p. 305, 3.ª ed., p. 369 y s.

841. Confusamente habla de "concurso" en este contexto Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 272; 2.ª ed., p. 304, 3.ª ed., p. 368.

842. Así también CREUS, p. 352.

843. En el mismo sentido, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 274; 2.ª ed., p. 306, 3.ª ed., p. 370.

los, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

Como ya se dijo anteriormente, este "peculado de uso" debe diferenciarse, en el C.P. peruano, del "peculado de utilización" del artículo 387. Y su única diferencia (artificial e insuficiente, pero obligatoria por imposición legal) estriba en que en el artículo 388 los bienes públicos usados son "instrumentos de trabajo" como vehículos, máquinas u otros, mientras que los bienes utilizados del artículo 387 son "caudales o efectos" distintos de aquellos. (p. ej., dinero o documentos negociables).

Por lo demás, no se entiende esta diferencia, pues en ambos casos el injusto penal es igual, no obstante lo cual la sanción penal es diferente. Por lo visto, se trataría de una "creación" del legislador peruano, "inspirado", tal vez, en el C.P. portugués de 1932⁸⁴⁴. En el C.P. argentino, usado normalmente como fuente por el legislador nacional, no se encuentra una figura similar. En cambio existe un "peculado de trabajos o servicios" referido al funcionario que emplea en provecho propio o de un tercero los trabajos o servicios pagados por la Administración Pública (art. 261, segundo párra-

844. Observación de Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 277; 2.ª ed., p. 309, 3.ª ed., p. 376, aunque con una valoración favorable a esta disposición legal que "ha cubierto un vacío legal" (p. 278). No se percata que tal vacío ya estaba cubierto de todos modos por el artículo 387 bajo la modalidad de "utilizar".

fo). En el caso peruano este supuesto ya está comprendido dentro del "peculado por apropiación".

El "peculado de uso de bienes específicos" supone un menor injusto penal que el de apropiación dado que los bienes solamente son aprovechados en cuanto a sus funciones, mas no son separados del patrimonio de la Administración Pública. En España, por ejemplo, donde por cierto los bienes susceptibles de ser "usados" son "caudales o efectos", la pena solamente es de multa y de suspensión temporal del empleo o cargo público.

Los elementos típicos del "peculado de uso" son:

— SUJETO ACTIVO. Es fundamentalmente el funcionario público, pero en relación con los bienes públicos que haya recibido como instrumentos de trabajo. Aunque se suele pensar que no existiría una relación funcional entre el funcionario y los bienes⁸⁴⁵, ello no es así. Los instrumentos de trabajo constituyen bienes "administrados" por los funcionarios que son recibidos por éste con la finalidad de emplearlos en el desempeño de sus labores funcionariales. Si ello no fuera así, en caso de que el funcionario se "apropie" de estos bienes, no cometería tampoco un "peculado doloso de uso", sino un hurto.

Según el segundo párrafo del artículo 388, el tipo penal extiende la autoría también a "contratistas" de obras públicas y a sus "empleados", en relación con los bienes de la Administración Pública, que ellos usen de manera privada en el marco de su actividad contratada con aquélla. En el caso de los "contratistas", se trata de personas que ejecutan obras para la Administración Pública en virtud de un contrato.

845. Así, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 278; 2.ª ed., p. 310. En la tercera edición hace la precisión de que podrían existir hipótesis en las cuales sea necesaria tal "relación", p. 377.

— USO PRIVADO. El término USAR es en realidad sinónimo de "utilizar", e implica como éste un acto de beneficiarse con las propiedades funcionariales de un bien, sin consumirlo. Pero el uso de los bienes, debe ser además *privado*, es decir, debe producirse con fines ajenos a la función pública para la cual han sido destinados; p. ej., el funcionario que con la maquinaria a su cargo, destinada a construir una escuela, construye una casa para sí mismo. Si se diera a los bienes una finalidad pública distinta (p. ej., en vez de construir una escuela con la maquinaria, se la emplea para construir un camino público), estaremos ante una "malversación".

También se sanciona el PERMITIR USAR, es decir, el comportamiento omisivo doloso que consiste en tolerar, consentir, autorizar que otra persona distinta (natural o jurídica) dé aplicación privada de uso a los bienes públicos. Si el sujeto activo permitiera culposamente el uso privado por otro, no habrá delito. En el caso de que permitiera dolosamente el uso público distinto de la finalidad pública específica que tenían los bienes, tampoco habrá delito, salvo —como se verá más adelante— que se considere aplicable el tipo penal de "malversación" (art. 389).

El tipo penal no exige algún elemento de *especial lesividad*. Esto podría ser exageradamente represivo. Debería integrarse en el tipo un elemento que exija la "obstaculización grave de los objetivos de la Administración Pública"⁸⁴⁶.

— BENEFICIO PROPIO O AJENO. Cuando el tipo penal exige que el uso típico sea para "fines ajenos al servicio" se está refiriendo a un "uso privado" y, por lo tanto, señala que los beneficios que aporta esto deben estar orientados a beneficiar al funcionario o a un

846. Acertadamente, recogiendo una propuesta de ANTOLISEI, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 280 y s.; 2.ª ed., p. 312 y s.; 3.ª ed., p. 379 y s.

tercero, mas no al Estado. Pero esto no significa que se exija la producción efectiva de este beneficio privado.

Es erróneo considerar que el beneficio sólo deba incidir en el funcionario público, incluso cuando éste permita dolosamente que "otro" use el bien⁸⁴⁷. Ello no se desprende de la redacción del tipo penal, ni tampoco se deduce materialmente a partir del bien jurídico tutelado: también afecta al correcto funcionamiento de la Administración Pública el hecho de que quien obtiene los beneficios del uso privado de bienes públicos sea un particular, siempre y cuando el funcionario público haya permitido esto quebrantando dolosamente sus deberes.

— INSTRUMENTOS DE TRABAJO. Este concepto es muy amplio, no obstante lo cual el propio tipo penal establece una pauta orientadora al destacar, a manera de ejemplo, a los vehículos y maquinarias. Debe entenderse, entonces, que solamente se trata de todo tipo de herramientas, máquinas, vehículos o aparatos indispensables para el desempeño de una función pública; no pueden serlo el dinero, los título-valores, los bienes consumibles como el papel, los alimentos, la mano de obra, los inmuebles, etc. En caso de estos bienes, debe acudir al "peculado de utilización" del artículo 387⁸⁴⁸. Por otro lado, los bienes deben *pertenecer* a la Administración Pública o hallarse *bajo la custodia* del funcionario público. En este último caso, también se incluyen bienes privados confiados a la Administración Pública, sea voluntaria o coercitivamente: bienes embargados, bienes dados en prenda o como fianza.

Por expresa disposición del artículo 388, tercer párrafo, no se considerarán como "instrumentos de trabajo" a los vehículos

847. Asume esta interpretación PORTOCARRERO, p. 184.

848. De manera diferente, Fidel ROJAS entiende erróneamente que la "mano de obra" sí se encuentra dentro de los "instrumentos de trabajo" del artículo 388; 1.ª ed., p. 279; 2.ª ed., p. 311, 3.ª ed., p. 377.

motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo. La exención parece ser absoluta (si no, no tendría sentido su previsión específica) para todo "uso privado" que dé el funcionario al vehículo motorizado que se le haya entregado para que cumpla con sus funciones públicas. Esta exención resulta difícil de justificar, pues parece constituir un claro caso de violación del principio de igualdad: si en realidad se quería reconocer un límite para casos de bagatela, éste debió establecerse no solamente para estos bienes (asignados a funcionarios de alto nivel), sino a otros bienes menores y, sobre todo, en función del perjuicio que se ocasione o pueda ocasionar para el cumplimiento de la finalidad pública postergada. Y, menos aún, debería hacerse extensiva esta exención típica a los empleados del funcionario que den uso privado a los vehículos motorizados de estos⁸⁴⁹.

— DOLO. No se exige "ánimo de lucro", aunque esto sea lo que usualmente buscará en la práctica el funcionario público. Ejemplo: también será peculado de uso el hecho de usar los bienes públicos para satisfacer la vanidad del funcionario.

La restitución del bien no hace desaparecer el delito. El mero uso ya implica una atentado contra el patrimonio de la Administración Pública, ya que se ha dado una incorporación de los bienes al patrimonio particular, aunque ésta sea temporal⁸⁵⁰.

En la modalidad de "usar", se trata de un delito de "mera actividad", donde el mero uso o la conducta permisiva por sí mismas consuman el delito⁸⁵¹. En el caso de "permitir que otro use" hay un delito de resultado. En ambos casos es posible la TENTATI-

849. En cambio, sí cree que esto debe ser así, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 281 y s.; 2.ª ed., p. 313 y s., 3.ª ed., p. 381.

850. ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 198.

851. Diferente, Fidel ROJAS quien considera que también el "usar" sería un delito de resultado; 1.ª ed., p. 281; 2.ª ed., p. 313, 3.ª ed., p. 380.

VA, según las circunstancias. P. ej., trasladar los instrumentos al lugar donde van a ser usados con finalidades privadas.

En la AUTORÍA y PARTICIPACIÓN es interesante observar que, en la modalidad de "usar", es posible la participación de terceros funcionarios o particulares. En la modalidad de "permitir que otro use", el funcionario será "autor" del "peculado doloso de uso de bienes específicos", y el "otro", un partícipe necesario (im-pune) de este delito. No hay razón ni necesidad para "romper el título de imputación" y considerar al "otro" como autor de un delito común de "hurto de uso" (art. 187) o "hurto simple" (art. 185)⁸⁵². Además, estas figura tampoco serían aplicables para este caso, pues la primera figura exige una "sustracción" previa del sujeto activo; y el "hurto" exige, además, un ánimo de lucro y un apoderamiento.

La jurisprudencia nacional ha admitido, en algún caso, el *consentimiento* como causa de justificación de un "uso privado" de bienes públicos. Así, cuando el Director del Centro de Desarrollo Rural de Chuquibamba (bajo consentimiento de su superior) utilizaba dos camionetas de servicio oficial para visitar sus propiedades los fines de semana (E. S. de 26-03-1998, exp. N.º 4279-96, Arequipa)⁸⁵³. Esto es inadmisibles bajo todo punto de vista. No so-

852. Interpretación sugerida por Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 281; 2.ª ed., p. 313. En la tercera edición, diferencia los casos y admite, siguiendo mi razonamiento, que usualmente no sea posible el "hurto" en el otro, pero que podría haber algún caso de "sustracción" (ver. p. 381). Pero incluso como caso excepcional veo difícil e innecesario admitir la figura de hurto en el "otro". Y es que para el "hurto" no basta tampoco la mera "sustracción"; más cercana estaría en todo caso la admisión de un "hurto de uso" (art. 187), el cual, sin embargo, tiene un mínimo reproche penal (privación de la libertad no mayor de un año), y tendría la dificultad de que habría sido precisamente el teniente legítimo del bien (el funcionario) quien ha permitido el uso.

853. Citado por Fidel ROJAS, aunque con reservas sobre la admisibilidad general del "consentimiento" debido al bien jurídico indisponible en el peculado; ver 1.ª ed., p. 282, nota 324; 2.ª ed., p. 314, nota 324, 3.ª ed., p. 382, nota 439.

lamente no puede operar aquí el "consentimiento" por no tratarse de un "bien jurídico" (objeto) "disponible" como lo exige el artículo 20, numeral 10 C.P., sino también la figura es típica en el supuesto de "permitir que otro use", si bien resulta problemática la interpretación de la exención específica otorgada al uso de vehículos "destinados al servicio personal por razón del cargo".

3.3.6 La malversación de fondos o peculado por aplicación pública distinta (art. 389)

Artículo 389.- El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años (Modificaciones según Ley 27151, pub. 07-07-99).

La figura penal de la "malversación" es de origen español (C.P. de 1885) y francés (Código Napoleónico de 1890); en cambio no se encuentra una figura similar en la fuente italiana⁸⁵⁴.

El término *malversar* indica, en cierto modo, un "invertir mal"⁸⁵⁵. El tipo peruano, antes de las modificaciones de julio de

854. Ver FERREIRA DELGADO, p. 40.

855. FONTÁN BALESTRA, p. 281. En España se admite también tal origen del término, aunque ahora se le aplique para lo que, según la terminología tradicional, sería el "peculado". CARLOS MIR, p. 276 y s.

1999, era muy similar al artículo 260 del C.P. argentino, pero éste sólo sanciona la conducta con multa. Además, a diferencia de la fuente argentina y del artículo 348 del C.P. de 1924 (que también seguía la fuente argentina), el tipo penal peruano no se refiere a "caudales o efectos" como objetos de la malversación, sino en general a "dinero o bienes". Por otro lado, el tipo penal peruano actual es más represivo que su similar argentino (que solamente sanciona con inhabilitación especial en el tipo básico y multa en el agravado) y que el del C.P. de 1924 (que, en su versión original, preveía un máximo de un año de privación de libertad más multa de tres a treinta días).

Con las modificaciones de julio de 1999, el tipo penal peruano ha refundido el segundo párrafo (que antes era agravante) en el tipo básico, el cual incluye ahora como elemento típico "la afeción del servicio o de la función encomendada". Además, se ha precisado que la "aplicación pública distinta" debe ser "definitiva".

En general, gran parte de la doctrina concuerda con que esta figura es poco grave y no debe constituir un delito, sino a lo sumo una *infracción administrativa*⁸⁵⁶. Además, se constata en la práctica que, en el desempeño de funciones públicas, a veces, incluso más allá de casos de "estado de necesidad", resulta necesario alterar el destino de los caudales para desempeñar correctamente las acti-

856. Ello ha llevado, p. ej., a derogar la figura del antiguo artículo 397 del C.P. español (conocido como "malversación impropia") en el nuevo cuerpo legal de 1995; v. al respecto ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 181; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 49. En el Perú coincide con esta posición PORTOCARRERO, p. 187; Fidel ROJAS no se manifiesta expresamente sobre esto, sino solamente señala las posiciones a favor de la descriminalización y otras que buscan perfeccionar la figura típica; 1.ª ed., p. 286; 2.ª ed., p. 318; en la tercera edición parece inclinarse a favor de la posición descriminalizadora en razón del principio de mínima intervención (ver p. 387).

vidades funcionariales; por ello la figura penal de la "malversación por desviación" ha sido considerada por buena parte de la doctrina como un delito meramente formal, una simple "deslealtad a la ordenanza reguladora" de la aplicación de caudales públicos⁸⁵⁷.

A pesar de esta dura crítica, hay que reconocer que la situación no es tan sencilla. Para legitimar la presencia de la figura de malversación en el Derecho penal no basta, por cierto, con afirmar que el país se sumiría en el caos si se permitiera a los funcionarios dar a bienes públicos con destino fijo, el destino público que ellos quieran⁸⁵⁸. Obviamente, esta conducta no debe estar permitida, pero el hecho de querer impedir esto no avala aun la respuesta penal, la cual —como se sabe— debe constituir el último recurso del legislador. Podría, sin embargo, haber casos en los que la desviación de la aplicación de los caudales sea muy grave, en que la alteración de las decisiones del legislador merezca realmente una sanción penal⁸⁵⁹. En muchos casos, incluso las aplicaciones distintas de caudales, podrían ocultar verdaderos peculados u otros atentados contra la Administración Pública. Por eso no debería rechazarse de plano la existencia del tipo penal de "malversación de fondos", sino pensarse en una estructuración distinta del tipo, incluyendo algún elemento adicional de peligrosidad de la conducta; concretamente podría exigirse, además, que la desviación de los caudales se haga en interés propio o de terceros, o que no sea razonablemente necesaria en el caso concreto.

En cuanto al OBJETO directamente protegido (bien jurídico para la terminología tradicional) se ha resaltado que aquí se busca

857. Esta última expresión viene de la jurisprudencia española anterior; ver ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 181.

858. FERREIRA DELGADO, p. 41.

859. Así ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 181.

preservar la *correcta y funcional aplicación de los fondos públicos* o el principio de "legalidad presupuestal" entendido como *la disciplina y racionalidad funcional en el servicio*⁸⁶⁰.

Los elementos típicos del delito son:

— SUJETO ACTIVO. Se trata de un funcionario público con la función de administrar bienes y de darles una aplicación pública determinada. No pueden "malversar" los funcionarios que accidentalmente ejercieran la administración de los bienes⁸⁶¹.

Algunos parecen hacer una distinción entre diversas funciones públicas: la función de *administrar* no sería asimilable, en este contexto, a la función de "custodiar" y, por ello, cuando el funcionario encargado de "custodiar" bienes dispone de ellos para otro uso oficial, no cometería "malversación", sino solamente un "abuso de autoridad"⁸⁶². Esta interpretación parece ser sostenible. Aunque, como ya se dijo más arriba para el caso del "peculado", el término "administrar" puede abarcar también a las conductas de "custodiar" y "percibir", no siempre el que "custodia" o "percibe" puede disponer "públicamente" de los bienes. Como el sujeto activo debe tener no solamente el carácter de "funcionario público", sino también una relación funcional con los bienes en el sentido de "capacidad legal de poder disponer de ellos"⁸⁶³, los meros custodios no estarían tampoco en capacidad de cometer el delito. Así,

860. Fidel ROJAS, remitiéndose a la E. S. de 10-11-1997, exp. 3923-96 (Ancash), ver 1.^a ed. p. 286 y s.; 2.^a ed., 318 y s., 3.^a ed., p. 387. De manera similar, CREUS habla de una protección del "ordenamiento patrimonial", p. 313.

861. Parece admitir este supuesto CREUS, pero debe entenderse que cuando él habla de acceso "accidental" a los bienes públicos se refiere a la forma como surge la función pública encomendada: que ésta sea propia de un funcionario de carrera o que se la encomiende específicamente a un funcionario, p. 318.

862. ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 287; 2.^a ed., p. 319, 3.^a ed., p. 387 y s.

863. También Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 288; 2.^a ed., p. 320, 3.^a ed., p. 388 y s.

el simple guardián contratado por la Administración Pública para custodiar bienes o los meros empleados del funcionario administrador de los bienes no pueden ser sujetos activos del delito de "malversación"; en estos casos habrá "abuso de autoridad" o cualquier otro delito⁸⁶⁴.

Algunos distinguen entre funcionarios que pueden *imputar* y los que pueden *disponer* de los bienes y señalan que solamente los funcionarios que pueden "disponer" serían sujetos activos del delito⁸⁶⁵. Esta distinción parece ser relevante para el caso peruano, con más razón ahora que se exige una "aplicación definitiva". Es decir, no comete aún malversación el funcionario que solamente "imputa" los bienes públicos para una finalidad pública distinta, sino solamente cuando, además, "dispone" de ellos en ese sentido. El que solamente "imputa" podría cometer otro delito o incluso ser partícipe del funcionario que "dispone" dolosamente de los bienes malversándolos.

Los que administran bienes privados, aunque sea por encargo de la administración, no son, en principio, autores de este delito; pero para ellos puede ser aplicable la extensión de la autoría prevista en el artículo 392.

— ACCIÓN TÍPICA. Consiste en *dar aplicación pública diferente*, de aquélla a la que están destinados, al dinero o bienes de la Administración Pública. "Se trata de un cambio de destino que los fondos tienen fijados, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero"⁸⁶⁶.

La acción típica se distingue de la del peculado por el hecho de que consiste siempre en una *aplicación pública* a los bienes pú-

864. Cfr. en este sentido correctamente ROJAS, Fidel, 1.^a ed. p. 287; 2.^a ed., p. 319, 3.^a ed., p. 387 y s.

865. CREUS, p. 319.

866. FONTÁN BALESTRA, p. 282; similar, FERREIRA DELGADO, p. 44.

blicos. La aplicación privada de los mismos bienes, si reuniera los demás elementos típicos, podría constituir un peculado⁸⁶⁷.

Además, esta aplicación diferente debe ser una *aplicación definitiva*. No se explica la fuente de este elemento agregado en la modificación de julio de 1999 ni cómo debe ser interpretado. El legislador parece haber querido descartar del tipo aquellas aplicaciones públicas distintas que sean subsanadas posteriormente, reintegrando al destino legítimo los bienes desviados⁸⁶⁸. Pero esta interpretación desconoce el hecho de que la malversación se consuma ya con el desvío de los bienes (el reproche se dirige precisamente a esta conducta); el posterior reintegro solamente podría constituir una atenuante. Permitir la atipicidad de la conducta por el reintegro posterior de los bienes desviados llevaría por lo demás, a una neutralización del efecto preventivo-general del tipo: siempre es posible reintegrar los bienes para eludir una persecución penal inminente.

Entonces, solamente quedaría como interpretación razonable entender que la "aplicación definitiva" se refiere al carácter de los bienes. Así, no existiría malversación en un grupo de casos de "aplicación temporal" cuando ella se refiera al "uso de bienes" sin disminuir su cantidad o calidad para el servicio originario; y solamente quedaría como típica la "aplicación pública distinta" que implique el *consumo o la disminución de idoneidad* de los bienes para el destino público inicial. De esta manera, la modalidad de "uso de bienes" que por su naturaleza incluyera la devolución de los bienes a la función pública original sin que estos sufran merma alguna, se vería beneficiada con la impunidad. Luego, sería atípica la distracción de maquinaria para realizar otra obra pública distin-

867. FONTÁN BALESTRA, p. 282.

868. Esta interpretación fue dada en la Corte Suprema colombiana, pero sin base legal; ver la crítica de FERREIRA DELGADO, p. 44 y s.

ta de la señalada, por más que esto afecte el servicio, pues la acción no tenía carácter definitivo. Pero sí sería típica la conducta que implica aplicar el dinero recibido a otra obra pública distinta de la encomendada, por más que se piense cubrir el vacío presupuestario con dinero público de la próxima remesa que sí estaba destinado para la obra ejecutada; aquí solamente se excluiría la tipicidad si no hubiera perjuicio para la función pública. En un sentido similar, también se ha interpretado que existiría carácter definitivo cuando fuera imposible el regreso de los bienes a la partida o rubro señalado⁸⁶⁹.

— DESTINO. Los bienes deben tener un *destino asignado*, sea por ley, decreto, reglamento o resolución de autoridad competente. El destino puede ser "genérico", cuando se refiere a un sector amplio de la administración, o "específico", cuando señala expresamente el destino final de los bienes⁸⁷⁰. El cambio de destino del primer caso implicará un cambio de género; p. ej., si estaban destinados "para el poder judicial" y se les destina al "poder ejecutivo".

Este destino suele estar estipulado en las leyes de presupuesto que se aprueban año a año, y son precisados en reglamentos, decretos, ordenanzas municipales, resoluciones, etc.

Si no existiera este "destino" expreso, el funcionario puede dar aplicación pública de los bienes a su libre arbitrio, pues se entiende que se ha dejado a criterio del funcionario su aplicación para fines públicos⁸⁷¹.

— OBJETO MATERIAL. El tipo penal peruano se refiere a "dinero o bienes", a diferencia de la fuente argentina que se refiere, consecuentemente con los tipos precedentes de peculado, a "caudales y efectos".

869. Fidel ROJAS, 2.^a ed., p. 321, 3.^a ed., p. 390.

870. Doctrina argentina, ver en CREUS, p. 316 y s.

871. Cfr. CREUS, p. 317.

El término *dinero* no ofrece mayores problemas. Pero el concepto *bienes* podría dar lugar a distintas interpretaciones, pues es muy amplio. Usualmente incluye objetos que no necesariamente tienen valor económico. Pero en el contexto del delito de "malversación", esta interpretación del concepto sería demasiado extensa y, aunque con pocas posibilidades prácticas, podría llevar teóricamente a situaciones absurdas de afirmar la malversación en caso de "aplicación pública distinta" de bienes sin valor económico; p. ej., en vez de hacer que los empleados trabajen en la solución de un asunto público, lo hagan en otro. Entonces, el término "bienes" debe interpretarse, en el contexto, como objetos de valor económico distintos del "dinero".

Por otro lado, al igual que en el caso del "peculado" también hay discusión aquí sobre el *carácter público* de los bienes. La cuestión estriba en si debe entenderse que los "bienes" materia de la malversación, serían solamente aquellos que pertenecen al Estado y no estén afectados a actividades comerciales privadas (teoría del "riesgo"), o también los que pertenecen al Estado donde sea que se encuentren (teoría de la "pertenencia")⁸⁷². O incluso, más allá de la segunda tesis, aquellos bienes privados que potencialmente podrían ingresar al patrimonio de la administración o también los que, aunque no ingresen a ella, estén bajo su administración⁸⁷³. Ya se dijo en el contexto del "peculado" que debe entenderse por "bienes públicos" a aquellos que forman parte o están destinados a formar parte del patrimonio de la administración, aunque en este último caso, ella no pueda disponer aún de ellos; quedan excluidos los bienes privados simplemente custodiados por la administración.

872. Discusión argentina citada por CREUS, quien adopta la tesis de la "pertenencia" en el sentido de "posibilidad de disponer de los bienes", p. 314 y s.; FONTÁN BALESTRA sigue la tesis del "riesgo", p. 278 y s.

873. Así la doctrina colombiana; ver FERREIRA DELGADO, c. más ref., p. 46.

Los "bienes" pueden ser entonces *muebles o inmuebles, con valor económico y que pertenezcan o vayan a pertenecer a la Administración Pública*.

— RESULTADO TÍPICO. El tipo penal exige que la conducta típica afecte el servicio o la función encomendada. Éste es un nuevo elemento introducido por la modificación de julio de 1999. Al parecer se habría transformado de esta manera en un delito de "resultado" a lo que antes era un delito de "peligro" o de "idoneidad".

El legislador no ha precisado en qué debe consistir la *afección del servicio*. ¿Debe ser imposibilitado o bastará con que corra peligro su ejecución? La afección debe entenderse no solamente como "peligro" de no ejecutar la obra, sino incluso bastará con que se afecten los plazos, se incrementen los costos o la calidad de la obra que iba a ejecutarse. Aquí será necesario efectuar una pericia para verificar si y cómo esta afección se ha dado.

Esto no significa lo mismo que un "perjuicio patrimonial"⁸⁷⁴; precisamente este elemento no es parte del tipo de "malversación", aunque pueda producirse en la práctica. Ejemplo: el funcionario que derrocha los bienes públicos en una obra pública distinta e innecesaria que poco después se destruye (la construcción de monumentos de mal gusto, en vez de obras para el abastecimiento de agua de la población).

Dado que el tipo penal exige la producción de un "resultado", debe existir también una *relación causal* entre éste y la acción malversadora; si existiera una causa ajena que es la que definitivamente produce el daño al servicio, no se presentará este elemento⁸⁷⁵.

874. También CREUS, para el tipo agravado argentino, p. 322.

875. También CREUS, pero en el tipo argentino quedará subsistente el tipo básico de "malversación" que no precisa del daño; p. 323.

Por otro lado, el "perjuicio" que cause afección al servicio o a la función no se verá compensado por algún beneficio de cualquier otro tipo que experimente la administración⁸⁷⁶.

— TIPO SUBJETIVO. El DOLO incluye el conocimiento sobre la imputación concreta de los bienes. No se requiere ningún ánimo especial. Con los nuevos elementos que el sujeto activo debe conocer (carácter "definitivo" del desvío y perjuicio para la Administración Pública), el "dolo" tiende a acercarse, cada vez más, al *directo*. Para algunos bastaría el "dolo eventual"⁸⁷⁷.

Es posible el ERROR, tanto de tipo como de prohibición. Pero en algunos casos el error solamente eliminará el dolo del delito contra la Administración Pública, aunque no el de otro delito; p. ej., cuando se da aplicación pública a bienes privados creyendo que eran públicos (en cuyo caso quedará subsistente un abuso de autoridad o una exacción ilegal).

En la práctica también puede producirse error en cuanto al destino que se dé a los bienes, especialmente cuando hay un "cambio de destino" de los bienes que el funcionario no conoció⁸⁷⁸.

En cuanto a la AUTORÍA y PARTICIPACIÓN, surgen aquí problemas especiales ya señalados para los "delitos especiales propios". Con la autoría no hay problema cuando el sujeto activo es un funcionario público: solamente puede ser autor el funcionario público con la función específica y, por extensión, los sujetos mencionados

876. CREUS, p. 323.

877. CREUS, para el tipo penal argentino básico y agravado, p. 321, 324; Fidel ROJAS, antes y después de la modificación indicada; ver 1.ª ed., p. 289; 2.ª ed., p. 321, 3.ª ed., p. 392. También FERREIRA DELGADO, para el tipo penal colombiano, con menos elementos típicos que el peruano, p. 47.

878. CREUS trata esto como un error con relevancia "exculpatoria"; ver p. 321. Según el modelo peruano, se trata de un "error de tipo", aunque afecta también a la "conciencia de antijuricidad".

en el artículo 392. Y en este supuesto tampoco hay problemas para admitir la complicitad de particulares u otros funcionarios públicos que no tengan el deber específico en relación con los bienes públicos administrados.

Pero en el caso en el cual el "dominio del hecho" lo tenga el *extraneus* y el funcionario solamente haya prestado una contribución menor, los problemas son mayores. En ese caso tendremos que el particular no sería autor por faltarle la cualidad, pero tampoco podría ser autor el funcionario por carecer del dominio del hecho; y como la conducta sería atípica para el *extraneus*, también habría impunidad para el *intraneus*, pues no puede ser considerado cómplice de una conducta principal que resulta ser atípica. La impunidad injusta solamente podría evitarse admitiendo la tesis de los delitos de "infracción del deber" de ROXIN o la "autoría mediata" de un "instrumento doloso no cualificado" (ver 1.3.1).

Como la "malversación" ha sido convertida en un delito de "resultado", la TENTATIVA es fácilmente identificable con las conductas anteriores a la producción de éste. Por otro lado, solamente habrá actos preparatorios con el mero acto de desvío de la aplicación pública sin que ella se haya ejecutado todavía⁸⁷⁹.

La AGRAVANTE del segundo párrafo depende del destino específico de los bienes desviados, pues con ellos se frustrarían finalidades de carácter social. No obstante, no se explica la mayor gravedad de la pena (el doble de máximo de la pena del tipo básico), cuando el desvío consiste precisamente en favorecer otra finalidad social.

Pueden presentarse casos de *estado de necesidad* justificantes, pero deberá probarse la "situación de necesidad", la mayor

879. Así también FIDEL ROJAS, antes de la modificación, ver 1.^a ed., p. 290; después también lo admite, aunque precisando que la consumación incluye el elemento de destino "definitivo", 2.^a ed., p. 322, 3.^a ed., p. 392.

jerarquía de los bienes tutelados y la necesidad del medio utilizado. Así, puede ocurrir que el funcionario se vea obligado a desviar los bienes públicos ante la inminencia de males mayores para bienes de alto rango; p. ej., en un hospital, para adquirir medicamentos necesitados urgentemente⁸⁸⁰. No bastará para ello con aducir que el desvío de las obras ha favorecido a la comunidad⁸⁸¹.

También se suele alegar como causa de justificación a la *orden* o *autorización legítima*, pero esto, en realidad, supone ya una atipicidad de la conducta, pues tal orden legítima implica un cambio legítimo de destino de los bienes⁸⁸². Por cierto, que esta orden tiene que estar presente en el momento de la disposición de los bienes; pero se discute si puede ser posterior como en el caso de una "rectificación del presupuesto anual". Sin embargo, hay que distinguir la corrección presupuestal (posterior) de un "cambio de destino" decididos antes de la acción desviadora. Carece de efectos el "cambio de destino" decidido posteriormente para subsanar el ilícito ya consumado del sujeto, incluso si viene en la forma de una corrección presupuestaria⁸⁸³.

Al igual que en el "peculado", no hay necesidad de una *cuestión previa* para que otro órgano administrativo determine la

880. Similar, CREUS, p. 320.

881. Así en la E. S. de 31-10-1997, exp. 2147-96 (Lambayeque) se admite el "estado de necesidad" en un caso que se utilizaron los ingresos por concepto de peaje para pagar salarios a los trabajadores debido a que las cuentas del Municipio habían sido embargadas. Pero va demasiado lejos la E. S. de 06-11-1997, exp. 5697-96 (Huánuco) que libera de responsabilidad penal a los funcionarios ejecutores de obras de FONCODES en Huancabamba que destinaron el dinero asignado a otras obras públicas, alegando que con ello se beneficiaba a la comunidad, no se causaba agravio al Estado ni se había incrementado el peculio de los acusados. Ambos casos citados por Fidel Rojas, sin comentarios, 1.^a ed., p. 290, nota 339; 2.^a ed., p. 332, nota 339, 3.^a ed., p. 394, nota 455.

882. CREUS, p. 320.

883. Cfr. CREUS, p. 320 y s.

existencia de algún elemento del delito⁸⁸⁴. La excepción a esto debe estar prevista expresamente en la ley.

3.3.7 Retardo injustificado de pago (art. 390)

Artículo 390.- 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.

Hay otras figuras vinculadas con la "malversación" y tipificadas de manera autónoma: la "demora injustificada de pagos" (art. 390) y la "retención indebida de bienes o efectos custodiados o administrados" (art. 391). Estas figuras son aun menos graves que la "malversación"; implican meros delitos de desobediencia, tal como ya determinó el legislador español para suprimir figuras similares en el nuevo C.P. de 1995⁸⁸⁵.

Efectivamente, en el caso del "retardo injustificado" no parece existir necesidad de una previsión legal específica relacionada con esta conducta. Además, si se compara esta figura con el peculado, incluso presupone una "presunción" de apoderamiento⁸⁸⁶. Y tampoco puede relacionarse directamente el "retardo injustificado" con la "malversación"; el parentesco es muy lejano (cuando el retardo impide que los fondos cumplan el destino público fijado por la administración⁸⁸⁷). Más bien destaca la infracción de la lega-

884. También CREUS, p. 321 y s.

885. Ver ETXEBARRÍA, en ASÚA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 182.

886. También ver en FIDEL ROJAS en relación con una doctrina española antigua; ver 1.ª ed., p. 295; 2.ª ed., p. 329, 3.ª ed., p. 400.

887. Así CREUS, p. 359.

lidad en el actuar funcional. Por eso es más correcta la vinculación de esta figura como un supuesto de "abuso de autoridad" omisivo⁸⁸⁸, o de manera más específica como una modalidad de "desobediencia"⁸⁸⁹.

Nuevamente, aquí el legislador penal peruano insiste en la fuente argentina. Efectivamente, el artículo 264 del C.P. argentino prevé un artículo 264, primer párrafo, equivalente al artículo 390 peruano, aunque con pena notoriamente menor (solamente inhabilitación de uno a seis meses).

El OBJETO del bien jurídico tutelado es aquí similar al del "abuso de autoridad", es decir, la *legalidad en el actuar funcional*. También se destaca levemente el aspecto patrimonial en cuanto al destino específico (público o privado) que se debe a fondos públicos⁸⁹⁰.

Los elementos típicos son:

— SUJETO ACTIVO. Se trata del funcionario o servidor público con la función específica de efectuar pagos u ordenar estos pagos. Pero también se admite que el funcionario pueda tener el "encargo eventual" encomendado por la autoridad competente⁸⁹¹. Si los obligados al pago son varios funcionarios y ambos actuaran dolosamente, habrá coautoría. Otros funcionarios o extraños pueden ser cómplices del delito.

— DEMORAR. La conducta típica consiste en retardar la ejecución del pago exigido por la ley. En este caso, la demora puede consistir en "no entregar" el fondo, no dar la orden para que lo

888. Así también Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 294; 2.^a ed., p. 328, 3.^a ed., p. 398.

889. Así FONTÁN BALESTRA, p. 292.

890. También Fidel ROJAS, quien además se refiere a la "correcta imagen" de la Administración Pública; ver 1.^a ed., p. 294; 2.^a ed., p. 328, 3.^a ed., p. 398.

891. CREUS, p. 362. Se aúna a esta interpretación, Fidel ROJAS, 3.^a ed., p. 398.

haga el cajero o no realizar cualquier otra conducta necesaria para el pago (p. ej., visar, firmar, etc.). Y esta conducta se produce en el momento en que el funcionario simplemente omite efectuar el pago; o sea en el "tiempo debido"⁸⁹².

Por lo demás, no son elementos del tipo ni el "provecho" para el sujeto activo o un tercero ni un perjuicio para la administración (aunque éste pueda darse en algún caso)⁸⁹³.

— INJUSTIFICADAMENTE. Este elemento exige que la acción del funcionario no esté cubierta por alguna circunstancia legal. P. ej., una contraorden, una falta de disponibilidad de fondos, etc. Este elemento es equivalente a la "arbitrariedad", pero no debe confundirse con la ausencia de una causa de justificación⁸⁹⁴; es decir, aquí solamente interesa la arbitrariedad que proviene de una falta de justificación legal.

— PAGOS ORDINARIOS o DECRETADOS. "Pagos ordinarios" son aquellos que la administración efectúa de manera periódica y habitual según sus presupuestos o previa fijación de tales gastos, sin necesidad de una decisión previa caso por caso⁸⁹⁵. Los "pagos decretados" por autoridad competente, son aquellos ordenados por ésta siguiendo las formalidades de ley (mediante resolución) y que tienen su origen en una relación jurídica específica: pagos a proveedores, pagos de indemnizaciones, pago de honorarios, etc.⁸⁹⁶

892. CREUS, p. 360; similar, FONTÁN BALESTRA, p. 292.

893. FONTÁN BALESTRA, p. 292.

894. Así algunos autores incluyen aquí la ausencia de circunstancias naturales como el "caso fortuito" o la "fuerza mayor"; CREUS, p. 361; ROJAS, 1.ª ed., p. 295; 2.ª ed., p. 329, 3.ª ed., p. 400. Además, es discutible que estos casos sean "causas de justificación" y no más bien de "atipicidad".

895. FONTÁN BALESTRA, p. 292; CREUS, 360; siguiéndolos ROJAS, 1.ª ed., p. 295; 2.ª ed., p. 329, 3.ª ed., p. 399.

896. FONTÁN BALESTRA, p. 292; CREUS, 360; ROJAS, 1.ª ed., p. 295; 2.ª ed., p. 329, 3.ª ed., p. 399.

— FONDOS EXPEDITOS. Los "fondos" son ciertamente sinónimo de "dinero"⁸⁹⁷, pero también pueden incluir a cualquier otra forma de pago. P. ej., los "cheques". El "estar expeditos" quiere decir que estén disponibles para efectuar el pago inmediato al beneficiario; no lo es cuando aunque se encuentran en caja, tienen un destino prefijado diferente⁸⁹⁸.

— TIPO SUBJETIVO. Se suele decir que sería suficiente el "dolo eventual"⁸⁹⁹. Pero, si bien el tipo no exige una "dirección subjetiva particular" en el agente, el hecho de que el sujeto activo deba conocer el deber de efectuar el pago, el momento cuándo debe hacerlo y la voluntad de demorarlo arbitrariamente, tiene como consecuencia que solamente pueda realizarse esto con *dolo directo*⁹⁰⁰.

Es posible que concurra un *error de tipo* excluyente del dolo cuando el funcionario se equivoca sobre cualquier elemento objetivo; p. ej., no sabía que ya habían llegado los fondos, desconocía la existencia de la orden de pago, etc.

El delito es de omisión simple y de mera actividad. Es más, como todos los delitos de omisión simple, se trata de un delito de "emprendimiento" que se consuma con el no pago; antes de ello no hay conducta punible alguna. No es posible la TENTATIVA⁹⁰¹. Por otro lado, no se trata de un "delito permanente" como erróneamente se cree⁹⁰²; el pago posterior (voluntario u obligado) no

897. Solamente en este sentido lo entiende Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 295; 2.^a ed., p. 329, 3.^a ed., p. 399.

898. También, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 295; 2.^a ed., p. 329, 3.^a ed., p. 399.

899. Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 296; 2.^a ed., p. 330; en la tercera edición exige "dolo directo", ver p. 400.

900. Así también CREUS, p. 363.

901. También así CREUS, p. 361; Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 296; 2.^a ed., p. 330, 3.^a ed., p. 400 y s.

902. Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 296; 2.^a ed., p. 330, 3.^a ed., p. 401.

elimina el tipo de "retardo", pues éste se consuma ya con la falta de pago en el momento debido⁹⁰³.

La PARTICIPACIÓN en este delito se rige por las reglas ya revisadas para los "delitos especiales propios" (ver 1.3.1).

Pueden presentarse CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN como en cualquier otro delito.

Podría parecer que existe CONCURSO con otras figuras, pero ello no es así. Con el delito de "abuso de autoridad" no hay concurso, pues ese tipo penal es subsidiario del "retardo injustificado", el cual es más específico. Tampoco puede haber concurso con el "peculado" o la "malversación". La demora puede producirse como consecuencia de la comisión de estos delitos; pero esto solamente constituirá el "agotamiento" impune de aquellos que sí son punibles⁹⁰⁴.

3.3.8 Rehusamiento de entregar bienes depositados o puestos en custodia (art. 391)

Artículo 391.- 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.

Aquí también es notoria la fuente argentina del artículo 264, segundo párrafo, con un incremento de penalidad en el caso peruano. Pero el legislador argentino ha sido más coherente, pues allá, en el tipo penal de "resistencia" (art. 239) a la autoridad no se

903. Así, CREUS, p. 361.

904. Así, CREUS, p. 363; similar FONTÁN BALESTRA, p. 292

tiene la modalidad de "rehusar" ni tampoco existe un tipo genérico de desobediencia pura como en el artículo 368 del C.P. peruano. Para estos casos, en el Perú, debería bastar actualmente el tipo penal de "resistencia" del artículo 366.

La naturaleza del delito es la de constituir una figura específica de "desobediencia"⁹⁰⁵. Algunos añaden que, además, este delito está emparentado con la "malversación", pues aquí no estaría en juego primariamente el "principio de autoridad", sino "el normal ejercicio de la actividad administrativa en la esfera patrimonial"⁹⁰⁶.

No obstante, dado que el tipo penal no especifica un "apoderamiento de bienes" ni tampoco que el afectado sea la Administración Pública, nuevamente el aspecto del patrimonio de la administración pasa a segundo plano como en el caso anterior. A diferencia del caso anterior, este "rehusamiento" tiene un mayor injusto penal, aunque la pena prevista sea la misma⁹⁰⁷.

Los elementos típicos son los siguientes:

— SUJETO ACTIVO. El funcionario público que ha sido previamente puesto en tenencia o disposición material de los bienes en cualquiera de las calidades que la ley señala: como depósito, en custodia o en administración.

— REHUSAR LA ENTREGA. Consiste en negar la entrega, explícita o implícitamente ante un requerimiento previo. La negativa implícita consistirá en colocar o dejar el bien fuera del alcance del beneficiario⁹⁰⁸.

905. FONTÁN BALESTRA, p. 293; CREUS, p. 364.

906. CREUS, p. 364. Parece seguir esta idea también Fidel ROJAS, aunque adiciona también la "buena imagen de la Administración Pública", 1.^a ed., p. 300; 2.^a ed., p. 334, 3.^a ed., p. 404.

907. ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 299; 2.^a ed., p. 333, 3.^a ed., p. 404.

908. CREUS, p. 364. Siguiéndolo, ROJAS, 1.^a ed., p. 301; 2.^a ed., p. 335, 3.^a ed., p. 405.

— REQUERIMIENTO PREVIO. Este requerimiento debe tener la forma administrativa pertinente: autoridad competente, forma escrita, etc. Además el requerimiento debe referirse específicamente a la entrega del bien y no a otra actividad esperada del funcionario (p. ej., la exhibición del bien)⁹⁰⁹.

— DINERO, COSAS o EFECTOS. El término DINERO se refiere obviamente al medio físico de cambio con valor económico expresado en billetes y monedas. Los EFECTOS son documentos, distintos del dinero, con valor económico incorporado: títulos-valores, estampillas, etc.

Con el término COSAS, el legislador se refiere a bienes en general, con o sin valor patrimonial, muebles o inmuebles⁹¹⁰. Se aparta así de la fuente argentina que habla de "cantidad o efecto" y que ha generado una polémica en los juristas sobre si la "cantidad" se refiere solamente a dinero o también a otros bienes y si se precisa que los bienes sean determinables por cantidad y no por unidad⁹¹¹.

— DEPÓSITO, CUSTODIA o ADMINISTRACIÓN. Aquí rige lo ya explicado para el tema del "peculado". Se trata de funciones específicas y no solamente del ejercicio ocasional ("en confianza") de estas funciones⁹¹².

— TIPO SUBJETIVO. No se exige ningún ánimo especial; es más, el sujeto activo debe actuar sin ánimo de apropiación⁹¹³, pues en tal caso habría peculado. También aquí solamente es posible el *dolo directo*, debido a las exigencias de conocimiento y voluntad de la arbitrariedad de la acción de rehusarse⁹¹⁴.

909. CREUS, p. 365.

910. PORTOCARRERO, p. 189; siguiéndolo, ROJAS, p. 301; 2.ª ed., p. 335, 3.ª ed., p. 405.

911. Sobre esto ver CREUS, p. 365.

912. También, CREUS, p. 367 y s.

913. FONTÁN BALESTRA, p. 294.

914. CREUS, p. 368. También Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 301, 2.ª ed., p. 335, 3.ª ed., p. 406, debido a la presencia del "requerimiento".

Puede haber ERROR de tipo sobre cualquier elemento objetivo, pero cuando el error versara sobre la ilegalidad de la acción típica (se desconocía el requerimiento válido) habrá un "error de prohibición" aunque las reglas aplicables serán las del error de tipo.

La CONSUMACIÓN se da con la simple negativa; no se requiere ni provecho del autor ni daño específico para la administración⁹¹⁵. Como "omisión simple" y delito de "emprendimiento" que es, no da cabida a la TENTATIVA⁹¹⁶.

En cuanto a la AUTORÍA y PARTICIPACIÓN, rigen los principios ya señalados. *Autor* es solamente el funcionario con la relación funcional sobre los bienes; si son varios los funcionarios que tienen esta relación funcional, serán "coautores"; nada impide la participación de otros funcionarios o particulares⁹¹⁷.

Si la negativa se debe a una apropiación previa de los bienes o a un cambio de destino público, serán aplicables solamente los tipos de "peculado" o "malversación" respectivamente⁹¹⁸; en estos casos no puede configurarse verdaderamente la conducta de "rehusarse" debido a la incapacidad de poder cumplir con el requerimiento. No hay CONCURSO con ellos; en este caso no es aplicable el tipo del artículo 391⁹¹⁹.

Pueden presentarse CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, pero la "imposibilidad física" de entregar los bienes solamente implicarán un supuesto de "atipicidad", ya que no se habrá dado el elemento "rehusar"⁹²⁰.

915. FONTÁN BALESTRA, p. 293; CREUS, p. 366.

916. CREUS, p. 366; también Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 302, 2.ª ed., p. 336, 3.ª ed., p. 406 y s.; quien además señala que se trata de un "delito permanente".

917. También CREUS, p. 366 y s.

918. También FONTÁN BALESTRA, p. 293, CREUS, p. 367.

919. En cambio Fidel ROJAS dice que sí es posible el concurso con la malversación y el peculado doloso, p. 302, 3.ª ed., fundamentando más su posición, p. 407.

920. CREUS, p. 367.

3.3.9 Ampliación del círculo de autores (art. 392)

Artículo 392.- Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389 los que administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

(Texto original modificado por Ley 26198 de 13-06-1993)

Es notable, en este caso, la fuente argentina (art. 263), pues aquí el legislador nacional reproduce, en la versión inicial de esta disposición, casi todos los elementos de dicha fuente. El artículo 347 del C.P. de 1924, de influencia española, solamente conocía el "peculado impropio" y tenía una enumeración distinta de los bienes administrados o custodiados ("bienes municipales o pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia").

Este supuesto es conocido también como *peculado y malversación impropios* debido a que la definición del sujeto activo excede, sin convertir al delito en un "común", los límites del concepto de "funcionario público". Pero propiamente, no existe la creación de nuevas figuras típicas, sino solamente una cláusula de ampliación del círculo de autores de "peculado" y "malversación", que anteriormente sólo podían ser funcionarios con una función pública específica⁹²¹.

Pero no se trata tampoco de una ampliación del concepto de "funcionario público"⁹²², pues este concepto penal ya está previsto

921. Así también Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 304; 2.ª ed., p. 338, 3.ª ed., p. 411.

922. Imprecisión en Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 304 y s.; 2.ª ed., p. 338 y s., 3.ª ed., p. 411. Para el tipo penal español correspondiente del artículo 435 sí puede

en el artículo 425, sino se trata de la atribución a determinadas personas (algunos que incluso ya eran verdaderos "funcionarios públicos" según el art. 425) de la posibilidad de cometer las conductas de los arts. 387 a 389, lo cual es distinto, pues estos tipos penales exigen no solamente la condición de "funcionario público", sino también su "función específica" con los bienes materia del delito. P. ej., en el segundo grupo, los administradores o depositarios de bienes embargados o depositados ya eran considerados funcionarios públicos según el artículo 425, numeral 4. Pero por exigencias de los tipos penales, se requería una función específica y el carácter de bien público para el peculado; al reiterar la posibilidad de que sean sujetos activos estas personas, queda claro también que, en principio, no lo eran. En efecto, como bien ha advertido CREUS, la equiparación de esta figura es doble: hay una equiparación de autores para comprender también a personas que no son funcionarios públicos, y hay una "equiparación de bienes" para comprender también a los "privados"⁹²³.

Si esto es así, salvo en el caso de sujetos que sí tienen alguna relación con la Administración Pública, resulta discutible que se vea aquí afectado el "correcto funcionamiento de la Administración Pública"⁹²⁴. Más bien, el BIEN JURÍDICO tutelado tiene relación

afirmarse esto, pues allá el concepto penal de funcionario público (art. 24, numeral 2) no es definido de manera tan específica como en nuestro artículo 425. Ver MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, afirmando una verdadera ampliación de los autores, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1902; Carlos MIR, p. 322 y s.

923. CREUS, p. 353.

924. Fidel ROJAS sí parece admitir la vinculación con este bien jurídico, aunque como cláusula que evitaría impunidad de sujetos "vinculados a la administración estatal por especiales roles no estatales", 1.ª ed., p. 307; 2.ª ed., p. 341, 3.ª ed., p. 416. Pero esto no es cierto, pues precisamente los supuestos de peculado doloso no implican de ningún modo impunidad cuando falte la cualidad de "funcionario público" en el sujeto activo; en tal caso son aplicables los tipos penales de delitos comunes.

con *finalidades sociales o con la lealtad en la administración de bienes particulares*, así como en la "desobediencia" a mandatos de la autoridad⁹²⁵. Los objetos de protección, de manera paralela al peculado y la malversación, consisten en *el patrimonio privado en cuanto a su existencia y destino con finalidad social*.

Los SUJETOS ACTIVOS de estas modalidades de peculado y malversación son:

a) Los *administradores o custodios de dinero perteneciente a entidades de beneficencia o similares*

En este primer (y también en el segundo) caso, se trata de particulares que tienen una posición de garante similar a los funcionarios públicos en relación con bienes de algunas entidades de asistencia social; por lo tanto, ellos también tienen un deber especial. Pero se debió mencionar de manera general a bienes de la Administración Pública estatal, regional o local.

Las *entidades de beneficencia o similares* consisten en agrupaciones que tienen por finalidad la asistencia social; no solamente

925 En la tercera edición de su obra, Fidel Rojas rechaza expresamente mi interpretación por considerar que, como se trata de "bienes particulares", no deberían gozar la intervención penal especial en este ámbito, y considerar la "obediencia a los mandatos de la autoridad" desnaturalizaría el tipo penal de peculado. A esto hay que decir que precisamente esa "protección especial" que tienen los bienes públicos en el tipo de "peculado" es lo que el legislador busca dar también aquí a "bienes privados" ante circunstancias específicas (por eso se habla aquí de una "extensión" o "ampliación"). Dicha protección de bienes privados, criticada por Fidel Rojas, es admitida por él mismo en cuanto al tipo de "peculado", cuando estén "temporalmente bajo el poder de la administración" (ver p. 322). Por otro lado, no considero a la "obediencia" un bien jurídico, sino un elemento que integra la finalidad de protección del bien jurídico en algún caso de la extensión configurada. Ver la argumentación contra una crítica similar en otro sitio *supra*, nota 495.

se trata, entonces, de una entidad pública, sino de cualquier otra, incluso de Derecho privado como las fundaciones de caridad, la Cruz Roja internacional, las sociedades de auxilio mutuo, etc.⁹²⁶, siempre y cuando tengan como finalidad en su constitución, tal actividad de proyección social. No lo serían, p. ej., las agrupaciones que eventualmente realizan una actividad de beneficencia; p. ej., un canal de televisión que realiza una campaña para ayudar a los minusválidos.

La fórmula peruana es muy amplia. Hubiera sido preferible, por más explícita, la del artículo 138, numeral 2 del C.P. colombiano. Aquí se prevé una similar cláusula de extensión de la autoría, pero se refiere a bienes bajo la custodia o pertenecientes a "instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o la beneficencia o a juntas de acción comunal o de defensa civil". Ahora bien, dado que en todos estos casos se trata de instituciones creadas por la ley y que son, en realidad, instituciones de Derecho público, no había en realidad necesidad de precisar que las apropiaciones, los usos, etc., de sus bienes constituirían delito de peculado o malversación⁹²⁷.

b) *Los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares*

Aquí se trata de sujetos que o bien son funcionarios públicos y, en el ejercicio de sus actividades custodian bienes de privados, o no son funcionarios públicos en el sentido administrativo, pero son encargados por un funcionario público (autoridad competente) para custodiar los bienes. Este supuesto aparentemente ya estaba previsto en el artículo 425, numeral 4. La aparente repetición de

926. Así también Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 305; 2.^a ed., p. 339, 3.^a ed., p. 411 y s.

927. Ver al respecto FERREIRA DELGADO, p. 52 y s.

un supuesto ya previsto cumple, sin embargo, una importante tarea interpretativa. Con esta específica extensión de la autoría del "peculado" y la "malversación" para estas personas se supera el problema de interpretación derivado de la exigencia de "bien público" para la comisión de estos delitos. Al reiterar que estas personas sí pueden cometer este delito, el legislador está extendiendo para ellas la autoría de delitos que, en principio, no podrían haber cometido.

El *administrador* es aquí aquél sujeto a las reglas de Derecho privado, y que por encargo de la autoridad pasa a administrar los bienes señalados. P. ej., un banco respecto de caudales de la administración, o un "interventor". Aunque se dice que no se requiere formalidad para su designación⁹²⁸, en el caso peruano ello no es cierto, pues el tipo penal exige una "orden de autoridad competente", es decir, un acto administrativo que crea la "relación de confianza" entre la administración y el sujeto; la mera asunción de facto no basta para ello⁹²⁹. El *depositario* (o "custodio") es aquél encargado de guardar los bienes.

En ambos casos, la "designación" debe ser expresa, personal y debe haber sido aceptada por el sujeto en la misma forma. Un ejemplo claro de falta de esta cualidad es cuando era depositario de un bien embargado y depositado en el local de la empresa un alto funcionario que es reemplazado por otra persona⁹³⁰. El carácter de "administrador" o "depositario" dura hasta que se releve al sujeto en dicho cargo o los bienes dejen de existir; no afectan este mandato los acuerdos entre las partes privadas interesadas ni la voluntad unilateral del encargado⁹³¹.

928. CREUS, p. 357, quien sí admite la asunción de facto de la administración de los bienes.

929 Se pliega a esta interpretación, proporcionando más argumentos de la doctrina española, Fidel ROJAS, 3.ª ed., p. 413.

930. CREUS, p. 357.

931. CREUS, p. 357.

Por otro lado, como "administrador" o "depositario" puede ser una persona natural o jurídica, en este último caso, se entiende que es de aplicación el artículo 27 del C.P., es decir, las reglas del "actuar por otro": responderá penalmente el órgano de representación autorizado de la persona jurídica o el socio representante autorizado de una sociedad. Y también puede ser "administrador" o "depositario" un funcionario público o un particular.

P. ej., en el caso de un juez que administra el pago de devengados o pensiones alimenticias a la madre en un juicio por alimentos. Si no existiera este supuesto de extensión de la autoría de "peculado", la conducta del Juez que se apropiara de estos bienes no sería peculado, pues no se trata de "bienes públicos" en el sentido del artículo 387: no pertenecen a la Administración Pública ni están destinados potencialmente a ella; solamente se configuraría una "apropiación ilícita"⁹³². Aquí, en cambio, no importa el carácter público de los bienes, sino solamente el quebrantamiento de la confianza depositada en la Administración Pública para la custodia de los bienes: el "funcionario público" o el que ha sido designado para ejercer la función pública de custodia sobre bienes privados, se apropian o usan, de manera privada, estos bienes.

Lo que sí es discutible es que se entienda como "apropiación" o "uso" de carácter privado la administración de los bienes de manera distinta a como dicta la ley o quieren los privados. P. ej., en el caso de la jurisprudencia colombiana, una Juez, en vez de entregar el dinero ofrecido por el demandado en una sola cuota a la demandante de alimentos, los recibió ella misma y luego dispuso, ilegalmente, su depósito y la entrega en cuotas mensuales a la beneficiaria (hecho que efectivamente se produjo). Independien-

932. Al respecto, discutiendo un caso jurisprudencial colombiano y a favor de la tesis del "abuso de confianza" (apropiación indebida), p. GAVIRIA LONDOÑO, p. 117 y ss., 120 y s.

temente de la ausencia de "dolo", el tipo objetivo exigía una "relación funcional" con los bienes; pero esta relación no existía, pues la ley no prevé que el Juez, en el fondo autoproclamándose "depositaria", administre el dinero que el demandado entregue para el pago de pensiones alimenticias. Luego, al igual que en la doctrina colombiana, este caso no puede ser visto como de "peculado" (ni siquiera bajo la cláusula de extensión de la autoría), sino solamente, en todo caso, como "apropiación ilícita"⁹³³.

El carácter de "administrador" o "depositario" de bienes "embargados" o "depositados" surge de un mandato de una "autoridad". La autoridad, como ya se dijo más arriba, es todo funcionario con "mando" y "jurisdicción", o sea tanto judicial como administrativa⁹³⁴ (p. ej., una autoridad de INDECOPI), aunque existe jurisprudencia nacional que limita tal concepto, incomprensiblemente, al "juez", tal como también lo ha entendido la jurisprudencia⁹³⁵. Lo que sí es atípico es que los bienes hayan sido dejados en custodia en virtud de un convenio entre las partes⁹³⁶.

El *dinero o los bienes embargados o depositados* pueden ser "públicos" o "privados". En el caso de "bienes públicos", en realidad resultan aplicables directamente los tipos penales de peculado y malversación; pero en el segundo caso, como ya se explicó, recién gracias al artículo 392 es posible la punición por el delito contra la Administración Pública.

Este segundo caso, de gran relevancia práctica es polémico, pues no parece tener nada que ver con el bien jurídico "correcto

933. Así también concluye, para el caso colombiano, GAVIRIA LONDOÑO, p. 120 y s.

934. También así en la doctrina administrativa, CREUS, p. 356 y s.

935. E. S. de 24-05-1993, citado en ROJAS, *Ejecutorias supremas penales*, Lima, 1997, p. 242.

936. CREUS, p. 355.

funcionamiento de la Administración Pública"⁹³⁷. Es ilustrativa la preocupación de la jurisprudencia española por limitar los alcances del tipo en el caso de bienes privados, pues exige lo siguiente⁹³⁸: a) que el embargo, depósito (o secuestro) hayan sido realizados de manera regular (autoridad competente, procedimiento regular, etc.); b) que el nombramiento del depositario o administrador sean regulares y que conste una "aceptación expresa" al cargo; c) que el "depósito" deba constituirse formalmente y se dé la efectiva recepción de los bienes; d) que la conducta punible consiste en un acto de disposición de los bienes, sin autorización oficial.

c) Cualquier persona o representante legal de personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social

La mención específica de los programas asistenciales y de apoyo social no es comprensible. Fue introducida posteriormente mediante la Ley 26198 (13-06-93), que también introdujo una circunstancia agravante en este sentido en el tipo de peculado (art. 387, segundo párrafo) y en la malversación (art. 389, tercer párrafo, actualmente segundo párrafo). En el supuesto a) se hablaba ya de "entidades de beneficencia y similares", por lo cual este tercer supuesto resulta innecesario.

Al parecer el legislador quiere aquí cubrir los casos en que los bienes destinados a finalidades sociales asistenciales sean administrados por entidades o personas que, por sus actividades societarias o profesionales no se dedican expresamente a ello. En

937. Crítica similar al supuesto del artículo 435, numeral 3 del C.P. español de 1995, ver FELJÓO SÁNCHEZ, p. 730; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 876; también Carlos MIR, p. 324 y ss.

938. Ver en Carlos MIR, p. 326.

este caso los sujetos pueden ser solamente privados o representantes de empresas o asociaciones que ocasionalmente se dedican a administrar o custodiar estos bienes. P. ej., aquí no se trata de las ONG's, instituciones de caridad, asociaciones contra la lucha de determinada enfermedad, etc.⁹³⁹, sino el caso de una empresa privada cualquiera que hace una campaña para recaudar fondos y ayudar a sectores necesitados, luchar contra una enfermedad, implementar un hospital, etc.

Por otro lado, la *equiparación irrestricta* de estas tres modalidades de "peculado y malversación impropios" con los tipos penales de "peculado" y "malversación" propios presupone que los grupos de personas enunciados puedan cometer "peculado doloso" y "peculado culposo", "peculado por apropiación" y "peculado por distracción" y "malversación", tanto en sus modalidades como en sus supuestos agravados como en las exclusiones específicas de punibilidad (p. ej., la del "uso" de vehículos oficiales del artículo 388, segundo párrafo). Pero esto no siempre será posible.

El caso del "peculado doloso por apropiación" es el menos problemático para la equiparación, pero hay que hacer alguna aclaración. La "apropiación", como ya se dijo antes, consiste en dar una aplicación privada distinta al bien. Ello ocurre no solamente cuando el depositario, etc., realiza actos típicos que lo benefician económicamente a él o a terceros, sino también cuando esto no ha ocurrido. El tipo exige solamente que la apropiación misma sea "para sí o para otro", no que de ello resulte un beneficio patrimonial para los sujetos. P. ej., el depositario judicial de un vehículo (su propio vehículo embargado), que para perjudicar al adjudicatario, lo destruye, sí habrá cometido "peculado por apropiación" en el

939. Así procede Fidel Rojas, pero de esta manera se pierden los límites entre este tercer supuesto y el primero; ver 1.^a ed., p. 306; 2.^a ed., p. 340, 3.^a ed., p. 414 y s.

sentido del artículo 392, concordado con el artículo 387, primer párrafo, primera alternativa, pues ha dado un uso privado de bienes públicos bajo su custodia (la "destrucción")⁹⁴⁰. En cambio, sí podría admitirse un "ánimo de lucro" (que no interesa para el tipo penal peruano, pero sí para el nuevo C.P. español) cuando el sujeto destruye el bien, fingiendo un incendio, con la intención, desde el inicio, de cobrar luego el seguro correspondiente⁹⁴¹.

En los demás casos, aunque el artículo 392 no lo diga expresamente, se sobreentiende que *no siempre será posible la "equiparación"*. Esto es especialmente evidente en el caso de la "malversación"⁹⁴², donde habrá que buscar casos excepcionales; p. ej., destinar los bienes administrados para el pago de otros funcionarios públicos distintos; afectar los bienes con finalidad educacional distinta a la que se había señalado⁹⁴³. Pero evidentemente no podrá haber malversación en caso de la "custodia" de un bien diferente del asignado; en este caso, si esta "custodia" lleva a descuidar el bien que sí estaba asignado y éste es sustraído por otro, será aplicable el "peculado culposo".

Para los *demás elementos típicos* rige lo ya explicado al analizar los tipos penales correspondientes. Solamente en cuanto al TIPO SUBJETIVO hay que hacer la aclaración de que el *dolo* de los

940. Así la interpretación del caso efectivamente ocurrido en España; Roca AGAPITO, p. 1726. Pero este autor, aunque admite la tipicidad bajo el antiguo artículo 399 en concordancia con el artículo 394 del antiguo C.P. español, critica que el juez español no haya aplicado para este caso, los tipos penales del nuevo C.P. (arts. 432 y 435) que resultaban más favorables al reo, pues ahora se exige expresamente un "ánimo de lucro" en la conducta del autor, con lo cual la conducta del sujeto sería atípica; ver p. 1727 y s.

941. Roca AGAPITO, p. 1732 y ss.

942. Fidel ROJAS dice que es "discutible" tal equiparación, 1.^a ed., p. 304; 2.^a ed., 338, 3.^a ed., p. 411.

943. Ejemplo último citado por CREUS, p. 353.

tipos dolosos deberá abarcar el conocimiento del carácter de "administrador", "depositario", "custodio", etc., la situación de los objetos y la voluntad de infringir las normas relacionadas con tal encargo⁹⁴⁴.

En estos casos puede ser relevante en la práctica el *error de tipo* o el *error de prohibición*, especialmente en el caso de particulares depositarios o administradores de bienes embargados o depositados por orden de la autoridad. P. ej., el caso del titular de una empresa, depositario de bienes de ella embargados por la autoridad judicial, quien a instancias de su abogado (quien le asegura que "todo estaba solucionado" y que no habría "responsabilidad penal"), vende los bienes embargados⁹⁴⁵. Admitir aquí un "error de prohibición invencible" (como hizo la justicia española) sería más que dudoso, pues el depositario fue instruido en sus responsabilidades durante su designación para el cargo y se trataba de un empresario, cuya experiencia en hechos similares difícilmente podría ser negada; el hecho de confiar a ciegas en lo afirmado por el abogado para realizar hechos con tal trascendencia solamente debería llevar a admitir un error de prohibición vencible (y, por lo tanto, sólo una atenuación de la pena).

3.4. LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS (ARTS. 393 Y SS.)

3.4.1 Nociones preliminares

Bajo el *nomen juris* de "corrupción de funcionarios", el C.P. peruano reúne una serie de figuras de muy distinta naturaleza como el "cohecho" y modalidades afines, una modalidad de abuso de autoridad similar al "fraude a la Administración Pública" ("nego-

944. CREUS, p. 358 y s.

945. Caso jurisprudencial español citado por Carlos Mira, p. 328 y s.

ciación incompatible”), y un tipo de presunción de delitos contra la Administración Pública (“enriquecimiento ilícito”).

Sin embargo, en puridad, el término “corrupción de funcionarios” solamente debería referirse a actos de “cohecho” consistente en una compra-venta de la función pública. Efectivamente, es propio del cohecho su *contractualidad* o *bilateralidad*, es decir el hecho de que implica una especie de contrato indebido entre el funcionario y el particular con prestación y contraprestación. Ésa es la diferencia básica con la “concusión” donde siempre hay “unilateralidad” (el funcionario exige, obliga, solicita al administrado). Por cierto que se podría creer que los tipos peruanos de “cohecho pasivo” quieren superar esta distinción doctrinaria entre ambas figuras, pues habrían incluido una modalidad de “exacción ilegal”: el acto de “solicitar” dádivas, promesas o cualquier otra ventaja. Efectivamente, esta conducta es unilateral en el sentido coloquial, pero eso no significa una unilateralidad en el sentido del “cohecho”, pues, tal como se ve más adelante, la “solicitud” del funcionario debe contener un “ofrecimiento de venta” de la función pública. Por otro lado, no parece ser necesaria ni lógica ni por política criminal mezclar (de verdad) figuras bilaterales con unilaterales en el tipo penal de cohecho pasivo, pues la modalidad unilateral puede perfectamente estar prevista como una modalidad atenuada de “exacción ilegal” (sobre esto ver también *supra* 3.2.4).

En el cohecho hay siempre dos partes (aunque en alguna modalidad solamente se sancione penalmente a una de ellas) y, por lo tanto, dos conductas que deben ser valoradas penalmente: la del funcionario que acepta (o “solicita”) el “pago” por la “venta de la función” (*cohecho pasivo*) y la del sujeto (administrado o funcionario) que compra el “servicio” del funcionario (*cohecho activo*). También resulta interesante diferenciar entre *cohecho antecedente* (contractualidad por un hecho aún no realizado) y *cohecho subsiguiente* (referido a un hecho ya realizado).

En el caso del "cohecho pasivo", se distingue, además, entre *cohecho propio* y *cohecho impropio*, según si el funcionario ha recibido el soborno para violar sus funciones o para realizar actos que de todas maneras debe realizar en cumplimiento de ellas⁹⁴⁶.

El legislador penal peruano ha preferido utilizar el término más amplio de "corrupción de funcionarios" para agrupar en él, tanto al "cohecho" como también a otras figuras donde no existe "contractualidad". El término *corrupción* es muy amplio y designa "un estado particular de funcionamiento irregular de las diversas instancias del Estado... (el cual, debido a ello) es incapaz para responder a las exigencias de la sociedad (...) (o genera) resultados diferentes de los que deberían producirse regularmente"⁹⁴⁷. De esta manera, el legislador penal peruano intenta agrupar una serie de delitos cometidos por funcionarios públicos (cohecho pasivo, negociación incompatible, enriquecimiento ilícito) o privados (cohecho activo, tráfico de influencias), mediante conductas bilaterales o unilaterales, pero que tienen por común denominador el que los sujetos tienden siempre a la compra-venta de la función pública (a cambio de cualquier beneficio)⁹⁴⁸.

3.4.2 El fenómeno de la corrupción

Históricamente, todas las culturas han conocido este tipo de ilícito. Y no pocas veces, los casos de corrupción involucraron e

946. FERREIRA DELGADO discute esta terminología, pues según afirma, la simple "compra-venta" de la función es siempre ilícita, es decir "propia" en el sentido penal; por ello sugiere hablar mejor de "cohecho por acto ilícito y "cohecho por acto lícito"; ver p. 84 y s., 94.

947. Cfr. Du PUIT, p. 101 y s.

948. Fidel ROJAS también parece querer decir esto cuando afirma que aquí el C.P. peruano enfatiza en la "connotación patrimonial"; 1.ª ed., p. 323; 2.ª ed. p. 357, 3.ª ed., p. 439.

involucran aún a altos funcionarios de los Estados. Hace poco se dio a conocer un papiro firmado por la reina egipcia Cleopatra en el cual concedía prebendas a un general romano a fin de que no prestara ayuda a Octavio en su lucha contra Marco Antonio⁹⁴⁹.

En Roma, si bien al principio se confundió esta figura con la concusión y solamente mereció la "repetición" (devolver lo recibido elevado al doble)⁹⁵⁰, luego llegó a ser considerado tan grave que mereció pena de muerte en la Ley de las XII Tablas (para el cohecho de magistrados). Actualmente, en China se prevé la muerte; en otros países se suele imponer privación de la libertad combinada con multa o inhabilitaciones.

El "cohecho" constituye un delito que muestra preocupantes niveles de incremento. Ante este delito, el Derecho penal y el Derecho procesal penal parecen ser impotentes.

El delito es particularmente difícil de combatir, cuando esta figura, más allá de manifestarse como "corrupción directa" (es decir, en la que participan sujetos identificables), se enmarca dentro de una "corrupción institucionalizada", donde, ante una ausencia de valores (anomia social), agentes no identificados desnaturalizan o perturban el funcionamiento de los órganos del Estado (actuación irregular), el cual deviene en ineficaz⁹⁵¹.

En el caso del Perú, esta corrupción institucionalizada ha estado presente desde la Colonia, pasando por la época republicana, hasta nuestros días⁹⁵². Ya durante la Colonia, el acceso a cargos públicos era entendido como un "favor a devolver" que permitía acceder a la riqueza. La ley era entendida también en el sentido

949. Ver "El Comercio" de 27-10-2000, p. a16.

950. Ver la evolución romana en FERREIRA DELGADO, p. 78 y s.

951. Cfr. DU PUIT, p. 102 y s., con ejemplos históricos de corrupción en el Perú ya desde inicios de la era republicana, p. 103 y ss.

952. La exposición se remite aquí a DU PUIT, p. 105 y ss.

corporativo y discriminatorio para favorecer con cargos, tierra e indios, a un grupo pequeño de allegados al poder de la península. Durante la república, los militares y un grupo oligárquico dominaron el poder político, sin cambiar en nada el esquema anterior de "señor-vasallo"; el tesoro público era entendido como un patrimonio personal para pagar servicios de grupos dominantes; la población solamente ha recibido servicios básicos elementales de manera ineficiente. En resumen, desde los inicios de su constitución como nación libre, el Estado peruano ha sido concebido "como un botín que es de conquistar y aprovechar": "Una mentalidad utilitaria e inmoral se ha desarrollado, los comportamientos son valorados positivamente en la medida que sean idóneos para alcanzar una ventaja, un privilegio o un provecho cualquiera prescindiendo de las normas sociales o jurídicas"⁹⁵³. En el campo de la "administración de justicia" la situación ha alcanzado tal dimensión que "todo empleado, funcionario o juez es considerado susceptible de ser sobornado"; y también no es raro que cualquier ciudadano piense en el abogado como en un "intermediario necesario para encontrar una 'solución'" en el Poder judicial; situación que se ve, además, favorecida por el hecho de que los "peritos" designados por el juez tengan que ser pagados por las partes debido a la falta de fondos públicos para ello⁹⁵⁴.

Para luchar contra esta corrupción institucionalizada, el arsenal jurídico-penal es muy limitado. Incluso lo es en otros países, donde también se busca desesperadamente poner freno a una espiral de corrupción (especialmente política) en aumento. Aquí el problema parece residir, en gran parte, en la tendencia a "privati-

953. Du Puit, p. 110.

954. Esta situación es tan conocida y antigua que constituye la "normalidad" para cualquiera que haya tenido acceso a la realidad judicial en nuestro país. También lo menciona Du Puit, a quien se remiten las citas textuales, p. 110 y s.

zar la actividad de la administración", es decir, el empleo del Derecho privado en algunas actividades de la administración para servicios y funciones públicos (p. ej., empresas estatales de Derecho privado o de participación mixta, concesiones), lo cual también trae consigo la inaplicación o el relajamiento de los controles y las garantías del Derecho público, así como una amplia impunidad de los representantes de la administración en los órganos de gestión y dirección de determinadas sociedades mercantiles⁹⁵⁵. Para estos casos, la doctrina suele aplicar una interpretación muy extensiva del concepto penal de "funcionario público".

Pero también se ha observado un incremento de casos de corrupción en el *ámbito empresarial* mismo. Por eso, ya desde hace unos años en Alemania (la reforma penal de 1998) se ha llegado a introducir nuevas figuras típicas como el "cohecho" de y a funcionarios privados.

En cambio, todavía no hay respuestas suficientes a los casos de "corrupción" *en el campo político*. Aquí, más que en ningún otro lugar, se manifiesta (también en el extranjero) que la corrupción es, sobre todo, un fenómeno social de orden político y económico relacionado con el poder, cuya solución (o control) debe también merecer una respuesta más allá del ámbito meramente penal⁹⁵⁶. El sistema de partidos, por sí solo, no parece haber demostrado estar en capacidad de evitar los casos de abusos de poder político realizados para favorecer directa o indirectamente determinados intereses privados. Por un lado, el "autocontrol" no ha detenido los actos de corrupción y abuso de poder de aquellos miembros de partidos que acceden al poder político. Por otro lado, tampoco las soluciones legales han demostrado eficacia; se obser-

955. Cfr. VALEIJE, recomendando un concepto amplio de "funcionario público", *Reflexiones...*, c. múlt. ref., p. 468 y s.

956. Así, para el Perú, Du PUIT, p. 111 y s.

va, más bien, la tendencia de *administrativizar* los actos de corrupción cuando p. ej., conductas que antes implicarían indicios de delitos como "peculado" o incluso "cohecho", ahora no pasan de ser infracciones contra la ley de partidos políticos. En efecto, si una "ley de partidos políticos" regula, p. ej., los ingresos y egresos de éstos, estableciendo requisitos y procedimientos, el funcionario que infrinja estos procedimientos, no pasará de ser un mero "infractor", pese a que su conducta podría esconder verdaderos delitos (apropiación de las donaciones, recepción de estas como pago a un favor posterior o anterior, etc.).

A esto se unen las facilidades que otorga el sistema financiero mundial para el ocultamiento de dineros mal habidos.

En el campo nacional, más allá de las "Contralorías" ya existentes, es ciertamente útil un *control político extrajudicial*. En el Perú se tiene la experiencia de las "Comisiones investigadoras" del Congreso. Sin embargo, ellas no dejan de ser susceptibles a la influencia política, además de estar limitadas en sus medios y períodos de trabajo. La posibilidad de la "revocatoria" del mandato legislativo (y presidencial), así como del municipal y regional, debe ser calibrada en su debida importancia. Ella debería estar en manos de un órgano jurisdiccional electoral (Jurado Nacional de Elecciones), de funcionamiento permanente e integrado por magistrados especializados e independientes. Sus investigaciones se limitarían a los funcionarios políticos elegidos con mandato vigente. En caso de comprobar una responsabilidad penal, debería ser este organismo el que levante la inmunidad y denuncie penalmente ante los órganos jurisdiccionales ordinarios.

En el Derecho penal interno también deberían preverse medidas para evitar la impunidad de los "actos de corrupción" cometidos por el poder político. Entre otras medidas, debe preverse un plazo especial de cómputo de la *prescripción de la acción*: desde la finalización del cargo o, mejor aún, desde el momento de cambio de poder político.

Pero también se hace necesaria una *jurisdicción mundial* que persiga estos delitos y que esté facultada para, en casos de sospecha fundada, conseguir las pruebas necesarias donde éstas se encuentren.

3.4.3 La corrupción privada y la corrupción transnacional

Por otro lado, más allá del estrecho marco, restringido a las actividades dentro de la Administración Pública, del término "cohecho", se aprecia que conductas similares se pueden producir también en otros contextos: la *corrupción privada* y la *corrupción transnacional*.

Los supuestos de *corrupción privada* se asemejan al "cohecho" tradicional, en cuanto a que se influye secretamente en una persona cualquiera en cuyas manos está la decisión de un asunto o que debe contribuir con sus esfuerzos o conocimientos acostumbrados a un resultado positivo esperado; pero no se trata de un "funcionario público", sino de uno "privado" que actúa en el marco de cualquier actividad empresarial (un concurso de méritos, una competencia de calidades, una competencia deportiva, etc.). Una modalidad de esta figura es la que está estrechamente vinculada con los delitos contra la "leal competencia": el soborno de empleados privados para obtener alguna información sobre la empresa para la cual trabajan ("soborno comercial" o "revelación de secretos")⁹⁵⁷.

957. Sobre esto, FERREIRA DELGADO, quien por lo visto considera insuficiente la punición de estas conductas como delito de "violación de reserva industrial" (art. 238 C.P. colombiano) y que sería necesaria una tipificación específica que reprima al sujeto activo como "corruptor"; p. 80 y s, esp. 81; c. más ref. ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. e., p. 400 y ss.

Precisamente en la actualidad se tiende a reprimir penalmente estas conductas de "cohecho privado". Ya desde 1942, la jurisprudencia norteamericana había dado el ejemplo, sancionando penalmente el "soborno comercial" en un caso referido a la obtención de fórmulas de procedimientos industriales secretos (Lever Brothers C. contra Procter & Gamble)⁹⁵⁸. Y en Alemania, si bien desde la vigencia de la "ley contra la competencia desleal" en 1909, se conocen tipos penales de "soborno de empleados" (art. 12 UWG) "revelación de secretos o espionaje industrial" (art. 17 UWG), "aprovechamiento de secretos" (art. 18 UWG) y el "favorecimiento a la revelación y el aprovechamiento" (art. 20 UWG). Desde 1997 se han trasladado, además, las figuras de "cohecho pasivo" y "cohecho activo" en el tráfico comercial del artículo 12 UWG como atentados contra la competencia a los arts. 299 y 300 del C.P., así como se ha introducido una nueva figura de "cárteles de licitación" en el C.P. (art. 298), que anteriormente solamente era perseguida como infracción administrativa⁹⁵⁹.

Pero eso no es suficiente cuando se trata de proteger el normal funcionamiento de la Administración Pública y de los poderes del Estado, además de la competitividad de las empresas nacionales. Debido al "principio de territorialidad", la persecución penal tradicionalmente se limita a los actos de corrupción cometidos dentro del territorio nacional. Pero también atentan contra el bien jurídico aquellos cometidos por nacionales o contra nacionales en el extranjero, o incluso los cometidos enteramente por extranjeros en el extranjero, cuando los efectos de estos actos también se dejan sentir en el territorio nacional. Es lo que se conoce como *corrupción transnacional*. Y para reprimir estos actos no basta la

958. FERREIRA DELGADO, p. 80.

959. Ver sobre estos y otros cambios legislativos realizados por la "Ley de lucha contra la corrupción" de 20-08-1997, desde una perspectiva del Derecho de la competencia, KLEINMANN/BERG, p. 277 y ss.

aplicación del "principio real o de intereses" que, como principio subsidiario, está previsto en el artículo 2, numerales 1 a 3 C.P.

Por eso, ya desde 1977 está vigente en los EE.UU. la "Foreign Corrupt Practices Act" que persigue penalmente en territorio nacional, entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios llevados a cabo por ciudadanos norteamericanos incluso en el extranjero; y también se dirige esta figura contra la corrupción de funcionarios, políticos o candidatos políticos en el extranjero; es más, incluso se persigue a extranjeros que hayan cometido estas conductas en el extranjero en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas (principio de los "efectos en el mercado nacional")⁹⁶⁰.

Pero se ha demostrado que las leyes nacionales muchas veces no son suficientes para la lucha contra la corrupción. Es por eso que, a través de *convenios y tratados internacionales*, las naciones buscan no solamente una mejor cooperación en la lucha contra estos delitos (p. ej., a través de intercambio de informaciones y medios de prueba, extradición, cooperación policial y judicial, etc.), sino también mediante la autoobligación de "armonizar" las legislaciones internas y mejorarlas, sea introduciendo nuevos tipos penales o reformando los existentes o adoptando las medidas procesales necesarias. P. ej., en la Unión Europea, los Estados miembros se han obligado a introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales, la punición de la corrupción activa y pasiva de funcionarios de la Comunidad o de la Unión Europea (o sea de funcionarios supranacionales)⁹⁶¹.

960. Al respecto ver ampliamente TIEDEMANN, "Delinquenzverhalten...", en TIEDEMANN (edit.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, p. 32 y ss.; igualmente en *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985, p. 62 y ss.

961. Al respecto, explicando por qué los tipos nacionales vigentes en Alemania no eran suficientes para estos casos (se refieren a "funcionarios nacionales"), ZIESCHANG, p. 106, col. izq.

También tiene carácter regional la "Convención Interamericana contra la corrupción" de 29-03-1996, la cual, además, de ocuparse de la corrupción nacional, se refiere en su artículo VII también a la "corrupción internacional". El Estado peruano se ha comprometido a luchar contra la "corrupción transnacional" al ratificar esta Convención el 24 de marzo de 1997. Sin embargo, hasta ahora ha incumplido con introducir los tipos penales pertinentes en el Código penal. Por cierto que la Convención no prevé, en cambio, un tipo legal de "corrupción de funcionarios privados", sino solamente la corrupción de funcionarios públicos por nacionales, residentes extranjeros y empresas domiciliadas en el país, relacionada con actividades de naturaleza comercial o económica⁹⁶². Salta a la vista que esta tipificación es menos completa que la norteamericana, pues por un lado se refiere solamente a actividades económicas y no también a las políticas (que indirectamente pueden tener por trasfondo un interés económico) y, por otro lado, excluye los sobornos cometidos por extranjeros no domiciliados en el país, y los sobornos otorgados por extranjeros no domiciliados en el país, y los sobornos de nacionales o extranjeros, cometidos en el extranjero, pero con efectos para la competitividad en el mercado peruano.

En cambio, Alemania, p. ej., en cumplimiento del "Convenio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos ex-

962. Artículo VIII de la Convención: "Soborno transnacional": Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial...".

tranjeros en el tráfico comercial internacional", firmado el 17-12-1997 por 33 Estados (entre ellos Alemania y el Perú), sí ha introducido la "Ley de lucha contra la corrupción internacional" en la cual, de manera similar a la ley norteamericana, se reprime la entrega de sobornos a funcionarios públicos extranjeros en cualquier país del mundo (y no sólo de los países signatarios del Convenio) con el objeto de que éste, mediante comisión u omisión en el ejercicio de sus funciones, ayude al interesado a conseguir o mantener un contrato en el tráfico comercial internacional o cualquier otra ventaja injusta⁹⁶³.

Como se suele señalar, la dañosidad de este tipo de corrupción estriba en sus implicancias político-sociales, pues no es raro que las empresas transnacionales elaboren su estrategia previendo partidas especiales para actividades corruptoras y se aprovechen de su poder para presionar y chantajear a la clase política de los países huéspedes⁹⁶⁴. Además, como se ha reconocido, aquí no solamente se afecta al país del funcionario corrupto, sino también al país de quien realiza el acto de corrupción, pues su industria pierde confianza internacional, con la consiguiente afección del sistema competitivo nacional⁹⁶⁵. Especialmente escandalosa fue la situación en Alemania hasta antes de la reforma, pues incluso el Derecho tributario, caracterizado en la doctrina por su "neutralidad valorativa", permitía a empresas nacionales que actuaran en el extranjero deducir tributariamente aquellos "gastos" hechos allí en actividades corruptoras. Dado que los países menos desarrollados se encuentran presionados por el deseo de atraer capitales, usualmente no tienen interés en reprimir penalmente estas prácticas.

963. Al respecto, críticamente, ZIESCHANG, p. 106 y s.

964. También Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 325; 2.ª ed., p. 359, 3.ª ed., p. 442.

965. Ver TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 65.

3.4.4 El bien jurídico y los objetos tutelados

Algunos definen el BIEN JURÍDICO con términos de fuerte contenido ético y moral que destacan ya en la denominación misma de los delitos ("corrupción" o "venalidad"): la "corrección e integridad de los funcionarios públicos"⁹⁶⁶. Ciertamente, el verdadero sujeto pasivo no es el administrado que paga el soborno, sino siempre la Administración Pública, aunque en algunos casos pueda resultar algún perjuicio concreto para los particulares⁹⁶⁷. Pero esto no quiere decir que el bien jurídico sea el "prestigio" o el "honor" de la Administración Pública. Aquí el bien jurídico afectado, al igual que en los demás delitos contra la Administración Pública es y debe ser el funcionamiento de la Administración Pública.

En cambio, lo característico de los delitos de "corrupción de funcionarios" consiste en el OBJETO del bien jurídico directamente atacado (o el bien jurídico específico). Tradicionalmente se consideraba que este OBJETO de estos delitos consistiría en intereses de carácter ético (probidad, integridad y honradez de los funcionarios)⁹⁶⁸. Pero estas cualidades éticas, por sí mismas, no interesan en ningún lugar al Derecho penal, sino en cuanto sean el reflejo de algún atentado contra un bien jurídico; el funcionario puede ser inmoral en su vida privada, pero cumplir con las funciones públicas encomendadas, e incluso podría cometer algunos actos inmorales o antiéticos en el ejercicio de sus funciones, sin que por ello sea punible debido a que tales actos no están tipificados⁹⁶⁹. Por

966. FONTÁN BALESTRA, p. 255; CREUS, p. 271.

967. CREUS, p. 271.

968. Siguiendo a CARRARA y haciendo un paralelo con la "concusión", FERREIRA DELGADO, quien habla de un "daño (...) al decoro que debe rodear a toda función estatal" y de una "agresión al patrimonio moral del Estado", p. 99.

969. También rechazando concepciones moralistas en la definición del bien jurídico de los delitos contra la Administración Pública. CASTILLO ALVA, p. 17 y s.

eso, últimamente se ha identificado a la *imparcialidad de la actuación administrativa* como bien jurídico específico, en el sentido de un "deber de objetividad o indiferencia" frente a grupos de presión, fuerzas políticas o intereses privados del propio funcionario, y un "deber de distribuir equitativamente beneficios" a favor de todos los ciudadanos sin privilegiar a ninguno en especial⁹⁷⁰.

No obstante, se ha objetado que esta concepción tampoco sería coherente, puesto que entre los tipos de cohecho hay algunos que no tendrían nada que ver con la "imparcialidad" (cohecho impropio, tráfico de influencias en el caso peruano, pues no tiene que existir la influencia invocada), motivo por el cual lo que realmente se tutelaría sería el *carácter público* de la función pública; ella no debería ser privatizada por nadie⁹⁷¹. Pero también esta posición no deja de tener problemas, pues en algunos casos existen funciones públicas (en el sentido del Derecho penal) que solamente se realizan a través de una contraprestación (admitida por las leyes) del particular; p. ej., los árbitros⁹⁷². También se ha observa-

970. VALEJE, c. más ref., "El tratamiento penal", p. 28. Ver también RODRÍGUEZ PUERTA, p. 78 y ss.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1833 y s.; 1999, p. 1225 y s.; Carlos MIR, p. 226. En el Perú, CASTILLO ALVA, p. 15 y ss.; y Fidel ROJAS, aunque también admite secundariamente a los deberes del cargo, y a la "honestidad" del funcionario en los actos de oficio; ver 1.ª ed., p. 323, 335 y s.; 2.ª ed., p. 357, 369 y s., 3.ª ed., p. 439, 455. También MUÑOZ CONDE, acepta en principio un bien jurídico "imparcialidad", pero, entiende que el cohecho reúne a dos delitos distintos (no unidos por una "bilateralidad"), que atentarían contra distintos bienes jurídicos específicos: uno que implica "quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario" (cohecho pasivo) y otro que atenta contra el "respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales" (cohecho activo), ver p. e., p. 862 y s.

971. C. más ref., CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2257, n. marg. 2; 26.ª ed., p. 2572, n. marg. 2; FEIJOO, p. 704 y s., p. 719.

972. CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2257, n. marg. 2; 26.ª ed., p. 2572, n. marg. 2.

do que existirían dudas sobre el atentado contra el interés "imparcialidad" en los casos de "cohecho subsiguiente" (propio), pues la prestación al funcionario se realiza después de la actuación de éste, sin que haya podido haber algún tipo de influencia (en caso contrario, habría en realidad "cohecho antecedente")⁹⁷³. Ciertamente, esta reflexión tiene en mente los casos de "cohecho activo", donde el reproche penal se dirige a la parte corruptora, pero no los de "cohecho pasivo propio", donde lo que se desvalora es la conducta del "funcionario público" que viola sus deberes funcionariales. En el "cohecho pasivo propio subsiguiente", se sanciona penalmente al funcionario por haber aceptado "premios" a su acción ilícita que ha atentado contra la "imparcialidad" debida; ésta, por lo demás, se habrá, usualmente, motivado en la expectativa de retribuciones posteriores, aunque el tipo penal no exija este elemento subjetivo por razones probatorias⁹⁷⁴.

Ahora bien, en realidad el problema parece ser más bien aparente. En efecto, si se entiende que el bien jurídico es el mismo para todas las figuras de "cohecho" (el "correcto funcionamiento de la Administración Pública")⁹⁷⁵ y que cada una de ellas se dirige hacia un objeto diferente⁹⁷⁶, queda claro que en el "cohecho propio", se afecta la "legalidad" e "imparcialidad" en el desempeño

973. ORTS/VALELE, en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, p. 1810.

974. También CASTILLO ALVA, de manera similar, p. 16.

975. CRAMER hace un esfuerzo por encontrar un "bien jurídico" exclusivo, pero común, a todos los tipos de "cohecho", y se refiere a una "puesta en peligro general del aparato estatal"; ver c. más ref. en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 2258, n. marg. 3; 26.^a ed., p. 2572, n. marg. 3. Pero esta definición es muy imprecisa y puede aplicarse también a todos los demás delitos contra la Administración Pública (y en última instancia a todos los delitos).

976. Carlos M.ª sigue un procedimiento similar al expuesto; ver p. 226 y ss. Y también cita jurisprudencia española que sigue refiriéndose al "decoro", la "honestidad profesional" o la "integridad" del funcionario; ver *idem* p. 227 *in fine* y s.

funcionarial" y en el "cohecho impropio" más bien la "imparcialidad en el desempeño de funciones que admiten un poder discrecional" o el "peligro para la imparcialidad" ante un inicio de la venalidad con consecuencias futuras. En el caso del tráfico de influencias (art. 400 C.P. peruano) se trata también de un "peligro" en cuanto a la "imparcialidad" y "legalidad" en el desempeño de funciones; así como en relación del "patrimonio individual" (simulación de influencia). Y en el "cohecho activo", además de la "imparcialidad" interesa proteger el ejercicio regular de actividades funcionariales; es decir, brindar "tranquilidad" al desempeño funcionarial.

3.4.5 Fuentes y sistemática peruana

El C.P. peruano vigente reproduce casi completamente lo dispuesto por el C.P. de 1924, salvo por las penas, las cuales ahora son más graves en aproximadamente un 50 por ciento. Se sanciona el cohecho pasivo propio (art. 393), el cohecho pasivo impropio (art. 394), un tipo especial de cohecho para magistrados y funcionarios con cargos similares (art. 395 y 396), las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 397), la corrupción activa de magistrados (art. 398 y 398A), el cohecho activo (art. 399) y el tráfico de influencias (art. 400).

No se sanciona el cohecho pasivo impropio "subsiguiente", es decir, el funcionario que acepta ventajas por haber hecho algo que no constituye una falta de sus deberes propios del cargo. Ni tampoco se sanciona penalmente el cohecho activo subsiguiente en el artículo 399. El "cohecho activo impropio" está expresamente considerado en el artículo 399, pero es muy discutible en la modalidad agravada del artículo 398.

Como se verá más adelante, el sistema peruano es todavía deficiente. La reciente reforma alemana podría resultar ilustrativa

para una futura reforma de esta parte del C.P. peruano. El legislador alemán ha reformado en 1997 sus tipos penales de la siguiente manera: se ha incluido expresamente en todos los casos de cohecho activo y pasivo el elemento de que el bien solicitado, recibido o prometido pueda beneficiar también a un tercero; se ha ampliado la modalidad de cohecho impropio para comprender casos desvinculados de una "contraprestación" de parte del funcionario; se han aumentado las penas de los tipos básicos en muchos casos (recuérdese que el sistema alemán de prescripción y de medidas alternativas a la prisión es menos benigno que el peruano); se han introducido nuevas modalidades agravadas de todos los tipos de cohecho; se ha mejorado la previsión de comiso y penas pecuniarias; y se ha extendido la punibilidad a casos de corrupción de funcionarios extranjeros⁹⁷⁷.

También es interesante observar la legislación española. Así, en el sistema peruano es criticable que no se hayan adoptado medidas que atenúen o excluyan de pena al particular que haya participado en el "cohecho activo". De esta manera se pudo haber mejorado la lucha contra la corrupción, pues la actual regulación tiende a inhibir las denuncias por parte de los particulares. Y es que estos (fuera de los casos claros de "conculsión" donde su carácter de víctimas es evidente) siempre pueden ser reprimidos penalmente cuando acceden libremente al abuso de los funcionarios públicos (particularmente en el caso de solicitudes de carácter sexual) o, cuando, motivados por la corrupción estructural existente, propongan ellos mismos la compraventa de la función pública. Estas circunstancias sí las ha tenido en cuenta el legislador español, quien en el artículo 423, segundo párrafo, del nuevo C.P. prevé una atenuante para los que accedieran a las solicitudes del funcionario (cohecho activo propio de respuesta), y en el artículo

977. Ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 2571 y s., n. marg. 1a a 1d.

427 incluso se excluye de pena al particular cohechador que, cumpliendo determinados requisitos, denunciara los hechos⁹⁷⁸.

Finalmente, desde la vigencia del Código penal en 1991 nuestro legislador no ha manifestado especial interés en perfeccionar los tipos penales sobre "corrupción de funcionarios". Entre otras omisiones, no se han hecho modificaciones en nuestro Código penal para mejorar la lucha contra la corrupción ni se ha previsto la figura del "soborno transnacional" que nuestro país desde 1997 se comprometió a incluir en su legislación interna, en cumplimiento del artículo VII y VIII de la "Convención Interamericana contra la Corrupción" (vigente en nuestro país desde el 4 de julio de 1997). Recientemente, con motivo de los escándalos políticos de corrupción durante el gobierno de la década pasada, se ha dado una ley que mejora procesalmente las posibilidades de persecución policial y penal de la corrupción de funcionarios y de otros delitos: la Ley 27378 (de 21-12-2000).

3.4.6 Cohecho pasivo propio (art. 393)

Artículo 393.- El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Aquí el legislador nacional se aparta de la fuente argentina y permanece en la suiza (art. 279 C.P. federal de 1918), manteniendo en la formulación típica la descripción del artículo 349 del C.P. de 1924⁹⁷⁹.

978. Al respecto ver OLAZOLA, *Cohecho y amenazas*, p. 467 y ss.

979. Destacado también por FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 346; 2.ª ed., p. 380, 3.ª ed., p. 468.

El tipo penal alberga dos supuestos claramente diferenciados: uno de "carácter unilateral", mediante el cual el funcionario "solicita" un bien, y uno de "cohecho" que exige del sujeto activo "acepte" el bien ofrecido por otro. Pero en ambos casos existe una "contractualidad" en sentido amplio, es decir, no necesariamente como un acuerdo perfeccionado de voluntades, sino como una "declaración" (con la conducta típica) de parte del funcionario de querer vender la función pública (su corruptibilidad)⁹⁸⁰.

En el supuesto principal ("aceptar") existe una "codelincuencia" necesaria entre el funcionario y el otro que ha practicado un "cohecho activo", cuya punibilidad está prevista en un tipo independiente. Sin embargo, mientras que el cohecho pasivo normalmente precisa del activo, éste no precisa del primero, pues se consuma con el simple "ofrecer"⁹⁸¹; en la modalidad de cohecho pasivo de "solicitar", en cambio, es éste el que no precisa del "cohecho activo", pues se consuma sin que el particular acepte la oferta de "venta" de la función pública.

Para la legislación argentina, el tipo base es el que allí se denomina "cohecho pasivo atenuado" (similar al cohecho pasivo impropio peruano), mientras que un tipo similar al peruano de "cohecho pasivo propio" (cohecho con violación de deberes funcionariales) es el denominado "cohecho pasivo agravado" y sólo se refiere al Juez (art. 257).

Los elementos típicos del delito son los siguientes:

980. Cfr. CRAMER en SCHONKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2258, n. marg. 4; 26.ª ed., p. 2572, n. marg. 4.

981. CREUS, p. 272. Esta distinción se remonta al italiano ENRICO PESSINA, cuya idea fue seguida por el Código penal italiano de 1889 (Código Zanardelli) y recogida por esta vía por el español de 1822 y otras legislaciones extranjeras como las sudamericanas; ver en FERREIRA DELGADO, p. 82.

— SUJETO ACTIVO. Se requiere de la cualidad de "funcionario público" en el sujeto activo. Se trata de un delito especial propio (no existe aún un tipo de "cohecho privado" en la legislación peruana).

Pero no puede ser sujeto activo del delito cualquier funcionario público, sino sólo aquél que actúa en el *ámbito de sus propias funciones*. Si se tratara de un funcionario que actúa invadiendo las funciones de otro, habrá "usurpación de funciones", pero no el tipo que estamos analizando⁹⁸². Una estafa sería posible cuando el particular fue engañado (se le hizo creer que el sujeto activo tenía las funciones que adujo), y de ello derivó un perjuicio patrimonial para él. Y aquí no debe importar que la "contraprestación" del particular sea ilícita⁹⁸³, pues el bien jurídico tutelado en la "estafa" es el "patrimonio"⁹⁸⁴.

A diferencia del tipo argentino que expresamente se refiere también al cohecho pasivo del funcionario "por persona interpuesta"⁹⁸⁵, el tipo peruano sólo se refiere al funcionario que actúa *directamente*. Luego, cuando el que recibe la ventaja no es el sujeto activo "funcionario", sino un tercero (funcionario o no) podría haber problemas para la subsunción de la conducta como "cohecho". Éste es un problema de "autoría y participación" que se analiza más abajo, pues depende de la teoría que se emplee para afirmar o denegar la tipicidad del cohecho pasivo. Si se llegara al segundo resultado, solamente podría afirmarse un "abuso de autoridad" del funcionario.

El elemento "funcionario público" no se presenta en muchos casos prácticos en los cuales, quien solicita o recibe sobornos, so-

982. También CREUS, p. 279.

983. CREUS, p. 287, quien niega la "estafa" en estos casos.

984. También MUÑOZ CONDE admite la estafa; ver p. e., p. 864.

985. Al respecto, CREUS, p. 276 y s.

lamente puede ser calificado como "funcionario privado" (p. ej., un dirigente deportivo, un funcionario de una organización extranjera, etc.) o cuando se trata de sujetos que están a punto de acceder a la función pública, pero que todavía no lo han hecho. Para estos casos, el legislador debería introducir tipos penales específicos (p. ej., uno de "corrupción privada") o ampliar la autoría (p. ej., considerar como autor de cohecho pasivo a sujetos que van a acceder a la función pública).

Por otro lado, el elemento "funcionario público" no existe cuando el sujeto todavía *no ha asumido el cargo*. Esto es especialmente crítico en el caso de "funciones públicas" que derivan de una "elección", pues permiten un período de tiempo "libre" de punibilidad al sujeto elegido que todavía no ha asumido el cargo. Es particularmente discutible el caso del parlamentario, regidor, Alcalde o incluso Presidente, que "venden" la función pública futura que aún no han asumido oficialmente. Si bien es posible todavía admitir que, en estos casos, la cualidad, en el sentido penal, de "funcionario público" puede prescindir de la formalidad (administrativa) de la "juramentación", y que bastaría con la comprobación oficial de la "elección", es decir, se tendría la función pública desde el momento de la publicación oficial de los resultados de las elecciones, siempre quedaría un vacío durante la etapa anterior. Este caso encierra, además, un problema adicional para su subsunción en el tipo penal de "cohecho pasivo propio": el carácter de la función pública infringida. Esto se analiza más adelante con el elemento "carácter indebido del acto".

Tampoco puede considerarse dado el elemento funcionario público, cuando se trate de uno que vende la función específica hacia donde va a ser destacado o una *que ya no posee*. Eventualmente, y según las circunstancias, podrían entrar a tallar aquí los tipos penales de "tráfico de influencias" y "patrocinio ilegal". Pero sería preferible un tipo especial de "negociación incompatible" como el del artículo 441 C.P. español, el cual podría abarcar

convenientemente estos casos, incluso sin necesidad de una "contractualidad"⁹⁸⁶.

Por otro lado, no hay problemas en que el cohecho pasivo pueda cometerlo un alto funcionario de una *empresa estatal* o *privada con concesión pública* para realizar una función pública en virtud del concepto de "funcionario público" que sugiere nuestro artículo 425 (numeral 3). En legislaciones como la española donde no se tiene una definición tan específica como la peruana, sino solamente una fórmula general sobre cómo se accede a la función pública, la doctrina y la jurisprudencia también admite que en este caso existe un "funcionario público" y, por lo tanto, un delito de "cohecho pasivo", precisamente basándose en la naturaleza de los servicios que brinda la empresa estatal y en su origen público⁹⁸⁷.

Por último, no son actos funcionariales en el sentido del tipo penal las *actividades privadas* del funcionario, aunque las lleve a cabo infringiendo sus deberes funcionariales; p. ej., un policía que realiza investigaciones privadas durante su horario de trabajo (y es retribuido para ello por el interesado)⁹⁸⁸.

— SOLICITAR O ACEPTAR. El elemento "solicitar" suele ser considerado como una modalidad de "exacción" por ser "unilateral"⁹⁸⁹, no tipificada en el Perú dentro del artículo 383, el que debería

986. Sobre este tipo penal y sus alcances ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1913 y s.

987. Ver VALEIJE, c. jurisp. española, *Reflexiones...*, p. 485 y s.

988. CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2268; n. marg. 3 y s.; 26.ª ed., p. 2584, n. marg. 3 y s.

989. En ese sentido, CREUS, p. 273. Fidel ROJAS advierte que el elemento "solicitar" debe ser diferenciado de la concusión o de la exacción, y que no bastaría la simple proposición, broma o indirecta, sino que debe tener "idoneidad y suficiencia típica", aunque no dice en qué consiste esto; 1.ª ed., p. 348; 2.ª ed., p. 382, 3.ª ed., p. 471. También para Colombia, FERREIRA DELGADO, quien dice que "la oferta de *venta* de la función por parte del empleado oficial coloca el hecho

ser su lugar. No obstante, para considerar el "solicitar" como modalidad de "cohecho pasivo", tiene que ir acompañada de un *ofrecimiento de venta de la función pública*⁹⁹⁰. Si no es así, el mero solicitar deberá quedar impune.

SOLICITAR consiste, entonces, en requerir al otro que le entregue una ventaja a cambio de la "venta de la función pública". Pero este requerimiento, según la sistemática peruana, no puede incluir ningún elemento de violencia propio de las "exacciones ilegales" o de la "concusión".

De manera más clara habría que dividir el "acto injusto" de la corrupción en etapas: la solicitud, la aceptación y la recepción de las ventajas por parte del funcionario⁹⁹¹. El artículo 393 ha tratado de referirse a todas estas modalidades, pero con la divergencia poco sistemática de que la "aceptación" engloba a la "recepción".

Ahora bien, la solicitud debe ser *expresa y directa*, pero no debe tener un contenido de "violencia" o "engaño", pues en este caso estaríamos ante una "concusión" o una "exacción ilegal". No basta con "sobreentendidos" bajo el argumento de que existiría en el medio una "concusión ambiental", una corrupción generalizada y consolidada, pues en ese caso se estaría sancionando al funciona-

en el ámbito de la *concusión* debido al poder extorsivo que tiene implícita semejante oferta, por quien ostenta el poder público al ofrecerla", ver p. 98.

990. En ese sentido también la doctrina española; ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, 1996, p. 1840; 1999, p. 1232. También en Alemania, el sujeto activo debe dejar reconocer con su "solicitud" que desea la ventaja por su conducta; ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2262, n. marg. 22; 26.ª ed., p. 2576, n. marg. 22, p. 2578, n. marg. 29d. En la tercera edición de su libro, Fidel ROJAS señala expresamente que ambas modalidades (el "solicitar" y el "aceptar") tienen una "vinculación de destino" a través del elemento "para..."; ver p. 472 y s.

991. Así, refiriéndose a doctrina alemana, OLAIZOLA NOGALES, p. 255.

rio por el contexto en el que vive y trabaja y no por una conducta concreta⁹⁹². P. ej., si un particular, entendiendo que todo el poder judicial es corrupto, *ofrece* dinero a un juez para que éste falle a su favor, no puede entenderse que el Juez ha cometido un acto de concusión o cohecho. Pero si el Juez aceptara, ciertamente habría un "cohecho pasivo".

El ACEPTAR sí es una modalidad tradicional de "cohecho" que implica, en principio, admitir una promesa de recibir algo para el futuro⁹⁹³. No obstante, esta interpretación puede y debe ser ampliada para el caso peruano. Cuando el tipo penal (de manera poco técnica) se refiere a "aceptar dádiva, promesa o cualquier otra ventaja", se refiere tanto a la "aceptación de promesas" como a la aceptación-recepción de bienes (dádivas o cualquier otra ventaja)⁹⁹⁴. En resumen: "aceptar" se refiere tanto a una entrega inmediata de un bien como a la promesa de un cumplimiento futuro⁹⁹⁵. El primer caso es lo que se conoce en otras legislaciones como "recibir", o sea entrar en la tenencia material del objeto que la otra parte ofrece con la voluntad de hacerlo suyo (traslado físico de bienes)⁹⁹⁶. La "aceptación" no requiere ninguna formalidad propia del Derecho civil. P. ej., si se trata de un inmueble, no es necesaria la inscripción en los Registros Públicos⁹⁹⁷. También hay "aceptación" cuando el funcionario recibe los bienes con la reserva de devolverlos eventualmente (p. ej., en caso de que el acto funciona-

992. Así la crítica de SGUBBI a la jurisprudencia italiana, p. 122.

993. CREUS, p. 273.

994. De igual manera, con una interpretación "amplia" del término "aceptar", CASTILLO ALVA, p. 10 y s.

995. En ese sentido VALEIJE, "El tratamiento penal de la corrupción", p. 121; RODRÍGUEZ PUERTA, p. 177; siguiéndola, CASTILLO ALVA, p. 10.

996. CREUS, p. 273; FERREIRA DELGADO, p. 90; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1841; 1999, p. 1233.

997. CREUS, p. 273.

rial no sea favorable al interesado), pues también allí se ha consumado el pacto venal⁹⁹⁸.

En la modalidad de "aceptar" (bienes o promesas) usualmente habrá una "convergencia" de voluntades entre el funcionario-vendedor y el particular-comprador, pero, en el caso de que la iniciativa provenga de este último, puede resultar discutible, si tal convergencia debe consistir en una "identidad" para que exista el cohecho pasivo del primero⁹⁹⁹.

Se ha destacado que la conducta del funcionario, violadora de sus funciones, puede consistir en una *acción* o en una *omisión* y que en el caso de la "omisión", no se trataría solamente de no hacer algo, sino de hacer algo distinto a lo debido según sus propias funciones¹⁰⁰⁰. Pero no se trata aquí de afirmar la ejecución del delito mediante una "comisión por omisión" en el sentido tradicional, pues la conducta típica reprochada no es el cumplimiento de la contraprestación por parte del funcionario, sino el acto de "venta" u "ofrecimiento de venta" de la función pública, donde siempre habrá una acción¹⁰⁰¹. En cambio, en el acto ofrecido o realizado por el funcionario (cohecho pasivo) o buscado por el particular (cohecho activo) sí puede tratarse de una "acción" o una "omisión".

— DONATIVO, PROMESA o CUALQUIER VENTAJA. Aquí destaca, en primer lugar, la deficiencia de la técnica del legislador

998. Cfr. CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2262, n. marg. 25; 26.ª ed., p. 2577, n. marg. 25.

999. CRAMER opina que no, que bastaría que la voluntad delictiva de las partes se manifieste de alguna manera su voluntad delictiva; ver en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 2578, n. marg. 29d.

1000. También ROJAS, Fidel, 1.ª ed., p. 349; 2.ª ed. p. 383, 3.ª ed., p. 474.

1001. Así, criticando la existencia por separado y con menor penalidad del artículo 421 C.P. español, el cual prevé la modalidad de cohecho pasivo dirigido a una omisión de actos funcionariales, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1855, 1857; 1999, 1247 y s., 1249.

peruano, pues equipara sustantivos que evidentemente no tienen nada en común. En todo caso, si se tratara de la "solicitud" o "aceptación", ésta tiene que referirse a algo concreto como la "promesa de entregar algo", pero no la "promesa" a secas.

El DONATIVO es sinónimo de "dádiva" o "presente" y significa cualquier regalo, cualquier entrega a título gratuito en el sentido comercial, pero que tiene por finalidad la venta de la función pública. Solamente puede tratarse de un bien concreto, mueble o inmueble y con contenido patrimonial.

La PROMESA es el hecho de comprometerse a entregar o hacer algo; obviamente, aunque el tipo no lo especifica, la promesa no puede estar vacía de contenido, sino debe referirse a la entrega de un bien o a prestar algún servicio. La promesa puede ser *directa*, es decir, explícita, e indirecta, o sea implícita, p. ej., la que se ofrece a todos los funcionarios de una oficina sin especificar que se favorece realmente al funcionario que realizó el hecho ilícito. No se precisa su efectivo cumplimiento, pues el tipo penal solamente exige la "aceptación" de la promesa; ella puede aplazarse o incumplirse, pero ello no impide la consumación del delito; su cumplimiento solamente constituye el "agotamiento" del delito¹⁰⁰².

La OTRA VENTAJA se refiere a cualquier beneficio que pueda recibir el sujeto activo. Este concepto es complementario de los "donativos" y cubre cualquier otra posibilidad de vacío cuando se trate de bienes que no encajen dentro de aquel concepto¹⁰⁰³. Así podrían entrar aquí las prestaciones de servicios o los bienes sin valoración económica dentro del mercado.

En la doctrina se discute si los bienes utilizados como medios para la "compraventa" de la función pública deben tener *valor*

1002. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1841, 1999, p. 1233.

1003. También así, FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 333; 2.ª ed., p. 367, 3.ª ed., p. 452.

económico o no. ¿La "ventaja" puede ser, además de cualquier objeto material, también algo inmaterial? Veamos la doctrina comparada. El tipo penal argentino correspondiente, utiliza los términos "dinero" y "dádiva". En concordancia con el resto de los elementos típicos ("recibir" o "aceptar promesa sobre" como contraprestación al ilícito funcional), la doctrina ha interpretado que se debe tratar de bienes transferibles, susceptibles de ser dados y recibidos. Desde esa perspectiva, los bienes no deben tener, necesariamente, valor económico (en el sentido de mercantil); p. ej., título honorífico, objeto que antes perteneció a la familia del funcionario, diario íntimo de un ser querido, foto autografiada, etc. Lo que sí quedaría fuera del tipo, para dicha doctrina, son las cosas "intransferibles" como: la lectura de un poema, la ejecución de una pieza musical, la intermediación para una conquista amorosa, un favor sexual¹⁰⁰⁴. Entonces, solamente interesaría que el bien ofrecido o entregado constituya el "precio" de la actividad o inactividad del funcionario¹⁰⁰⁵, pero esto haría que sean suficientes las meras atenciones: una copa de vino, flores, etc.¹⁰⁰⁶. Es similar en ello la doctrina alemana sobre sus tipos penales de "cohecho" que se refieren ampliamente a "ventajas" como contraprestación exigida o percibida por el funcionario o prometida a éste¹⁰⁰⁷.

Por otro lado, otra doctrina exige un "carácter patrimonial" de los bienes. Con ello, al mismo tiempo sería más fácil poner un

1004. Cfr. CREUS, p. 274 y s.

1005. En Argentina, CREUS, p. 275; y ya antes FONTÁN BALESTRA decía que la "dádiva" podía ser de cualquier naturaleza, siempre que signifique un beneficio para el funcionario", p. 259. Siguiendo a Creus, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 349; 2.ª ed., p. 383, 3.ª ed., p. 473.

1006. Ver CREUS, p. 273.

1007. Al respecto CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2260 y s., n. marg. 18 y s.; 26.ª ed., p. 2575, n. marg. 18 y s.

"límite cuantitativo". En la doctrina española mayoritaria, p. ej., obligada por la literalidad del tipo penal correspondiente, así como por las posibilidades de aplicar también los variados tipos penales españoles de "tráfico de influencias", solamente admite bienes con contenido patrimonial o económico, quedando fuera los que sean de carácter "inmaterial y subjetivo" (p. ej., el ofrecimiento de un ascenso)¹⁰⁰⁸. Y, al igual que la mayoría de los autores actuales, en cuanto a la cuantía, consideran que no habría una cantidad fija, pero que debería ser suficiente como para tener "capacidad objetiva de corromper" o "motivar" al funcionario según las circunstancias¹⁰⁰⁹, lo cual debería excluir los regalos típicos de los "usos del tráfico o de cortesía (p. ej., regalos de navidad de escaso valor, una invitación a comer)¹⁰¹⁰.

Para el caso peruano, como el tipo legal se refiere ampliamente a "cualquier ventaja" y no a un "beneficio patrimonial" como en la "concusión" (art. 382), deberá exigirse que el "precio" pagado al funcionario, en primer lugar, no necesite ser de carácter "patrimonial" ni, en caso de serlo, tengan una determinada cuantía; en segundo lugar, no necesariamente consista en muebles, sino también abarque a los "inmuebles" y cualquier otro bien incorpóreo e incluso a las "prestaciones de servicios", y finalmente, que

1008. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 43, col. der.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1842; 1999, p. 1234; MUÑOZ CONDE, observando también que las multas para estos delitos se fijan en función del valor de las "dádivas", p. e., p. 863. FEIJÓO SÁNCHEZ interpreta, en cambio, ampliamente en el sentido de que no se necesitaría que el soborno tenga carácter patrimonial pues el bien jurídico puede verse afectado en uno y otro caso; ver p. 718 y s.

1009. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 43 y s.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 864.

1010. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1843; 1999, p. 1235.

sea idóneo para influir en su decisión de vender la función¹⁰¹¹. En cuanto a las "meras atenciones", deberán descartarse las que impliquen meros actos de cortesía, salvo que excedan la tradición o cualquier lógica¹⁰¹². Esto último es el caso de los "cohechos disfrazados" como regalos o atenciones sociales, sea al mismo funcionario o a familiares suyos, en cuyo caso la pauta para apreciar el cohecho será la "desproporción" entre el acontecimiento y el obsequio y que estos sean causales para actos funcionariales previos o posteriores¹⁰¹³. También la jurisprudencia alemana, en esta misma línea interpretativa, ha precisado más cuándo podría hablarse de "adecuación social" de las atenciones a funcionarios públicos: según la magnitud de la atención, su valor en relación con las costumbres del medio y de la experiencia de vida general¹⁰¹⁴.

Desde esta perspectiva, también un *favor sexual* podría implicar el "precio" de la compra-venta de la función pública, pero no en el sentido de "donativo" o "bien", sino como "ventaja"¹⁰¹⁵,

1011. FELIJO SÁNCHEZ exige el influjo efectivo en la motivación del funcionario; ver p. 719. Pero con esto obliga a un análisis complicado de motivaciones internas del funcionario. En cambio, el criterio de DÍAZ Y GARCÍA CONILLO/OLAZOLA sí se refiere a una "idoneidad" del bien, ver *La responsabilidad penal*, p. 44, col. izq. En Alemania se tiene una interpretación tan amplia como la peruana, solamente se exige que se mejore la posición del funcionario; ver c. ej. CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2261, n. marg. 19; 26.ª ed., p. 2575 y s., n. marg. 19.

1012. Acertadamente, FIDEL ROJAS quien, refiriéndose al "donativo", exige por eso en el bien las características de "corporeidad", estimación económica, capacidad de ser transferido, ilegitimidad, sentido finalístico y suficiencia motivadora; 1.ª ed., p. 331; 2.ª ed., p. 365, 3.ª ed., p. 450. El elemento "teleológico" también es útil para descartar de la esfera del "cohecho" los meros "favores" o las "facilidades" mutuas que surgen de una relación entre funcionarios o entre estos y particulares; 1.ª ed., p. 334; 2.ª ed., p. 368.

1013. FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 333 y s.; 2.ª ed., p. 367, 3.ª ed., p. 453.

1014. Citando jurisprudencia alemana, ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2261, n. marg. 18; 26.ª ed., p. 2575, n. marg. 18.

siempre y cuando haya sido prestado libre y voluntariamente y no como consecuencia de una amenaza velada por parte del funcionario público. Por lo visto, también la jurisprudencia nacional se acerca a esta interpretación¹⁰¹⁶. El problema está en el caso, muy relevante en la práctica, de que el particular acceda, por "temor", a realizar el favor sexual y, por lo tanto, más que autor de un delito de "cohecho activo" sea una víctima del abuso del funcionario. Aquí no habría propiamente una figura de "cohecho" (por falta de bilateralidad), pero tampoco una de "concusión" (porque el bien dado debe tener "carácter patrimonial"). Entraría a tallar más bien un delito contra la "libertad sexual" (art. 170) o de "coacciones" (art. 151), con la agravante genérica de la calidad de funcionario público del sujeto activo (art. 46-A), aunque parece ser preferible la introducción de un tipo penal específico que recoja adecuadamente todo el injusto penal de este caso específico¹⁰¹⁷ o una modificación de la figura de la concusión para admitir que el obje-

1015. También lo admite en este sentido, acertadamente, Fidel Rojas, quien observa que ello no sería posible en el tipo penal español, pues éste se refiere a objetos concretos y no emplea un concepto tan amplio como la "ventaja" del tipo penal peruano, 1.ª ed., p. 334 y s.; 2.ª ed., p. 369, 3.ª ed., p. 454 y s. En Alemania, estos casos también son vistos como "ventaja" en el marco de las figuras de cohecho, ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2261, n. marg. 19; 26.ª ed., p. 2576, n. marg. 19.

1016. Así en la E. S. de 05-03-1997, Exp. 2673-95 (Callao), citada por Fidel Rojas, 1.ª ed., p. 443 y s., N.º 12; 2.ª ed., p. 477 y s., N.º 12., 3.ª ed., p. 636, N.º 12. Pero no hubo condena por falta de prueba del acto sexual que la agraviada habría sostenido con un Suboficial de la Policía para ayudarla a huir de la Carceleta del Palacio de Justicia del Callao.

1017. Al respecto ver los comentarios del artículo 443 C.P. español, el cual por lo visto solamente se refiere al caso de un "ofrecimiento de venta" de parte del funcionario a un particular interesado en un caso en que aquél interviene; los casos en los cuales el funcionario acepta la oferta del particular o el funcionario la solicita para cometer un acto injusto solamente podrían ser típicos como "cohecho" o "tráfico de influencias"; críticamente, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1918 y s., 1842 y s.

to sobre el que recaiga la acción no tenga "carácter patrimonial" (ver al respecto *supra* 3.2.3).

— TEMPORALIDAD DEL ACTO. La ventaja que el funcionario "solicita" y "acepta" se da como contraprestación de un acto ilícito futuro (para realizar u omitir algo infringiendo sus funciones) o incluso pasado (a consecuencia de haber ya faltado a sus deberes). O sea, se sanciona tanto el cohecho propio *antecedente* como también el *subsiguiente*.

Ésta es una diferencia básica con el tipo argentino del artículo 256, pues en éste las acciones del funcionario son casi siempre futuras en relación con la contraprestación del otro (salvo en el caso de la "aceptación de una promesa" en la cual la realización de la promesa se puede llevar a cabo después)¹⁰¹⁸.

En el cohecho propio "subsiguiente" no se necesita un concierto previo expreso; la conducta del funcionario es posterior a la ejecución del acto funcional materia del donativo, la promesa o la ventaja. Ahora bien, en la práctica sucederá que este concierto previo sí existió pero su prueba no es posible. En puridad, aquí habrá "cohecho antecedente", pero incluso si éste no pueda ser probado, existe la punición por el "cohecho subsiguiente". Por eso esta modalidad no deja de tener un grado de "presunción" en cuanto a la existencia previa de tratos entre el funcionario y el particular¹⁰¹⁹. Solamente se necesita el vínculo de causalidad entre lo recibido y la función pública realizada en violación de los deberes funcionariales¹⁰²⁰.

1018. Al respecto, CREUS, p. 277; FONTÁN BALESTRA, p. 258 y s.

1019. Crítica dirigida también para el "cohecho pasivo subsiguiente" (propio e impropio) previsto en el artículo 425 C.P. español, aunque admitiendo la necesidad de su mantenimiento (a diferencia del "cohecho pasivo impropio subsiguiente"); ver en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1869; 1999, p. 1261.

1020. También Fidel ROJAS, aunque pone como ejemplo un supuesto que en realidad es atípico por falta del elemento "funcionario público": el funcionario

— CARÁCTER INDEBIDO DEL ACTO. El sujeto activo debe pretender violar sus deberes o debe haberlos violado a través de un acto cualquiera. Si recibiera el "incentivo" para actuar de acuerdo con sus funciones, sólo habrá "cohecho pasivo impropio".

Aunque el legislador utiliza dos términos distintos para destacar el carácter indebido de la conducta típica ("obligaciones" y "deberes"), se trata de conceptos sinónimos¹⁰²¹.

La violación de deberes puede consistir en un acto que por sí mismo constituya un delito, una infracción administrativa o incluso un acto impune; el tipo penal no exige que la violación de deberes se refiera siempre a un delito¹⁰²²; p. ej., puede haber cohecho cuando la "compra-venta" se realiza para que el Juez prevarique, pero también para que infrinja algún otro deber funcional que no implique prevaricato (p. ej., revelar secretos). Los "deberes" (u "obligaciones" según el texto) infringidos tienen que estar delimitados previamente. En concreto, existe tal infracción cuando la conducta del funcionario atenta contra las leyes, las disposiciones administrativas, mandatos generales de servicio o indicaciones del superior jerárquico¹⁰²³.

Hay que destacar aquí una diferencia interesante en relación con otras legislaciones. La peruana centra su distinción entre corrupción (o "cohecho") propio e impropio en función de que el funcionario sobornado haga u omita algo, de manera amplia, *en violación de sus obligaciones* (o "deberes") y el "cohecho impropio

que ya ha cesado, pero que recibe entonces un pago de un particular por un acto violatorio de sus deberes realizado cuando todavía desempeñaba funciones; ver 1.^a ed., p. 351 y s.; 2.^a ed., p. 385, 3.^a ed., p. 476 y s.

1021. También señala esto ROJAS, después de una amplia y atinada explicación, 1.^a ed., p. 350 y s.; 2.^a ed., p. 384, 3.^a ed., p. 475 y s.

1022. Así también ROJAS, Fidel, 1.^a ed., p. 348; 2.^a ed., p. 382, 3.^a ed., p. 471.

1023. C. más ref. ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 2268; n. marg. 7; 26.^a ed., p. 2584, n. marg. 7.

pio" también es descrito de manera amplia como conducta del funcionario público *sin faltar a su obligación* (no se refiere a un "acto no prohibido por la ley"). En otros países, los distintos tipos de cohecho se distinguen según si el acto del funcionario es "un acto propio de su función" o que no lo sea y que "constituya delito" o que "no esté prohibido por la ley". Ése es por ejemplo el caso de España, donde los tipos penales de "cohecho" de los arts. 419 y ss. se construyen tomando como requisito que la conducta del funcionario esté en relación, por un lado, con la realización en el ejercicio de su cargo de un acto u omisión que constituya "delito" o un "acto injusto" (cohecho propio) y, por otro lado, en "consideración de su función" o "para la consecución de un acto no prohibido legalmente" (ambos casos de "cohecho impropio")¹⁰²⁴.

En el caso peruano, el criterio para el "cohecho propio" es más amplio y engloba casos que en España serían más bien de "cohecho impropio". Dado que aquí lo constitutivo del "cohecho propio" es la infracción de deberes funcionariales, siempre se producirá la tipicidad de este delito cuando esa infracción de deberes constituya un delito o una infracción administrativa; p. ej., los Regidores municipales que reciben un soborno para no asistir a la asamblea y bloquear así una decisión importante; el funcionario, que no estando obligado por la ley, no denuncia la comisión de un delito motivado por una retribución del interesado, etc. Por cierto que el sistema español, aunque más complicado, parece ser más justo en cuanto a la penalidad, pues ciertamente es más grave la

1024. Al respecto, comentando una interesante jurisprudencia suprema y doctrina sobre casos de "cohecho impropio" bajo la modalidad de "solicitar dádivas" (p. ej. un Juez no competente que solicita dádivas para no iniciar investigaciones penales por un delito cometido), OLAIZOLA, *Cohecho y amenazas*, p. 425 y ss., 433 y ss. Ver también DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, p. 43 y ss., 44 y s.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1845 y s., 1851 y ss.; 1855 y ss.; 1999, p. 1237 y s., 1243 y ss., 1247 y ss.

infracción de deberes, motivada por un cohecho, constitutiva de delitos, que la que solamente lleva a infracciones administrativas.

La estructura amplia del tipo penal peruano es especialmente útil para abarcar como "cohecho pasivo propio" los casos de *transfuguismo político*. En estos casos podría discutirse el hecho de que el funcionario público elegido que "vende" su pertenencia de partido político no estaría en realidad infringiendo sus deberes funcionariales. Y en el caso ya planteado anteriormente de que ni siquiera hubiera comenzado a ejercer funciones legislativas por falta de instalación del órgano (ver 1.2), sería más discutible aún que tal transfuguismo político implique venta de función alguna. Se podría incluso discutir que su conducta atente contra el "objeto" del bien jurídico (o "bien jurídico específico"), alegando que todos los sujetos que tienen una representación política precisamente no pueden evitar la "parcialidad" debido a que representan siempre intereses de distintas organizaciones políticas y sociales. Pero, pese a esta evidente "parcialidad política" propia de la función legislativa, dentro de ella tampoco se puede actuar arbitrariamente. Estos funcionarios, en el ejercicio de sus facultades políticas, no deben dejarse influir por intereses distintos de los enmarcados en la representación de los intereses que los eligieron; solamente en tal medida podría hablarse de una "parcialidad legítima"¹⁰²⁵. Más allá de ello la parcialidad será ilegítima y será posible la aplicación de los tipos de "cohecho". En el caso peruano podría admitirse incluso un "cohecho propio", pues dentro de las funciones del representante popular elegido están la de desempeñar su cargo en representación de estos a través del partido político para el cual fue elegido¹⁰²⁶.

1025. Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1834; 1999, p. 1226.

1026. En España se ha considerado este caso como "cohecho impropio"; al respecto ver Carlos MIR, p. 238; ampliamente sobre el tema, c. más ref. ver mi artículo "El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho?", *Cathedra*, N.º 8,

Pero el tipo de "cohecho" no sería aplicable en el caso de que los hechos que supuestamente sirven de base para la actividad funcional no constituyan delito, sino el funcionario, abusivamente, quiera hacer aparecer que existe un delito para solicitar un soborno, pues aquí el funcionario no estaría omitiendo un "deber de actuar" derivado de sus funciones (al no existir el delito, tampoco existía el deber de investigarlo), ni tampoco estaría haciendo algo que sea "propio de sus deberes funcionariales" (cohecho impropio). Solamente podría tipificarse la conducta como "concusión" (art. 382), entendiéndose que aquí, a través de la amenaza implícita o de un engaño, habría una acción de "obligar o engañar" al afectado para que efectúe pagos indebidos¹⁰²⁷.

Si lo que el funcionario vende es la función pública de otro funcionario, habrá "tráfico de influencias"¹⁰²⁸. Y si lo que se vende no corresponde a ninguna función pública, probablemente habrá mediado engaño del cual ha sido víctima el particular y se tendrá un delito de "estafa"¹⁰²⁹.

p. 79 y ss. En la tercera edición de su obra, Fidel Rojas excluye expresamente el "transfuguismo político" de la tipicidad del cohecho argumentando precisamente lo que he tratado de rebatir desde la primera edición de mi obra: el carácter político de tal función excluiría la posibilidad de la aplicación de los tipos de cohecho; ver p. 478 y s.

1027. En el antiguo C.P. español contenía el vacío de no haber tipificado adecuadamente el "cohecho impropio" en el antiguo artículo 390 (no contenía la modalidad de "solicitar"), estos casos no eran típicos, ante la ausencia de un tipo penal de "concusión", se establecía la tipicidad como "coacciones" (art. 390); ver comentando la jurisprudencia suprema española al respecto, OLATZOLA NOGALES, *Cohecho y amenazas*, p. 425 y ss. La autora criticaba la sentencia suprema que solamente veía en el supuesto un delito de "amenazas" y postulaba para dicho C.P. la introducción de un tipo penal de "concusión", ver *idem*, p. 470 y s.

1028. FERREIRA DELGADO, p. 88.

1029. En este caso, FERREIRA DELGADO, cuando no media "engaño" (p. ej. la tarea del funcionario que se compra ha nacido de la costumbre), sugiere que

La simple recepción de bienes o la aceptación de promesas, sin un vínculo con la actividad funcional (infractora) del funcionario público no es punible de *lege lata*. P. ej., por sí misma no es punible según el C.P. peruano el "financiamiento periódico" de funcionarios públicos por parte de empresas o particulares. Tiene siempre que probarse un acto objetivo del funcionario que implique una "compraventa" de la función, pues en caso contrario tendríamos no solamente un atentado contra el principio de legalidad, sino también la aplicación de un Derecho penal de "autor" y un cambio del entendimiento del bien jurídico: ya no sería el buen funcionamiento de la Administración Pública, sino la "fidelidad del funcionario público" o su imagen¹⁰³⁰.

Tampoco debe, por la vía interpretativa, entenderse que toda solicitud o aceptación de dinero o ventajas por parte del funcionario público siempre implicaría una infracción de deberes (en el sentido de pérdida de imparcialidad) y, por lo tanto, siempre habría "cohecho propio"¹⁰³¹. Esto implicaría un traslado del reproche penal de la "compra-venta" de la función a la infracción misma de los deberes funcionariales, lo cual atenta contra la literalidad de los textos penales.

El tipo penal engloba tanto la *comisión* como también la *omisión* del acto indebido del funcionario público; es decir, tanto puede él faltar a sus obligaciones funcionariales realizando una acción, como omitiendo una acción debida. En este último caso se trata de una actitud tolerante ("hacerse de la vista gorda") del funcionario quien, según la ley, debería actuar en un momento dado.

habría "abuso de funciones"; ver p. 89. Pero ello no es posible en el caso peruano, pues este tipo penal exige una "idoneidad" para perjudicar a alguien y usualmente no provendrá de un pacto venal.

1030. Así, criticando la reciente jurisprudencia italiana, Scubbi, p. 118.

1031. Esta tendencia observa críticamente Scubbi en la reciente jurisprudencia italiana, p. 117.

P. ej., el Juez (o el Fiscal o el Policía, respectivamente) que solicita o recibe un soborno para no abrir instrucción por determinados hechos. En el cohecho impropio peruano, en cambio, lógicamente, solamente se tipifica la "comisión", pues la omisión de deberes propios del cargo implica ya una "violación de deberes" y, por lo tanto, para el tipo penal peruano un "cohecho propio".

— ¿BENEFICIO PROPIO? El tipo penal no especifica que el funcionario deba buscar siempre su propio beneficio o pueda también beneficiar a un tercero (persona natural o jurídica). En la doctrina hubo siempre discusión al respecto, a tal punto que p. ej., en el nuevo C.P. español, el tipo penal del artículo 419 ha tenido que especificar que el provecho buscado puede ser para sí mismo o para un tercero y lo mismo ha ocurrido en la legislación penal alemana¹⁰³².

En el caso peruano, al no haber ninguna aclaración legal debe entenderse que el beneficio buscado (con el cual se atenta contra el bien jurídico) puede abarcar también a terceras personas solamente cuando se trate de un caso de "cohecho mediato" donde el funcionario, a través del beneficio de otro, también resulta beneficiado¹⁰³³. En estos casos debe exigirse que exista por lo menos un "beneficio indirecto" del propio funcionario público, pues recién entonces cabría apreciar un atentado contra el principio de "imparcialidad" del ejercicio de la función pública; p. ej., no habría en absoluto tipicidad si el beneficio fue para una dependencia de la propia Administración Pública; pero sí la habría cuando se benefició a la

1032. Sobre la reforma alemana en este punto ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 2576, n. marg. 20; sobre la discusión y reforma española, ver c. más ref. Carlos M:ra, p. 288 y s.

1033. En Alemania, aunque los tipos penales de "cohecho" se refieren ahora a beneficios para terceros, sigue siendo relevando diferenciar estos casos del "cohecho mediato" para efectos de graduación de la pena; ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 2576, n. marg. 20a.

esposa del funcionario, a una empresa en la cual tiene participación o intereses, o incluso a su partido político (que, a su vez, le proporcionó algún beneficio personal)¹⁰³⁴.

Tampoco exige el tipo legal de "cohecho pasivo" un provecho para el otro sujeto; éste podría buscar un beneficio para sí, para otro, incluso podría tener la finalidad de perjudicar la imagen de la Administración Pública o de probar el grado de venalidad del funcionario¹⁰³⁵. Para el cohecho pasivo lo que importa es el lado de la "venta" de la función pública; el lado de la "compra" merece un análisis independiente.

— TIPO SUBJETIVO. La finalidad del "solicitar" o "aceptar" no es un elemento subjetivo especial. Pero, en los casos de "aceptar", debe haber convergencia (aunque no necesariamente identidad plena) entre el dolo del sujeto activo y el del particular; es decir, un acuerdo explícito o implícito entre ambos. Si no existe la subjetividad en el sujeto pasivo (el funcionario creía que el particular estaba de acuerdo), no hay acuerdo y, por lo tanto, no habría tipicidad de cohecho¹⁰³⁶, pero sí de concusión o exacción.

En ambos casos de cohecho pasivo solamente es posible el *dolo directo*; el conocimiento y la voluntad de la finalidad o destino del "soborno" recibido o solicitado, que debe conocer y querer el funcionario, hace que se excluya el dolo eventual¹⁰³⁷. Esto tiene

1034. Ver citando jurisprudencia española, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1844; 1999, p. 1236; c. jurisp. alemana, CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 2576, n. marg. 20.ª.

1035. FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 349; 2.ª ed., p. 383, 3.ª ed., p. 472.

1036. CREUS, p. 277.

1037. También CREUS, quien habla de "dolo específico", p. 288; CASTILLO ALVA se refiere a un dolo "trascendente", p. 11. FIDEL ROJAS admite el "dolo eventual" en la modalidad de "aceptar"; 1.ª ed., p. 352; 2.ª ed., p. 386, 3.ª ed., p. 477. En España admiten el "dolo eventual" MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1846 y s.; 1999, p. 1238 y s. Pero el

como consecuencia que, en los casos en los que el funcionario, desde el principio, no tiene la voluntad de cumplir con su contraprestación, se excluya el dolo y, por lo tanto, haya atipicidad de delito de "cohecho". Pero nada impide que esta conducta sea tenida como una de "estafa", pues en este caso el atentado ya no se dirige al funcionamiento de la Administración Pública, sino al patrimonio individual, mediante engaños¹⁰³⁸.

Es posible el ERROR DE TIPO referido a cualquiera de los elementos objetivos. Pero el error es irrelevante cuando se refiere al "contenido" del pacto venal: si el funcionario creyó que la retribución era para que haga algo futuro, cuando el particular le pagaba por algo que ya había hecho, o viceversa, o cuando el funcionario,

ejemplo propuesto de aquél funcionario que acepta dádivas conociendo la alta probabilidad del carácter delictivo propio del cargo al que se ha comprometido, no admitiría el "dolo eventual" según el tipo penal peruano. El sujeto activo conoció todos los elementos incluyendo la infracción de deberes; el tipo penal peruano no exige que conozca, además, el carácter "delictivo" que conlleva el ejercicio funcional que se ha comprometido a realizar. MUÑOZ CONDE, en cambio, parece admitir solamente el "dolo directo", pues exige que el sujeto activo sea consciente del carácter y la finalidad de su solicitud o de la aceptación de promesas o recepción de bienes; ver p. e., p. 865.

1038. En esto no acierta CASTILLO ALVA, pues, pese a considerar que el delito de "cohecho" encierra un "dolo de tendencia interna trascendente" (que incluye la finalidad más allá de la acción típica), considera que de todos modos habría tipicidad del "cohecho" cuando el funcionario no tenía ninguna intención de llevar a cabo su "contraprestación", p. 11. Probablemente este resultado contradictorio se deba a que la doctrina y práctica peruanas no haya caído en la cuenta, hasta ahora, que en el delito de "estafa" no debería importar el carácter delictivo o inmoral del engaño dirigido a la víctima, pues lo que se protege es el "patrimonio". P. ej. en la doctrina alemana CRAMER afirma la triplicidad del cohecho en "unidad de acción" con la estafa; ver en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., § 331. n. marg. 55, p. 2267; § 332, n. marg. 28, p. 2271.

justicia al menor contenido de injusto del partícipe del "cohecho pasivo" (no solamente por no cometer el acto principal, sino también por no corresponderle el deber funcional específico) a través de una adecuada fijación de la pena dentro del marco penal establecido para el autor¹⁰⁴⁴. En cuanto a la admisión de la "autoría" por cohecho del funcionario que no tuvo el "dominio del hecho", sino se valió de un intermediario doloso, hay que recordar que, conforme lo ya expresado en el capítulo correspondiente (ver *supra* 1.3.1), y siguiendo la teoría de la "unidad del título de imputación" se puede, o bien renunciar a la subsunción del tipo de cohecho (el acto principal habría sido realizado por el particular) o permanecer en él y admitir una "autoría mediata" del funcionario que habría empleado un "instrumento doloso cualificado". El C.P. español soluciona este problema cuando prevé expresamente para los tipos penales de "cohecho pasivo propio" (arts. 419 a 424) que la conducta típica pueda ser realizada por el funcionario público, por sí mismo o por persona interpuesta; esto abarca no solamente los casos típicos de "autoría mediata" (instrumento no doloso), sino también los casos del "instrumento doloso no cualificado"; el funcionario será en ambos casos autor (siempre que hubiera actuado con dolo)¹⁰⁴⁵. La misma previsión ha tomado el legislador penal argentino en el artículo 256 C.P.

En el caso de la *corrupción política* podría resultar especialmente discutible la imputación a título de participación en "cohecho pasivo" del funcionario que designa a otros con la finalidad genérica de realizar en el futuro actos de corrupción. En este caso, la experiencia jurisprudencial italiana ha admitido la participación en "cohecho pasivo" cuando el funcionario designado efectivamen-

1044. Igual argumentación en OLAIZOLA, *Cohecho y amenazas*, p. 465 y s.

1045. Al respecto, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1849; 1999, p. 1241.

te vendió la función pública (y depositó el dinero recibido en el partido político del primer funcionario). No obstante, existen duras críticas, pues la base de la fundamentación judicial habría sido "sociológica" y no jurídica: no se habría producido una contribución específica en el acto mismo de corrupción (la compra-venta de la función) y se haría responder más por el status político que por la conducta típica¹⁰⁴⁶. Pese a todo, esta crítica no parece ser acertada, pues la conducta del primer funcionario, entendida como "instigación" no deja de tener un contenido de injusto penal. El funcionario, con su designación dolosa (otra cosa sería si se tratara de una designación sin tal propósito criminal), hizo surgir en otro (o reforzó) la determinación a la comisión de un hecho delictivo que efectivamente se ha realizado. ¿En qué se diferenciaría este supuesto de otros indiscutibles de "instigación" como el de aquél que entrega a otro un arma o le enseña a manejarla para matar a otra persona; hecho que efectivamente se realiza semanas más tarde?

En el caso de la "solicitud", el destinatario de ella que no acuerda la compra tiene que quedar siempre impune¹⁰⁴⁷.

Es cierto que la CONSUMACIÓN se produce ya con la mera "solicitud" o con la "aceptación" (de promesa o de la entrega de un bien) debido a que lo que en realidad se pena es el *pacto venal*¹⁰⁴⁸. Y éste existe no en el sentido contractual de "perfeccionamiento" debido a una identidad de voluntades, sino ya con la manifestación de voluntad expresada como una propuesta de venta de la función pública, independientemente de que el funcionario interiormente haya pretendido no dejarse influir por el bien prometido o entregado¹⁰⁴⁹.

1046. Así, SGUBBI, p. 121.

1047. También FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 353; 2.ª ed., p. 387, 3.ª ed., p. 480.

1048. Cfr. CREUS, p. 282; FERREIRA DELGADO, p. 90 y s.

1049. CRAMER en SCHONKE/SCHRODER, 25.ª ed., p. 2270; n. marg. 16; 26.ª ed., p. 2586, n. marg. 16.

Ahora bien, por exigencias de la redacción del tipo, la consumación se produce de manera diferente, según la modalidad que se trate.

En la modalidad de *aceptar*, deben analizarse por separado los casos de que ella se dirija a "promesas" o a "bienes". En el caso de promesas, basta la aceptación de una promesa; en el caso de "bienes", se necesita la recepción de los bienes que el otro transfiera al funcionario, sin importar las formalidades legales. Solamente este último supuesto podría discutirse un tipo de "resultado"¹⁰⁵⁰ en el cual sea posible la "tentativa". Pero el hecho es que, según la estructura del tipo penal, la tentativa no es posible en esta modalidad de "aceptar bienes", pues, antes de ello solamente existe el "ofrecimiento" del particular, el cual es impune para el funcionario (pero punible para el primero como "cohecho activo"); y si previamente el funcionario había "solicitado", entonces entra a tallar otra modalidad (consumada) de cohecho pasivo¹⁰⁵¹.

En la modalidad de *solicitar* basta la mera actividad; no importa que la solicitud sea atendida o no¹⁰⁵². Es discutible que sea necesario que el solicitado haya conocido el contenido de la solicitud. Si se admitiera esto, sería posible la tentativa cuando la solicitud fue hecha, pero no llegó a ser conocida por el particular¹⁰⁵³. Pero, dado que aquí lo que se reprocha como injusto penal no es el "ejer-

1050. También Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 352; 2.^a ed., p. 386, 3.^a ed., p. 477. En cambio CASTILLO ALVA considera que solamente habría "mera actividad" en todas las modalidades, p. 11.

1051. En igual sentido, MUÑOZ CONDE, p. e., p. 865; CREUS, p. 283 y s.; FERREIRA DELGADO, p. 91 y s.

1052. También así, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 352; 2.^a ed., p. 386, 3.^a ed., p. 477.

1053. Así, MARIÑO MARÍN para el supuesto de "solicitar" que en Colombia es uno de "conculsión", pero considerando como elemento del tipo el "constreñimiento" implícito en la "solicitud", p. 36 y s. También CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 2264, n. marg. 33; 26.^a ed., p. 2579, n. marg. 33.

cicio de coacción psicológica" en el administrado (a través de la solicitud), sino el *ofrecimiento de venta* de la función pública, la conducta del funcionario público no tiene por qué depender, para su consumación, del asentimiento o conocimiento del particular. Por eso, la modalidad de "solicitar" como "cohecho pasivo" incluso es de mero "emprendimiento", o sea incluye como consumación actos que materialmente sólo serían de tentativa. Y por eso mismo, no debe ser punible la tentativa de esta tentativa¹⁰⁵⁴.

En resumen, todas las modalidades de "cohecho pasivo" son de *mera actividad* que no necesitan para su consumación que el funcionario realice efectivamente los actos funcionariales que motivaron el soborno (en el cohecho antecedente)¹⁰⁵⁵.

Entonces, la solución no resulta difícil cuando hay una combinación de las modalidades: el funcionario solicita, el particular accede y promete entregar, lo cual cumple con posterioridad a la actividad funcional irregular. Debe entenderse que con la "solicitud" el delito ya se ha consumado; el cumplimiento de la promesa por parte del particular, para el funcionario, debe ser considerado impune. Iría contra el texto de la ley entender que aquí el funcionario público habría cometido dos delitos distintos de cohecho pasivo. Esta interpretación iría, además, contra el reo, pues tiende a elevar la pena a través de la aplicación de las reglas del concurso y, además, como se trataría de un "delito continuado", alargar los plazos de prescripción¹⁰⁵⁶.

1054. También admitiendo, en última instancia, la impunidad de la tentativa en los supuestos de "solicitar" por consideraciones basadas en el "principio de lesividad", MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1848; 1999, p. 1240; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 865.

1055. En Alemania, también postula esto CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2271, n. marg. 24; 26.ª ed., p. 2583, n. marg. 1, 2587, n. marg. 24.

1056. Ver SCUBBI, criticando la reciente jurisprudencia italiana, la que considera, además, que si el "pago" al funcionario corrupto se realizara en distintos

En todos los casos, no es necesario, para la consumación, que la "contraprestación" del funcionario público se lleve a cabo efectivamente; esto solamente incrementará el grado de "injusto" de la conducta del funcionario que deberá tenerse en cuenta al graduar la pena dentro de los marcos legales¹⁰⁵⁷.

Por lo dicho anteriormente, no es posible la TENTATIVA. En el caso de "solicitar", si se entiende la "solicitud" como una directa, expresa y personal no será posible la tentativa. Incluso si se admitiera la tentativa en este supuesto, la relevancia práctica de una tentativa, teóricamente imaginable, sería prácticamente nula¹⁰⁵⁸. Sin embargo, hay doctrina que admite la tentativa en casos en los cuales el funcionario realiza la solicitud, pero ésta no llega al solicitado; p. ej., la carta que envió se extravió¹⁰⁵⁹ o el sujeto la recibió pero no alcanzó a leerla. En el caso de la "aceptación" tampoco es posible la tentativa, pues en ambos supuestos no es punible la conducta del funcionario antes de "aceptar" (ofrecimiento previo del particular) y si éste previamente ha solicitado, ya existe la consumación del delito bajo la modalidad de "solicitar".

Para el caso del CONCURSO, hay que anotar que éste no es posible con la "concusión" (art. 382) ni con las "exacciones ilegales" (art. 383); ni siquiera en el caso de la modalidad de "solicitar"¹⁰⁶⁰. Aunque hay similitudes entre el "cohecho pasivo" y

plazos, habrían tantos delitos independientes. De esta manera, además de lo dicho, se podría cambiar procesalmente la competencia territorial (en función del delito más grave o de comisión del primer delito); p. 119.

1057. Igualmente, CASTILLO ALVA, p. 11.

1058. MORALES PRATS, para el caso español, niega la "ofensividad" de la tentativa de esta modalidad, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, p. 1204; Fidel ROJAS parece compartir esta opinión, 1.ª ed., p. 353; 2.ª ed., p. 387, 3.ª ed., p. 478.

1059. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 44, col. izq.

1060. Fidel ROJAS sí admite el concurso con estas figuras, 1.ª ed., p. 354; 2.ª ed., p. 388, 3.ª ed., p. 480.

la "concusión" (sujeto activo, abuso de poderes, finalidad de lucro), las diferencias son decisivas: en la concusión hay unilateralidad (o iniciativa del funcionario), en el cohecho hay bilateralidad; en la concusión existe siempre violencia o engaño; en el cohecho hay "libertad contractual"; en la concusión, el funcionario puede abusar de las funciones que tiene e incluso extralimitarse, en el cohecho siempre hay abuso de funciones¹⁰⁶¹. La diferenciación es relevante, sobre todo, porque en el "cohecho" puede existir responsabilidad penal del "comprador" de la función pública (usualmente: el particular), mientras que en la "concusión", no, pues el particular habrá accedido a las exigencias del funcionario bajo un constreñimiento o un engaño, es decir, con un vicio de voluntad. El que el particular denuncie los hechos o se acoja a "leyes de colaboración" tampoco cambia las cosas: el delito seguirá siendo de cohecho, si se demuestra que no hubo una acción libre y voluntaria en el particular para comprar la función pública¹⁰⁶². Las "exenciones" de pena no tienen por qué afectar la tipicidad de las conductas; solamente constituyen una "causa de levantamiento de pena" más allá del injusto y de la culpabilidad.

Tampoco es posible sin más el concurso con el "tráfico de influencias", pues presupone a un sujeto activo distinto del funcionario corrupto; solamente si el mismo funcionario presta colaboración al tráfico de influencias (p. ej., admitiendo la existencia de la influencia) podría darse algún tipo de concurso, en cuyo caso, el funcionario podrá ser partícipe de dicho delito, pero si se

1061. Ver las distinciones claramente establecidas en FERREIRA DELGADO, p. 83 y s.

1062. SGUBBI critica la inicial jurisprudencia italiana de los procesos "manos limpias", donde bajo un ímpetu de celo excesivo para combatir la corrupción, la diferencia fue meramente procesal: si el particular denunciaba o colaboraba en las investigaciones, se adoptaba la tipicidad de la "concusión" y no del "cohecho", ver p. 119 y s.

llega al "perfeccionamiento del contrato" el tipo de cohecho será único aplicable.

Sí es posible el concurso con el "fraude a la Administración Pública" (art. 384), el cual será absorbido por el "cohecho pasivo". También es posible el concurso con la "estafa" si el cohecho implica un engaño a la Administración Pública y le causa un perjuicio patrimonial. Y el concurso es plenamente posible con los tipos específicos de abuso de funciones ("omisión de deberes funcionariales" del artículo 377; "omisión y retardo injustificado" del art. 378) cuando dichas conductas abusivas se realizan debido a un pacto venal. En estos casos, el "cohecho propio" absorberá a ambas figuras¹⁰⁶³.

En estos delitos no es procedente ninguna CUESTIÓN PREJUDICIAL. Esto también ha sido determinado por la jurisprudencia nacional¹⁰⁶⁴.

Finalmente, debido a que el "cohecho pasivo propio" siempre implica una "violación de deberes funcionariales", tendrá un mayor grado de injusto y, por lo tanto, una mayor PENA, que el "cohecho pasivo impropio". En efecto, dado que en el "cohecho propio", el funcionario vende la función pública para infringir precisamente las que él tiene, no solamente destaca el atentado contra la "imparcialidad", sino también contra la "legalidad" del ejercicio funcional¹⁰⁶⁵.

1063. Parece admitir un "concurso real", FERREIRA DELGADO, quien señala que ambos delitos se "agotarían" por separado; p. 92 y s. Pero con esto se pasa por alto de que el "cohecho propio" precisamente contiene dentro de sus elementos típicos la infracción de las funciones propias, la cual puede consistir también en omitir, rehusar y retardar acciones funcionariales. Es decir, si se consuma el "cohecho propio", ya integra en sí mismo el injusto de las omisiones abusivas de los arts. 377 y 378.

1064. E. S. de 08-10-1952, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, Lima, p. 2991.

1065. Así, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1839; 1999, p. 1231.

3.4.7 Cohecho pasivo impropio (art. 394)

Artículo 394.- El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Este tipo penal también tiene fuente suiza y, de manera más inmediata, al artículo 350 del C.P. de 1924, con el cual no se diferencia, sino sólo en su penalidad (ahora es más represivo).

En realidad, entre el "cohecho propio" y el "impropio" no puede decirse que exista una relación entre un tipo agravado (art. 393) y básico (art. 394). Aunque ambos supuestos coincidan en algunos elementos, el hecho de que la función "vendida" tenga distinto carácter, los independiza. Si se quisiera hacer un paralelo, podría decirse que la situación es similar a la que existe entre el "hurto simple" y el "hurto de uso", donde lo que distingue a ambas figuras es el hecho de que en el primer caso existe un "ánimo de apropiación" y en el otro no. Por eso, no es mayormente trascendente el hecho de que el cohecho "propio" se encuentre delante del "impropio"¹⁰⁶⁶.

Los elementos típicos son muy similares a los del tipo anterior; la diferencia básica está en el "carácter indebido" del acto y en la "temporalidad":

— **SUJETO ACTIVO.** Es el funcionario público que tiene relación funcional con los hechos materia de la "compra-venta".

— **SOLICITAR o ACEPTAR.** Al respecto rige lo ya explicado para el tipo penal anterior, es decir, en el "solicitar" hay una con-

1066. En cambio critica esto Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 330, 346, 356; 2.ª ed., p. 364, 380, 390, 3.ª ed., p. 448, 468, 484.

ducta unilateral (ofrecimiento de venta de la función pública, pero independiente de la aceptación del particular), en la "aceptación" una bilateralidad (convergencia de conductas y voluntades entre funcionario y particular) subdividida en dos posibilidades: aceptar bienes y aceptar promesas. Una observación que podría hacerse aquí es que ambas modalidades no parecen tener el mismo contenido de injusto penal; más grave aquí es que el funcionario "solicite" un bien por cumplir actividades funcionariales correctas a que acepte algo que otro le ha ofrecido *de motu proprio*, para realizar algo que debe hacer según sus propios deberes funcionariales. Es por eso que el C.P. español de 1995 ha separado ambas conductas de "cohecho pasivo impropio" (art. 425, primer párrafo: "solicitar", art. 426: "admitir"), previendo una mayor pena para la modalidad de solicitar¹⁰⁶⁷.

— DONATIVO, PROMESA O VENTAJA. Aquí rige lo ya dicho anteriormente en el sentido de que se trata de bienes muebles o inmuebles, con contenido económico (donativo) u otros bienes o prestaciones sin necesidad de que tengan carácter económico (ventajas). En general, debe tratarse de un *bien* o una *ventaja idónea* de ser imputada como *precio* de la compra-venta de la función pública; es decir, el "poder cohechador" del bien que se da o promete al funcionario. Solamente cuando los bienes tengan esta capacidad motivadora es admisible que se trate también de bienes de pequeño valor o incluso del pago de una deuda al "funcionario"¹⁰⁶⁸.

La única diferencia con el "cohecho propio" es que en el tipo que se analiza el legislador ha calificado a la "ventaja" materia del delito con el adjetivo de *indebida*¹⁰⁶⁹. Esto parece dar a entender que

1067. Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONILLO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 45.

1068. Así, FERREIRA DELGADO, p. 95.

1069. Fidel ROJAS (1.ª ed., p. 357) parece entender que el adjetivo "indebida" se extendería también al "donativo" y a la "promesa", aunque gramaticalmente

sí existirían "ventajas debidas" en el "cohecho propio". Aunque la aclaración era "innecesaria", porque, tal como se analiza en el siguiente elemento general estos beneficios otorgados al funcionario nunca pueden ser "legítimos", ella sí puede ser tomada en cuenta para excluir del ámbito penal dos supuestos frecuentes en la práctica.

El primero se refiere a aquellos casos en los que el particular pudiera *ayudar al funcionario a desempeñar su función*, cuando éste necesita tal ayuda y la propia administración no le presta las facilidades necesarias. P. ej., que se le proporcione material de trabajo que en ese momento no tiene (hojas de papel, textos legales, etc.), que se le lleve al lugar donde debe constituirse, etc. Ante la deficiente organización e implementación de algunos sectores de la Administración Pública, esto es muy frecuente en nuestro país, y por ello la aclaración legal puede resultar útil. En el caso de las "dádivas" y "promesas" evidentemente estas siempre serán ilegítimas, pues no están relacionadas con el ejercicio inmediato de la función. Pero aunque esta interpretación soluciona problemas reales de la situación en nuestra Administración Pública, no es lo mejor, pues tiende en la práctica a confundirse con auténticos casos de cohecho impropio; además, es fácil que de tales situaciones de excepción se generen otras que sí constituyan cohecho impropio e incluso cohecho propio. Por ahora, la complacencia estatal de estos casos implica un factor de "legitimación contracultural" de muchos actos de "cohecho impropio"¹⁰⁷⁰, el cual en la práctica casi no suele ser ni denunciado ni perseguido.

parezca discutible, pues por la declinación de género y número del adjetivo solamente puede referirse a la "ventaja". Posteriormente ha propuesto modificaciones de *lege ferenda*, ante el texto realmente erróneo en este aspecto del tipo penal; ver 2.ª ed., p. 391, 3.ª ed., p. 486.

1070. ROSAS, 1.ª ed., p. 359; 2.ª ed., p. 393 y s., 3.ª ed., p. 488 y s. La observación es más actual que nunca, pues en la actualidad, en medio de un proceso que supuestamente quiere luchar contra la corrupción, el extendido "cohecho impropio" no parece ser parte del discurso oficial.

El otro supuesto, ya mencionado a propósito del cohecho pasivo propio, es el de las *atenciones o regalos propios de los usos sociales*. Dado que es imposible eliminar el "factor humano" en las relaciones entre particulares y funcionarios y que los primeros siempre buscarán "gratificar" a los segundos por alguna pequeña ayuda que hayan recibido de estos (p. ej., rellenar formularios, amabilidad en el trato, efectividad en el desempeño funcional, etc.), estos casos deben ser excluidos del ámbito de lo punible, siempre y cuando no excedan de lo "adecuado socialmente"¹⁰⁷¹.

— CARÁCTER INDEBIDO DEL ACTO. El bien solicitado o aceptado por el funcionario tiene la finalidad de que éste realice algo *legítimo* dentro de su propio cargo, de sus "obligaciones" (o "deberes"). Es decir, la "contraprestación" no es en realidad ilícita, pero a pesar de todo el funcionario cobra por ello.

El carácter indebido aquí se parece al pago que se hace por un trabajo, para el cual el funcionario público ya recibe una retribución de la Administración Pública. Solamente sería debida la "retribución" cuando ésta esté prevista en la ley¹⁰⁷². Por otro lado, la relevancia penal de estos hechos está justificada porque se perverte la función pública, cuya prestación debe ser gratuita y constituir una obligación del funcionario¹⁰⁷³. Destaca aquí el objeto del bien jurídico *carácter público* de los actos funcionariales.

Un sector de la doctrina, que solamente admite como "bien jurídico específico" (u "objeto" del bien jurídico) a la "imparcialidad" en el ejercicio de la función pública, insiste en que debería quedar impune el "cohecho pasivo impropio" (aunque la conducta pueda ser punible por otros motivos) que consista en actos funcionariales arreglados a ley o irreprochables; solamente sería punible

1071. Cfr. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 866 y s.

1072. ROJAS, c. más ref., 1.ª ed., p. 357; 2.ª ed., p. 392, 3.ª ed., p. 486.

1073. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 359; 2.ª ed., p. 393, 3.ª ed., p. 488.

el funcionario cuando, sin infringir la ley, se "parcializara" aprovechando la "discrecionalidad" que tiene para determinados actos¹⁰⁷⁴. Pero esta interpretación de la doctrina española depende fuertemente de la sistemática de su C.P., pues, además del "cohecho pasivo impropio" del artículo 425 (pena de multa más inhabilitación temporal y, en el supuesto más grave, también prisión de 1 a tres años) ella también prevé para los casos de cohecho pasivo impropio por "actos reglados" del funcionario, un tipo penal específico, el artículo 426 (donde la pena es de multa de 3 a 6 meses). En Alemania, estos casos de infracción de la imparcialidad de funcionarios que actúan en el marco de la discrecionalidad concedida por la ley, son vistos, por previsión específica del tipo penal, como casos de "cohecho propio" (art. 332, tercer párrafo, numeral 2)¹⁰⁷⁵. En el caso peruano, solamente hay lugar para esta interpretación restrictiva del "cohecho impropio" allí donde el tenor del tipo penal lo permitiera; p. ej., en el cohecho pasivo agravado del artículo 395 (ver más adelante 3.4.9).

El funcionario público debe actuar en el marco de sus propias atribuciones, ejerciendo alguna función pública. No puede haber tipicidad cuando el funcionario realizara *actividades exclusivamente privadas* (motivado por una dádiva de particulares), aunque lo haga durante el horario de trabajo como funcionario público, su ejercicio funcional precisamente le dé oportunidad para ello o incluso se valga del prestigio de su cargo para realizar aquellas actividades¹⁰⁷⁶. P. ej., si se paga a un funcionario de la administra-

1074. Así MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1866 y s.; 1999, p. 1258 y s.

1075. Al respecto ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRODER, 25.ª ed., p. 2269 y s., n. marg. 10, 18 y s.; 26.ª ed., p. 2585 y s., n. marg. 10, 18 y s.

1076. CRAMER en SCHÖNKE/SCHRODER, c. ej., 25.ª ed., p. 2259, n. marg. 10; 26.ª ed., p. 2573 y s., n. marg. 10.

ción de justicia para que provea de refrescos a un procesado, si el propio funcionario de la oficina donde se sigue un proceso proyecta un recurso de apelación para el interesado, o si el profesor de una escuela pública da clases privadas a un alumno de escuela donde se enseña.

No es típica la mera aceptación de bienes, *sin que exista una relación directa con alguna actividad funcional* (legítima y legal) del funcionario. Un supuesto así existe en otras legislaciones, pues la experiencia ha demostrado que muchas veces, aunque existan verdaderas "compraventas" de funciones, ellas no pueden ser probadas. P. ej., en España, el artículo 426 del C.P. de 1995 considera como "cohecho pasivo impropio" también la admisión de dádivas o regalos que fueran ofrecidos al funcionario "en consideración a su función"¹⁰⁷⁷. Y en Alemania, a través de la reforma de 1997, el tipo penal de "cohecho pasivo impropio" del artículo 331 tampoco exige probar una "contraprestación", aunque sea en forma de un correcto desempeño funcional, de parte del funcionario público¹⁰⁷⁸.

Por otro lado, el tipo penal se refiere expresamente a una "acción"; no contempla modalidades *omisivas*¹⁰⁷⁹. La pregunta está en si es posible, a pesar de todo, la "comisión por omisión". P. ej., el funcionario recibe una "dádiva" para dejar sin multa a aquél que tampoco había cometido ninguna infracción; o para no prorrogar un embargo que tenía que ser levantado. Si nos atenemos estrictamente al texto legal ("practicar un acto"), ello no sería posible.

1077. Al respecto DÍAZ Y GARCÍA CONILLO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 44 y s.; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1870 y ss.; 1999, p. 1262 y ss.

1078. Al respecto, ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 2573, n. marg. 7; sobre la regulación anterior, ver 25.ª ed., p. 2258 y s., n. marg. 8.

1079. Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 357; 2.ª ed., p. 392, 3.ª ed., p. 486.

Pero si, al igual que en el cohecho pasivo propio se entiende que el injusto consiste en la "venta" de la función pública, la forma cómo el funcionario cumpla con su contraprestación (con una acción o una omisión) debería ser irrelevante.

— TEMPORALIDAD. Siempre hay *temporalidad futura* en el acto del funcionario. A diferencia del "cohecho pasivo propio", aquí se da algo para que el funcionario cumpla con sus obligaciones funcionariales. Luego, es atípico que el funcionario "solicite", "reciba" o "acepte" algo después de haber cumplido con sus funciones en beneficio del tercero; o sea no es punible el "cohecho pasivo impropio subsiguiente". No hay que confundir esta figura con los casos auténticos y punibles de "cohecho pasivo impropio antecedente", donde el funcionario acepta una promesa antes de su actividad funcional y el cumplimiento de ésta se realiza después de la actividad.

En la doctrina se discute la punibilidad del "cohecho pasivo impropio subsiguiente", pues se argumenta que en estos casos no existiría, teóricamente, un verdadero atentado contra el bien jurídico (la imparcialidad no sería afectada, pues la conducta se realizó después de la actividad funcional), sino más bien una "mala imagen" de la administración. Pero, a pesar de ello, algunas legislaciones prevén esta figura; p. ej., el artículo 425 del C.P. español de 1995 (conjuntamente con el "cohecho propio subsiguiente"). En el fondo, lo que habría buscado el legislador español sería comprender casos de auténtico "cohecho antecedente"; donde no ha sido posible probar un pacto previo de pago por el servicio¹⁰⁸⁰. El auténtico "cohecho impropio subsiguiente" no tiene ninguna jus-

1080. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 45, col. central; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, c. más ref., en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1868 y s.; 1999, p. 1261. Incluso entiende que el tipo penal debe ser interpretado en ese sentido MUÑOZ CONDE, p. e., p. 868.

tificación en el Derecho penal: ni existe un bien jurídico tutelable, ni tampoco existiría vacío cuando el funcionario, luego de cumplir legalmente sus actos funcionariales, solicita abusivamente o mediante engaño una retribución (aquí habría concusión)¹⁰⁸¹.

— TIPO SUBJETIVO. En los dos supuestos ("solicitar" y "aceptar") se exige *dolo directo*¹⁰⁸². Ello es así porque el sujeto debe conocer y querer, además de los otros elementos típicos, la finalidad o destino de la dádiva, promesa o ventaja.

Los problemas de AUTORÍA y PARTICIPACIÓN se resuelven según las reglas ya estudiadas para los "delitos especiales" (ver 1.3.1). Al igual que en el caso anterior, cualquier otro sujeto, distinto del funcionario corrupto, puede ser partícipe de este delito, pero hay que ver si este partícipe contribuye al acto de "comprar" o al de "vender"; solamente si se tratara del primer caso, el partícipe lo será del "cohecho activo" y no del "pasivo", con la consecuente menor penalidad.

En la CONSUMACIÓN rige también lo dicho para el "cohecho propio"; ésta se produce cuando el sujeto haya "solicitado" o "aceptado una promesa" (en ambos casos hay mera actividad), o cuando haya "recibido" un bien (delito de resultado)¹⁰⁸³.

En ningún supuesto es posible la TENTATIVA. En la "aceptación" de bienes o promesa de entrega futura de estos, o bien existió antes una "solicitud" del funcionario que ya es delito consumado de la primera modalidad, o bien hubo un mero ofrecimiento del particular, el cual todavía no hace impune al funcionario; en el

1081. Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *idem* nota anterior.

1082. Fidel ROJAS solamente lo admite en la modalidad de "solicitar", 1.ª ed., p. 358; 2.ª ed., p. 393, 3.ª ed., p. 487.

1083. Igual análisis en Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 358; 2.ª ed., p. 393, 3.ª ed., p. 487, haciendo la salvedad de una probable impunidad de los tipos de "mera actividad" en aplicación del principio de fragmentariedad.

"solicitar" no es posible la tentativa, pues antes de la solicitud expresa, seria y directa no hay más que actitudes internas.

La SANCIÓN PENAL de este delito es menor que en el caso del "cohecho pasivo": de 2 a 5 años de privación de libertad.

El tipo penal peruano no ha previsto una EXENCIÓN explícita para casos en los cuales el superior jerárquico autoriza (incluso posteriormente) la recepción de los bienes ofrecidos o prometidos. Para algunos estas disposiciones expresas (inexistentes en nuestra legislación penal) constituirían una "causa de atipicidad"; para otros, una "causa de justificación" o incluso de una "causa de levantamiento de pena"¹⁰⁸⁴. Si se tratara de la primera opción, la propia naturaleza de estas situaciones las haría también aplicables cuando no estén previstas de manera explícita en la ley; eso sería interesante para la regulación penal peruana. Lo cierto es que por lo visto, solamente la autorización previa a la recepción podría ser vista como una "causa de atipicidad" o de "justificación"¹⁰⁸⁵, de posible aplicación para el caso peruano. Las *autorizaciones posteriores* no excluyen la tipicidad y la antijuricidad de la conducta del funcionario público; para estos casos haría falta una previsión expresa en la ley.

En la doctrina se ha argumentado también la admisión de una JUSTIFICACIÓN basada en la "costumbre" o los "usos del medio" (otros hablan de "adecuación social" en el ámbito de la tipicidad) en los casos del otorgamiento de "atenciones" de mínima cuantía a los funcionarios públicos, p. ej., regalos por navidad

1084. Esto está previsto expresamente en el artículo 331, tercer párrafo del StGB alemán; al respecto ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 2264 y ss., n. marg. 37 y ss.; 26.^a ed., p. 2579 y ss., n. marg. 37 y ss.

1085. Para CRAMER habría una "causa de justificación" en estos casos por el interés ocasional del Estado en dejar los bienes en manos de los funcionarios; ver en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p., n. marg.; 26.^a ed., p. 2580, n. marg. 46.

o año nuevo, invitación a almorzar, etc.¹⁰⁸⁶. Como ya se dijo más arriba, estos casos deben tratarse en la tipicidad y ser aceptados bajo limitaciones muy rigurosas.

Es posible el CONCURSO con la "estafa", cuando el funcionario solicite dádivas, haciendo creer que les deben ser prestadas por el acto funcional correcto que va a realizar o ha realizado.

3.4.8 Cohecho activo (art. 399)

Artículo 399.- El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Las fuentes directas son el artículo 353 del C.P. peruano de 1924, el artículo 176 C.P. peruano de 1863, el artículo 175 del C.P. uruguayo de 1889. Parece que la estructura típica ("intentar corromper") se basa en la versión modificada en 1973 del artículo 391 del C.P. español derogado y en modelos suizos. Por el contrario, no parece exacta la afirmación¹⁰⁸⁷ de que la fuente empleada haya sido la alemana (art. 333 del StGB de 1870, modificada en 1997) o la francesa (art. 179 del *Code Pénal* de 1810, ya derogado por el de 1995).

1086. CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 2267, n. marg. 53; 26.^a ed., p. 2582, n. marg. 53.

1087. FIDEL ROJAS, 1.^a ed., p. 388; 2.^a ed., p. 422, 3.^a ed., p. 534.

En cuanto al bien jurídico tutelado, rige lo ya expresado anteriormente para todo el grupo de delitos de "corrupción de funcionarios". Y además del OBJETO de bien jurídico ya analizado (la "imparcialidad"), también se protege a la propia *tranquilidad en el desempeño funcional*¹⁰⁸⁸; el funcionario debe trabajar sin verse tentado por ofrecimientos de los particulares.

Los elementos típicos del "cohecho activo" son los siguientes:

— SUJETO ACTIVO. Como se trata de un delito común, cualquier persona puede ser sujeto activo del delito, incluyendo a otro funcionario público que no posea las facultades específicas para realizar el acto funcional¹⁰⁸⁹. En el caso de que los hechos se cometan en el marco de "personas jurídicas", obviamente responderán sus miembros que hayan actuado realizando los actos corruptores; pero no es necesario recurrir a las reglas del artículo 27 C.P. pues el tipo de cohecho activo no requiere ninguna cualidad en el sujeto activo que recaiga en la persona jurídica.

— ACTO DE CORRUPCIÓN. La técnica empleada por el legislador nacional ha sido deficiente. De manera paralela al "cohecho pasivo" debió haber remitido para la punibilidad del particular a estos tipos penales, o utilizado un tipo penal autónomo pero con elementos típicos similares. No se entiende por qué se aparta de la terminología que emplea en los tipos de cohecho pasivo y se refiere ahora a "tratar de corromper"; ello podría crear confusiones en el momento de la interpretación¹⁰⁹⁰. Pese a todo, es saludable que

1088. Similar, FIDEL ROJAS, 1.^a ed., p. 388, 2.^a ed., p. 423, 3.^a ed., p. 534; quien habla de garantizar el "respeto" al desarrollo funcional; igualmente MUÑOZ CONDE, p. e., p. 868.

1089. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1862; 1999, p. 1254.

1090. En España se critica el uso de una terminología semejante en el artículo 423 (cohecho activo); ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO,

el legislador penal peruano evite más adelante un mayor riesgo de confusiones cuando, por separado, precisa el carácter indebido del acto funcional al cual va referida la conducta del corruptor.

El *tratar de corromper* se refiere entonces, de manera muy general, a cualquier acción dirigida a "comprar" la función pública o hacer que el funcionario "venda" la función pública. Es lo que en doctrina se conoce como *cohecho activo de propuesta*. Los actos "omisivos" serán impunes¹⁰⁹¹. La omisión impune podría ocurrir p. ej., cuando el particular "olvida" simplemente recoger el cambio por el pago de una tasa o derecho; pero si lo hiciera dando a entender (con hechos o palabras) que ese dinero está destinado a comprar la actividad funcional, ya habrá "acción". Es decir, el tipo penal exige siempre una *conducta activa* del sujeto activo (el "acto de corrupción"), lo cual incluye también a los actos concluyentes positivos del funcionario.

Pero aquí, si se siguiera estrictamente la literalidad del tipo penal, se manifestaría un grave vacío, pues parece que siempre debería concurrir una *conducta unilateral y de mano propia* del sujeto activo: no podría considerarse una corrupción activa cuando la propuesta provenga del propio funcionario y el particular acceda libre y voluntariamente a ella. Y es que en un "cohecho" con contractualidad, como ya se ha visto en el caso del "cohecho pasivo", no siempre la iniciativa tendrá que partir del particular. La pregunta que se hace entonces es: ¿habrá cohecho activo cuando haya sido el funcionario quien solicitó un bien o una promesa y el particular, libre y voluntariamente (por lo menos en apariencia),

Comentarios, 1996, p. 1862; 1999, p. 1254 y s. En cambio, en Alemania, tras la reforma de 1997, los tipos de "cohecho activo" han quedado diseñados como "el reflejo de un espejo" del "cohecho pasivo", 26.ª ed., p. 2588, n. marg. 1 y s.

1091. También Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 389; 2.ª ed., p. 423, 3.ª ed., p. 535.

accedió a ello? Deberá entenderse que sí, que en este caso también habría un "acto de corrupción", salvo que el particular haya actuado por "temor", pues en este último caso deberá quedar impune y aplicarse para el funcionario, los supuestos de "concusión" y "exacciones ilegales"¹⁰⁹². Pero la estructura del tipo penal peruano parece exigir siempre que la iniciativa parta del cohechador activo.

Por otro lado, difícilmente puede negarse la existencia de cierto "temor", aunque sea mínimo y no llegue a la coacción del particular, en la "respuesta" del particular, pues, aunque el funcionario solicitante no lo mencione expresamente, su posición especial puede sugerir al particular siempre algún mal futuro proveniente de la actividad de aquél; motivo por el cual la situación descrita se acerca a una propia de la "concusión" y las "exacciones ilegales". En resumen, estos casos parecen ser atípicos según la legislación peruana vigente, aunque podrían esconder auténticos casos de cohecho activo reprochables, pero que merecerían una sanción menor que en el "cohecho activo propio de propuesta".

Lo más aconsejable sería (además de una ampliación del tipo de las "exacciones ilegales") una modificación del tipo penal que prevea, tanto la "acción de corromper", como la "atención de solicitudes de los funcionarios públicos" ("cohecho activo propio de respuesta"), tal como hace el artículo 423, segundo párrafo, del actual C.P. español, el cual, tomando en cuenta la diferencia de contenido de injusto entre el "cohecho activo propio de propuesta" (el ya conocido) y el de "respuesta", prevé expresamente una menor pena para este último, que puede llegar a una exención bajo los supuestos del artículo 427 (acceso ocasional a la solicitud y denuncia del hecho a la autoridad en el plazo establecido)¹⁰⁹³. Tam-

1092. Similar interpretación en MUÑOZ CONDE, p. e., p. 869.

1093. Ver Carlos MIR, p. 231.

bién resulta interesante de la legislación penal española que se haya incluido un supuesto atenuado de "cohecho activo": cuando el soborno se realizare en relación con un proceso penal del particular, su cónyuge u otra persona con relación de afectividad o parentesco estrecho. En estos casos, aunque la conducta de "cohecho activo" sea reprochable, el reproche puede ser atenuado debido a la situación especial en la que se encontraban los sujetos activos.

La conducta descrita en el tipo consiste en *tratar* de "corromper". Esto no parece ser ni lógico ni indispensable, si se entendiera que entre ambos verbos existe una naturaleza distinta¹⁰⁹⁴. Si se entiende que "tratar" consiste en una conducta similar a la "tentativa" por el lado del ofrecimiento de la compra de la función pública, y "corromper" el resultado como aceptación de la oferta por parte del funcionario, tendría que concluirse que se trata con esto de un adelantamiento del Derecho penal para comprender como delitos consumados, lo que de otra manera sería una "tentativa". Pero también puede entenderse, con mayor corrección desde la perspectiva del bien jurídico y de la "lesividad" de los delitos, que la conducta de "corromper", de manera similar a una inducción, implica lograr en el funcionario un "estado de disposición" para la venta de la función pública. En este sentido, el "tratar de corromper", como conducta unilateral pero reprochable y contractual del comprador, significará *proponer al funcionario la compraventa de la función con ofrecimientos idóneos para provocar en éste la decisión de hacerlo infringiendo sus*

1094. Así, Fidel Rojas, 1.ª ed., p. 390, 2.ª ed., p. 425, 3.ª ed., p. 537; quien por ello recomienda inicialmente una modificación del tipo (... "trata" y "corrompe"...) que no parece ser afortunada, pues prevé en un mismo tipo penal y con las mismas consecuencias jurídicas un tipo de peligro y uno de resultado. De *lege lata* se decide por la interpretación en el sentido de una "tentativa" elevada a "consumación", 1.ª ed., p. 390 y s.; 2.ª ed., p. 425, 3.ª ed., p. 537.

deberes. Es decir, la conducta típica incluirá siempre el conocimiento por parte del funcionario (aunque no necesariamente la aceptación) de la propuesta ilícita del otro; además de la "voluntad" de que el otro realice la conducta en el sentido del pacto injusto¹⁰⁹⁵.

Como ya se dijo antes, en el cohecho siempre hay contractualidad o sea dos partes, de las cuales una de ellas tiene que ser el funcionario público que "vende" la función pública. De esta "co-delincuencia" se desprende que si hay "cohecho pasivo", usualmente existirá "cohecho activo", pues para que alguien "acepte" (cohecho pasivo), tiene que haber alguien que "ofrezca" (por cierto que, se exceptúa la modalidad de cohecho pasivo de "solicitar" donde no hay ciertamente esta "convergencia", pero sí un acto de "ofrecimiento de venta" de la función pública). Ahora bien, esta "convergencia" necesaria cuando se analiza el "cohecho pasivo", no es indispensable en el caso del "cohecho activo"¹⁰⁹⁶, pues aquí basta que el sujeto activo "trate" de "contratar" con el funcionario. Luego, *cuando haya cohecho activo, no necesariamente habrá cohecho pasivo*. P. ej., el particular ofrece al Policía un pago para que no le ponga multa y éste —indignado— rechaza la propuesta. Ésta es también la diferencia básica con el modelo argentino (además de la referencia a la "intención de corromper" en el tipo penal peruano) pues para el artículo 258 del C.P. de dicho país, el "cohecho activo" supone siempre la "contractualidad"; la conducta sancionada consiste en "dar u ofrecer dádivas" a un funcionario público¹⁰⁹⁷. El "cohecho activo" está construido como un tipo pe-

1095. Similar CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2275, n. marg. 6; 26.ª ed., p. 2591, n. marg. 6.

1096. FONTÁN BALESTRA, p. 261 y s., 266; Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 389; 2.ª ed., p. 424, 3.ª ed., p. 535.

1097. Ver al respecto CREUS, p. 297 y s.

nal de *participación necesaria* donde sólo uno de ellos es punible por la conducta típica (el particular)¹⁰⁹⁸; el otro (el funcionario) será punible si adicionalmente cometiere su propio injusto (aceptar) previsto por separado en la ley.

Aunque no se menciona expresamente, nada impide que el acto de corrupción pueda ser efectuado *a través de un tercero*; además, puede realizarse de manera expresa o tácita por cualquier medio (oral, escrito, mensaje informático)¹⁰⁹⁹.

No habrá "acto de corrupción" cuando, p. ej., el administrado ofrezca una ayuda indispensable al funcionario para que este pueda cumplir con su función. P. ej., si el funcionario no puede movilizarse al lugar de los hechos y el particular paga el servicio de taxi o lo lleva en su propio automóvil. Por otro lado, no se necesita que el acto de corrupción alcance su finalidad; es un *delito de mera actividad* e incluso de "emprendimiento" pues, si se sigue la interpretación literal, excluye de plano la "tentativa"; y si se sigue la otra interpretación (paralelo con la inducción) tampoco parece posible, por razones prácticas, la tentativa: los actos de propuesta de compraventa de la función mayormente se hacen directamente, sin pasos previos, y si los hubiera, la prueba de estos actos de propuesta (no los actos preparatorios) será casi imposible. Si el funcionario es corrompido, éste habrá cometido "cohecho pasivo propio" del artículo 393.

Finalmente, el acto de corrupción debe ser *libre y voluntario*. Si el sujeto activo paga, incluso buscando que el funcionario viole sus deberes funcionariales, pero engañado por éste en el sentido de que el pago corresponde a una "tasa especial", no habrá

1098. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1863; 1999, p. 1255.

1099. ASÍ PORTOCARRERO, p. 236.

deberes. Es decir, la conducta típica incluirá siempre el conocimiento por parte del funcionario (aunque no necesariamente la aceptación) de la propuesta ilícita del otro; además de la "voluntad" de que el otro realice la conducta en el sentido del pacto injusto¹⁰⁹⁵.

Como ya se dijo antes, en el cohecho siempre hay contractualidad o sea dos partes, de las cuales una de ellas tiene que ser el funcionario público que "vende" la función pública. De esta "co-delincuencia" se desprende que si hay "cohecho pasivo", usualmente existirá "cohecho activo", pues para que alguien "acepte" (cohecho pasivo), tiene que haber alguien que "ofrezca" (por cierto que, se exceptúa la modalidad de cohecho pasivo de "solicitar" donde no hay ciertamente esta "convergencia", pero sí un acto de "ofrecimiento de venta" de la función pública). Ahora bien, esta "convergencia" necesaria cuando se analiza el "cohecho pasivo", no es indispensable en el caso del "cohecho activo"¹⁰⁹⁶, pues aquí basta que el sujeto activo "trate" de "contratar" con el funcionario. Luego, *cuando haya cohecho activo, no necesariamente habrá cohecho pasivo*. P. ej., el particular ofrece al Policía un pago para que no le ponga multa y éste —indignado— rechaza la propuesta. Ésta es también la diferencia básica con el modelo argentino (además de la referencia a la "intención de corromper" en el tipo penal peruano) pues para el artículo 258 del C.P. de dicho país, el "cohecho activo" supone siempre la "contractualidad"; la conducta sancionada consiste en "dar u ofrecer dádivas" a un funcionario público¹⁰⁹⁷. El "cohecho activo" está construido como un tipo pe-

1095. Similar CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2275, n. marg. 6; 26.ª ed., p. 2591, n. marg. 6.

1096. FONTÁN BALESTRA, p. 261 y s., 266; FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 389; 2.ª ed., p. 424, 3.ª ed., p. 535.

1097. Ver al respecto CREUS, p. 297 y s.

— TEMPORALIDAD. El "cohecho activo" solamente se sanciona como *cohecho antecedente*, lo cual es consecuente con la "intencionalidad" prevista por la figura: se sanciona el acto dirigido a "corromper", no el acto que premia la "corrupción" ya producida. Pero esto no deja de ser insatisfactorio, no solamente porque el injusto es similar, sino también porque en la práctica, muchos casos de "cohecho antecedente" podrían quedar impunes ante la imposibilidad de probar que la temporalidad futura, aunque quede evidente la temporalidad pasada.

Por otro lado, la acción que se busca del funcionario puede consistir en una "comisión" o una "omisión" de éste.

— ILEGALIDAD. El tipo penal prevé tanto el cohecho activo *propio* como el *impropio*.

En el primer párrafo, se refiere expresamente a que el funcionario debe hacer u omitir algo "en violación de sus obligaciones". Se trata aquí claramente de un *cohecho activo propio (de propuesta)*, es decir, el acto de corrupción dirigido contra un funcionario público para que éste viole sus deberes funcionariales por acción o por omisión. P. ej., el funcionario que es pagado para que demore un proceso, el policía que es pagado para que no imponga una multa al conductor que ha violado las reglas de tráfico, etc.

En el segundo párrafo se sanciona el *cohecho activo impropio (de propuesta)*, que adopta la forma de un "tipo atenuado", aunque como ya se dijo, no lo es. Aquí el acto de corrupción está dirigido contra el funcionario para que haga u omita "un acto propio de sus funciones" que no implique faltar a sus deberes. Al igual que en el caso anterior sólo se prevé el *cohecho antecedente*; luego, si alguien ofrece o da algo a un funcionario (incluso con el ánimo de corromperlo) después que ha cumplido con sus funciones, no comete delito. La pena para el "cohecho activo impropio" es no menor de dos ni mayor de cuatro años de privación de la libertad, o sea igual que la del "cohecho pasivo impropio". Aquí el

legislador no ha actuado con acierto, pues el contenido de injusto de esta modalidad de "cohecho activo" no puede ser tan elevado como la del "cohecho pasivo impropio"; el particular no viola deberes propios, además de que su conducta puede estar motivada por el mismo grado de corruptela de la sociedad y de la Administración Pública¹¹⁰². Es más, incluso podría dudarse del merecimiento o de la necesidad de pena de esta modalidad. En efecto, por razones de política criminal, la impunidad del particular (además de que su conducta no es grave) puede animarlo a denunciar los hechos en los cuales ha participado sin temor a una represión penal¹¹⁰³. En España, ante la ausencia de una previsión específica del "cohecho activo impropio", se buscó abarcar la conducta del particular como una participación en el "cohecho pasivo impropio" del funcionario, lo cual atentaba contra el principio de que, en general, el "partícipe necesario" es impune, salvo previsión legal expresa de su conducta. En la actualidad, dado que el actual tipo penal de "cohecho activo" no refiere expresamente el carácter del acto funcional buscado (art. 423), sino un "corromper o intentar corromper" a secas, sigue todavía la discusión sobre si la ley vigente reprime o no el "cohecho activo impropio"¹¹⁰⁴. En Alema-

1102. Critica esto también Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 392 y s.; 2.ª ed., p. 427, 3.ª ed., p. 539 y s. En la doctrina española se ha discutido y se discute hasta ahora la punibilidad del "cohecho activo impropio"; ver ref. sobre ambas posiciones en Carlos MIR, p. 233 y ss., 246.

1103. Acertada observación de MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1861; 1999, p. 1253 y s.

1104. La discusión se centra en si el cohecho activo antecedente es posible también conio "impropio" (parece ser claro que siempre es impune el "cohecho activo subsiguiente), de manera paralela al "cohecho pasivo propio" del artículo 426. FELIÓ SÁNCHEZ admite el "cohecho activo impropio" en el artículo 423, primer párrafo del actual C.P. español; p. 721 y s.; también Carlos MIR, aunque admitiendo que ambas posiciones son defendibles, p. 247 y s. En contra MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en *Comentarios*, 1996, p. 1861; 1999, p. 1253.

nia, en cambio, el "cohecho activo impropio" ha sido incluso ampliado con la reforma de 1997, pues ahora en el artículo 333 no se vincula la conducta del cohechador activo a una "contraprestación" del funcionario público, sino solamente que se dé o prometa la ventaja a éste en el marco de sus actividades funcionariales, pero esto ha merecido duras críticas de la doctrina debido a la aparente falta de necesidad político-criminal de la ampliación¹¹⁰⁵.

El caso del "transfuguismo político" de un parlamentario en ejercicio de funciones, plantea varios problemas, pero, sobre todo, la definición de los deberes funcionariales. En efecto, si cambiarse de partido político no implicara una infracción de deberes según las normas sobre partidos, no habría por qué exigir la punibilidad de los sujetos, incluso en caso de que el parlamentario haya recibido un beneficio por ello. En cambio, sí es claramente un caso de "cohecho" la "venta" del voto en el Parlamento a favor de intereses privados (*lobbies*), pues aunque la función legislativa siempre implica una parcialización del funcionario elegido en relación con sus votantes, esa "parcialización legítima" desaparece cuando, la motivación del funcionario obedece a intereses particulares. Al respecto rige lo ya expresado para el caso del "cohecho pasivo propio", en cuanto al análisis del "carácter indebido del acto" (ver 3.4.6).

— TIPO SUBJETIVO. Al igual que en el "cohecho pasivo", el tipo penal del "cohecho activo propio" parece referirse solamente al *dolo directo*; el sujeto persigue con su "pago" que el funcionario viole sus funciones específicas¹¹⁰⁶. Pero hay que hacer una aclaración: en la medida en que la figura de "cohecho activo" es similar a la "instigación", también presenta un "doble dolo": el dolo refe-

1105. Al respecto críticamente CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.^a ed., p. 2588, n. marg. 1 y 5.

1106. Igualmente, CREUS, p. 302.

rido a la propia conducta y el que se refiere al conocimiento y la voluntad de que el funcionario viole sus deberes funcionariales; en este segundo dolo basta, según la doctrina, el "dolo eventual"¹¹⁰⁷. P. ej., no hay "cohecho activo" cuando el particular paga al funcionario creyendo que el pago es regular por constituir una tasa especial, pero sí lo habría cuando sospechaba que el pago estaba dirigido a influir en el funcionario para que infrinja sus deberes. No obstante, como según el tipo penal peruano constituye un elemento subjetivo adicional el *ánimo de corromper* al funcionario, o sea la intención de hacer que el funcionario "venda" la función pública, parece ser que también el segundo dolo se dé a través de un "dolo directo". De esta manera también es posible excluir casos de mero auxilio al funcionario público, tan frecuentes en nuestra realidad donde éste carece muchas veces de los medios indispensables para desempeñar sus funciones (p. ej., el traslado al lugar de los hechos, papel para escribir, bolígrafos, etc.).

En el "cohecho activo impropio" (art. 399, segundo párrafo) parece ser posible solamente el *dolo directo*¹¹⁰⁸.

Es posible el ERROR DE TIPO sobre cualquiera de los elementos objetivos. Una peculiaridad se presenta cuando el error versa sobre el "carácter futuro" de la conducta esperada del funcionario: si el cohechador cree erróneamente que el funcionario todavía no ha actuado, cuando ya lo había hecho, el error es de

1107. Así, CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2275 y s., 7, 9 y s.; 26.ª ed., p. 2591, n. marg. 7, 9 y s.

1108. Para CRAMER bastaría el "dolo eventual", debido a la especial construcción del reformado artículo 333; ver en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26.ª ed., p. 2589, n. marg. 8. Bajo la anterior redacción admitía el "dolo eventual" solamente en cuanto al conocimiento del carácter de funcionario público y de la calidad del acto funcional que desea el sujeto activo, ver 25.ª ed., n. marg. 12, p. 2273.

todos modos intrascendente, pues el tipo solamente exige la direccionalidad de la conducta del cohechador¹¹⁰⁹.

En cuanto a la CONSUMACIÓN, al igual que todos los de "cohecho", se trata de un delito cuyo injusto consiste en el "pacto venal" en el sentido de expresar el deseo de "compra" de la función pública. Luego, habrá consumación cuando el sujeto activo exprese al funcionario que desea comprar su actividad funcional (con violación de sus deberes)¹¹¹⁰. Cuando los actos dirigidos a corromper al funcionario no hayan llegado a conocimiento de éste podría ser admisible la TENTATIVA¹¹¹¹, aunque es discutible la necesidad político-criminal de la punibilidad por la escasa relevancia de los casos prácticos. Como ejemplo de un acto de corrupción tentado se menciona el caso del particular envía con un mensajero un cheque en blanco al portador para que el funcionario lo llene por la suma que crea conveniente, en caso de aceptar violar sus deberes funcionariales, pero el mensajero es interceptado y capturado, ante lo cual confiesa. En ese caso, aunque se argumenta la tentativa de cohecho activo, podría uno preguntarse si no habría ya una consumación, salvo que el funcionario no haya sabido nada de esto. Pero en este caso, el corruptor podría (probablemente con éxito) negar simplemente la intención de corromper.

En cuanto a la AUTORÍA aquí no hay restricciones. Puede ser autor cualquier particular o incluso otro funcionario que trata de

1109. Igualmente, CREUS, p. 299, 302.

1110. Similar CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2275, 2277, n. marg. 4, 17; 26.ª ed., n. marg. 4, 17, p. 2590, 2592.

1111. Fidel ROJAS admite la tentativa cuando el acto corruptor no llega a su destino, e incluso admite "tentativa inacabada" y "desistimiento voluntario", 1.ª ed., p. 393 y s.; 2.ª ed., p. 428, 3.ª ed., p. 540 y s. Para el tipo penal colombiano, que ni siquiera es de "emprendimiento" (se reprime el "dar" u "ofrecer" en el art. 143), tampoco suele aceptarse la tentativa; ver FERREIRA DELGADO, p. 100.

comprar la función. PARTICIPE puede ser cualquier otra persona, distinta del propio funcionario hacia quien va dirigida la acción¹¹¹², tal como ya se mencionó al tratar el tema en el "cohecho pasivo". Esta solución también resulta justa, pues tiene que haber alguna diferencia de reproche entre ambos casos de colaboración con el injusto: el que instiga o colabora en la venta de la función debería merecer mayor pena que el que instiga o colabora en la compra de ella.

Para las CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, debe tenerse en cuenta que no pueden invocarse la "costumbre" o las "prácticas usuales", ni siquiera (tampoco como atenuante) los "lazos familiares" involucrados en el asunto del cual se espera la conducta del funcionario¹¹¹³.

La PENALIDAD del "cohecho activo" es siempre menor que la del "cohecho pasivo". Ello se explica porque, aunque existe un solo atentado contra el bien jurídico, en el caso del particular, éste por sí mismo no infringe deberes propios de una función pública. Por eso mismo, aun si el funcionario acepta el beneficio que el autor del "cohecho activo" le ofrece, para este último seguirá siendo aplicable únicamente el tipo penal de "cohecho activo" (en fase de "agotamiento"), y no también el tipo de "cohecho pasivo" (como partícipe)¹¹¹⁴. Ya se dijo que es desproporcionado prever una pena para el "cohecho activo impropio".

1112. CRAMER entiende que la participación de "terceros" en cualquier caso de cohecho solamente sería posible a través del "cohecho activo", mientras que los tipos de "cohecho pasivo" solamente conocerían tipos de autoría de funcionarios; es decir, la "autoría y la participación" estaría regulada de manera especial para el "cohecho" en la parte especial a través de la configuración misma de los tipos penales. Ver 25.ª ed., p. 2276 y s., n. marg. 12 y ss.; 26.ª ed., p. 2591 y s., n. marg. 12. Bajo la anterior regulación

1113. También FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 394; 2.ª ed., p. 429, 3.ª ed., p. 542. Tampoco admite ninguna causa de justificación FERREIRA DELGADO, p. 99.

1114. Solución también propuesta por FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 391; 2.ª ed., p. 425 y s., 3.ª ed., p. 538

Por otro lado, en el "cohecho activo propio" también debería distinguirse la penalidad en función de la conducta funcional que el corruptor busque. No puede ser igual de grave que el sujeto activo "trate de corromper" a un funcionario para que éste viole sus deberes y cometa una mera infracción administrativa con ello que si, al hacerlo, incurra incluso en un delito¹¹¹⁵.

Por último, debería haber también una diferencia (una menor pena), cuando el cohecho activo se produzca como atención libre y voluntaria del particular (o de un funcionario sin el deber específico) a la solicitud previa, sin constreñimiento ni engaño, efectuada por el funcionario público, pues aquí también se constata un menor injusto en la conducta del sujeto activo de cohecho activo¹¹¹⁶. Esto es lo que se conoce como *cohecho activo propio de respuesta*. Por cierto que esta modalidad no parece ser típica para el particular, según el C.P. peruano, tal como ya se explicó más arriba.

Al igual que en el "cohecho pasivo", aquí tenemos también *modalidades agravadas* en función del agente. Y también al igual que antes, la sistemática utilizada es deficiente, pues los tipos de agravación (arts. 398 a 398B) son separados del tipo base (art. 399). Pero por lo menos aquí no hay incoherencia en cuanto a las sanciones, pues no hay atenuaciones injustas como en el caso del cohecho pasivo agravado.

1115. Así se procede en el C.P. español vigente; al respecto MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en *Comentarios*, 1996, p. 1863; 1999, p. 1255.

1116. La atenuación se justificaría por la mayor responsabilidad del funcionario debido a su posición, así como para favorecer el esclarecimiento del delito (descubiertos los hechos, al particular le interesaría aportar datos para demostrar que la iniciativa partió del funcionario); al respecto MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1863; 1999, p. 1255 y s.

Para el problema del CONCURSO, sobre todo es relevante la figura de "tráfico de influencias" (art. 400), cuando el traficante vende la influencia y se llega al momento de ofrecer el soborno al funcionario. En este caso, habrá concurso aparente entre "cohecho activo" consumado y "tráfico de influencias", en donde solamente es aplicable la primera figura. Si el traficante actuó sin conocimiento ni acuerdo del funcionario, solamente habrá "tráfico de influencias" en el primero¹¹¹⁷.

Con las "exacciones" no habrá concurso en ninguno de los dos supuestos de cohecho pasivo. Con la modalidad de "solicitar", ello no es posible, pues este caso es uno similar a la "exacción", aunque atenuado por estar desprovisto de violencia o engaño; y en el caso del "aceptar" se trata de un supuesto que exige bilateralidad, no incluye violencia ni engaño, y presupone que el funcionario dé algo a cambio de los bienes que recibe¹¹¹⁸.

Con otros delitos comunes también puede haber concurso: p. ej., el particular paga al funcionario con dinero falso; o la ventaja ofrecida al funcionario consiste en lesiones o dar muerte a un tercero. Pero no hay concurso sino dos delitos independientes cuando el particular, para no ser detenido por delito de ejercicio ilegal de la medicina, ofrece dinero a la policía¹¹¹⁹. También se ha alegado que habría concurso ideal con la "injuria"; pues el ofrecimiento de compra de la función pública implicaría también una ofensa contra el honor¹¹²⁰.

Pero también puede darse un "concurso ideal" cuando el cohechador busca una conducta del funcionario, que a su vez im-

1117. Así también FONTÁN BALESTRA, refiriéndose a doctrina italiana, p. 258.

1118. Similar en cuanto a esta última diferenciación, FONTÁN BALESTRA, p. 255.

1119. Acertadamente, en la E. S. de 11-05-1956, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1956, Lima, p. 607.

1120. En Alemania, CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., p. 2277, n. marg. 19; 26.ª ed., p. 2592, n. marg. 19.

plica un delito distinto del cohecho (p. ej., prevaricato, omisión de deberes, etc.), pues desde la perspectiva de este otro delito, el "cohecho activo" será una "instigación"¹¹²¹.

Con la "inducción a un cohecho pasivo" no puede haber concurso. Todos los casos de "inducción" son absorbidos por los tipos de "cohecho activo" (399, 398, 398-A).

Finalmente, debe observarse el vacío existente en la legislación peruana de no prever EXENCIONES para el particular que denuncia actos de cohecho pasivo o exacciones, y colabora con la Administración de Justicia. Décadas de experiencia en la lucha contra la "corrupción" han llevado a que los legisladores modernos prevean esta medida práctica, pues suele suceder que el "cohecho" es muy difícil de ser probado y si se castigara siempre a la "víctima" del cohecho se la obligaría a convertirse en "encubridora" de la corrupción. Así, el nuevo C.P. español prevé una disposición expresa en este sentido que exime a particulares con comportamientos corruptores ocasionales que hayan denunciado los hechos antes de la apertura del procedimiento y antes de que transcurran más de diez días desde que se produjeron los hechos¹¹²².

Además, de manera paralela a lo expresado para el "cohecho pasivo", deberían preverse otro tipo de "exenciones" o "justificaciones" cuando se trate de promesas o entrega de bienes de valor pequeño, pero autorizadas previa o posteriormente por otro funcionario superior, que actúa dentro del marco de sus atribuciones¹¹²³.

1121. Así, CREUS, p. 301.

1122. Ampliamente, FELÍO SÁNCHEZ, p. 724 y s., MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1874 y ss.; 1999, p. 1266 y ss.; MUÑOZ CONDE, p. e., p. 870.

1123. Estas situaciones están previstas de manera expresa para el "cohecho activo" en el artículo 333, tercer párrafo; al respecto ver CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 2274; n. marg. 19 y ss; 26.^a ed., p. 2589, n. marg. 12 y ss.

3.4.9 Modalidades específicas (y/o agravadas) de cohecho pasivo (arts. 394-A, 395 y 396)

Artículo 394-A.- El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres (3) ni mayor de seis (6) años, e inhabilitación por igual tiempo a la condena conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal".
[Artículo introducido por la Ley 27722, publicada el 14/05/02].

Artículo 395.- El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas que es hecha con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La inhabilitación que como accesoria a la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito, será puesta en conocimiento del Colegio respectivo en donde se encuentra inscrito el agente para que dentro de cinco (5) días proceda a suspender la colegiación respectiva, bajo responsabilidad.
[Texto modificado por la Ley 26643 de 26-06-96].

Artículo 396.- Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial o auxiliar de justicia o desempeña algún cargo similar, la pena será privativa de libertad no mayor de cuatro años.

El C.P. peruano prevé modalidades agravadas y atenuadas de cohecho pasivo en función del funcionario público que intervenga en la "compra-venta" de la función pública: funcionarios vinculados a la Administración de Justicia, sea esta justicia ordinaria o administrativa, pública o privada.

El "bien jurídico específico" u OBJETO del bien jurídico consiste en la *imparcialidad* en el desempeño de actividades funcionariales específicas (administración de justicia ordinaria, administrativa o privada) y el *carácter público* de estas, sea que las realice un funcionario público o particulares encargados excepcionalmente de ello o de colaborar con ella¹¹²⁴. La especificidad de la infracción funcionarial, así como las características del autor, han llevado a postular que, en realidad, aquí no se trataría de una "modalidad agravada" de "cohecho pasivo", sino de una figura autónoma de cohecho¹¹²⁵. La técnica del legislador peruano hace, efectivamente, que esta tesis sea plausible. Y el nuevo tipo penal del artículo 394-A refuerza más esta suposición, pues se trata de una figura incluso más cercana de las "exacciones ilegales" que del "cohecho".

Actualmente, casi todas las legislaciones penales más importantes prevén figuras similares. En el caso peruano, la fuente más probable, por la técnica utilizada, puede haber sido el Proyecto de Código penal suizo de 1918 (arts. 279 y 280), que habría influido en el artículo 351 C.P. nacional de 1924. Otras probables fuentes que prevén figuras similares, aunque con diferente técnica son: el artículo 319 del C.P. italiano de 1930 (aún vigente), artículo 388 del C.P. español derogado, artículo 334 del C.P. alemán de 1871 (aún vigente).

1124. Similar, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 363; 2.^a ed., p. 397.

1125. CREUS, p. 289.

El aporte reciente más interesante en este aspecto ha sido dado por la reforma alemana de 1997. Aquí, no solamente se ha mantenido de manera tradicional la agravación de la pena en todos los casos de cohecho cuando la conducta típica la realice o vaya dirigida a un Juez o un árbitro, sino también se han introducido nuevas agravantes (nuevo § 335): que la ventaja materia del delito tenga una gran magnitud, que el autor reciba continuamente ventajas como contraprestación a una actividad funcional futura (lícita o ilícita) o que el autor actúe habitualmente o como miembro de una banda que tenga por finalidad cometer tales hechos¹¹²⁶.

Hay que indicar que la versión original del artículo 395 fue modificada varias veces; la versión vigente es la de la Ley 26643 de 26-06-96. Originariamente eran sujetos activos del delito solamente el "juez, el árbitro y el fiscal o miembro de tribunal administrativo u otro análogo", y la pena solamente era privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años. Es decir, posteriormente se ha ampliado el círculo de autores para referirse ampliamente al "magistrado" y comprender también al "perito", se ha elevado la pena privativa de libertad a un mínimo de 6 y un máximo de 15 años, se ha introducido a la inhabilitación como pena accesoria, con la consecuencia adicional de la suspensión obligatoria de la colegiación (nuevo segundo párrafo del art. 395).

3.4.9.1 Abuso proselitista de la función pública (art. 394-A)

El tipo del artículo 394-A presenta un supuesto de *distinta naturaleza* que los casos de "cohecho", pues no se basa en la contractualidad, en el libre acuerdo de voluntades de las partes, sino

1126. Al respecto, CRAMER en SCHÖNKE/SCHRODER, 26.^a ed., p. 2592 y s.

en la unilateralidad: el "condicionamiento" que efectúa el funcionario público para distribuir bienes o prestar servicios. Por esas mismas razones, no es posible ubicar un bien jurídico específico, similar a los de cohecho, para este nuevo tipo penal, aunque sí sigue valiendo para él la finalidad de protección referida al "correcto funcionamiento de la Administración Pública"¹¹²⁷.

Este tipo penal debió haberse ubicado en la Sección II al lado de la "concusión" (art. 382) y de las "exacciones ilegales" (art. 383). O incluso, puesto que el tipo penal incluye un atentado contra la "voluntad popular", con mayor legitimidad pudo haber incrementado el grupo de tipos penales referidos a "delitos contra el derecho de sufragio" (arts. 354 y ss.)¹¹²⁸.

Es tan peculiar el tipo peruano que casi no se pueden encontrar similitudes con otros tipos legales extranjeros¹¹²⁹.

— SUJETO ACTIVO es el funcionario público, cuya función se circunscribe a "programas públicos de apoyo o desarrollo social" (sobre estos programas ver 3.3.9, c). Si se tratara de cualquier otro funcionario, o bien no está en capacidad de "condicionar" nada, pero sí de "usurpar funciones" o "engañar" (interviene el tipo de "estafa"), o actúa como intermediario (responde como par-

1127 Acertadamente en este aspecto, Fidel ROJAS, 3.ª ed., p. 493 y s.

1128 También critica este artículo Fidel ROJAS, pero sostiene que el tipo debió haberse configurado como un supuesto agravado de "abuso de autoridad"; ver 3.ª ed., p. 492.

1129 Fidel ROJAS ha encontrado modelo referencial en el artículo 432-14 del C.P. francés de 1993; ver 3.ª ed., p. 491. En este artículo destaca también el elemento de "delito contra la voluntad popular", tal como el título del capítulo sugiere: "*Des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public*", el cual por cierto se encuentra dentro de la Sección III dedicada a lo que conocemos como delitos contra la Administración Pública.

típico del funcionario competente o como "vendedor de influencias", según el caso)¹¹³⁰.

— CONDUCTA TÍPICA. Consiste en *condicionar* la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social. Como se aprecia de la descripción de esta conducta, no se trata, en realidad, de la "compra-venta" típica del cohecho, sino de un acto unilateral propio de la "concusión" o de las "exacciones ilegales": el funcionario no entrega los bienes o presta los servicios que por ley está obligado a hacer, sino que establece una condición no prevista en la ley, en beneficio propio o de terceros. A diferencia de las exacciones ilegales no se exige, sin embargo, algo con contenido patrimonial (cfr. 3.2.3, 3.2.4).

Por otro lado, dado que el *condicionamiento* ataca la libre voluntad del afectado, hay un contenido de "violencia o amenaza". Como ésta ataca no solamente al correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino principalmente al "derecho de sufragio", esta figura, en realidad, no es más que una modalidad (agravada) del "impedimento del ejercicio de derecho de sufragio" (art. 355). En efecto, este tipo penal ya abarca, en gran medida, el caso regulado por el artículo 355 cuando dice: "El que, mediante violencia o amenaza, impide a un elector ejercer su derecho de sufragio o le obliga a hacerlo en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años". Claro que el nuevo artículo 394-A, no obstante, no se limita a la "ventaja electoral" (en esto coincide con el art. 355), sino también interviene cuando se busca cualquier otra "ventaja política". Además, tiene una mayor penalidad.

1130. A diferencia de esto, Fidel ROJAS interpreta con más amplitud este elemento y considera que el tipo legal se refiere a cualquier funcionario público: ver 3.ª ed., p. 494.

El condicionamiento va referido a la *distribución de bienes* o la *prestación de servicios*. El primer caso, al emplear el término "distribución" podría dar pie a una diferenciación entre las diferentes etapas del acceso a los bienes (aprobación de la entrega y entrega efectiva); no obstante, del contexto de la descripción típica, debe entenderse que se refiere ampliamente a ambos casos. En el caso de la "prestación de servicios" la situación es más clara, pues el condicionamiento puede ir dirigido tanto a la aprobación de tal prestación como a su realización efectiva. En el caso de los *bienes*, pueden ser entendidos tanto como muebles o inmuebles¹¹³¹, si bien su vinculación con el término "distribución" podría sugerir el hecho de que solamente engloban a los primeros. Y los servicios se refieren también a cualquiera que ofrecen las instituciones que se enuncian a continuación; p. ej., servicios de salud, educación, asesoramiento, etc.

— ABUSO DE LA FUNCIÓN. Para el tipo penal no basta que el sujeto activo sea funcionario público, sino que haga uso abusivo de tal carácter para "condicionar" a otros. Es decir, tiene que actuar hacia fuera como "funcionario"; no basta que lo sea y que "condicione" sin que en ningún momento haya hecho tal uso de las posibilidades de acción que le brinda la función¹¹³².

— CARÁCTER INDEBIDO DEL ACTO. El "condicionamiento" es ilegal, pues no está cubierto por la ley (podría p. ej., condicionarse lícitamente la actividad funcional a que el beneficiado cumpla con requisitos legales). El tipo penal especifica que el funcionario busca una *ventaja política o electoral* de cualquier tipo, a favor propio o de terceros. La *ventaja electoral* exigirá la inminencia de un proceso electoral en el cual se quiere influir. La *ventaja*

1131. Así, Fidel ROJAS, 3.ª ed., p. 495.

1132. Similar interpretación en Fidel ROJAS, 3.ª ed., p. 494 y s.

política, en cambio, se refiere ampliamente a cualquier beneficio que se pueda obtener en el ejercicio del juego político¹¹³³, p. ej., el empadronamiento en un partido político, una decisión dentro de una comunidad o alcaldía a favor de determinado interés político.

Es positivo que el tipo penal no se restrinja a los casos de *ventaja propia* (p. ej., la propia elección), sino que también abarque las *ventajas a terceros* (p. ej., partidos políticos, amigos, etc.).

— TEMPORALIDAD. Es siempre futura.

— TIPO SUBJETIVO. Solamente es posible el *dolo directo*. El conocimiento y la voluntad del "condicionar" descarta la posibilidad del dolo eventual¹¹³⁴.

El delito es, en ambos supuestos, de "mera actividad". No es posible la TENTATIVA¹¹³⁵; es difícilmente imaginable la existencia de actos previos al "condicionamiento" que puedan ser vistos como tentativa y no, en todo caso, como actos preparatorios.

No puede haber CONCURSO con la "concusión" y las "exacciones ilegales" pues estas figuras solamente se refieren a que el funcionario exija bienes con contenido patrimonial; la "ventaja política o electoral" no tiene tal naturaleza, aunque pueda llevar luego a ventajas de carácter patrimonial.

3.4.9.2 Cohecho pasivo de magistrados y otros (art. 395)

En el tipo del artículo 395, los elementos típicos son los siguientes:

— SUJETO ACTIVO puede ser un magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo "o cualquier otro

1133. También ampliamente, Fidel ROJAS, 3.^a ed., p. 496.

1134. También así, Fidel ROJAS, 3.^a ed., p. 497.

1135. Deja abierta una posibilidad remota, Fidel ROJAS, 3.^a ed., p. 497.

análogo". Se trata claramente de funcionarios que intervienen resolviendo, impulsando o aportando pruebas en la resolución de procesos judiciales o administrativos.

El *magistrado* es un concepto amplio que comprende no solamente a los jueces de todas las instancias que intervienen en la justicia ordinaria, sino también los encargados de velar por la constitucionalidad de las leyes: los miembros del Tribunal Constitucional; incluyendo tanto a los magistrados titulares como a los provisionales o suplentes¹¹³⁶.

Como también ya se vio anteriormente al analizar los delitos de "negativa a colaborar con la Administración Pública" del artículo 371 (ver 2.3.6), el *perito* es aquel que domina una ciencia o arte y es llamado a colaborar con la administración o con la justicia para que deponga sobre dichos conocimientos. La inclusión del "perito" dentro del tipo penal es poco comprensible, además de resultar asistemática, pues no se trata de alguien con poder resolutorio o siquiera con personería jurídica dentro de un proceso; además, la corrupción al perito, al lado del testigo y otros auxiliares de la justicia ha sido valorada en otro lugar como "cohecho activo" menos grave que la corrupción a magistrados (art. 398-A, segundo párrafo), por lo que el cohecho pasivo del perito (al igual que el del testigo y otros colaboradores de la justicia) debería ser correspondientemente menos grave o por lo menos debe quedar comprendido dentro del tipo básico de cohecho pasivo. En legislaciones modernas, o bien no existe una agravante relacionada con el tipo de función que cumple el funcionario corrupto, sino con la gravedad de la infracción funcional (España), o bien las agravantes existentes solamente se refieren al Juez y al Árbitro (Alemania).

1136. Igual, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 363; 2.ª ed., p. 397 y s., 3.ª ed., añadiendo el caso de los magistrados de la justicia militar, p. 502.

En el caso de los *árbitros* sí existe un poder de decisión ante un asunto sometido a su consideración. Pero el tipo penal no ha aclarado una gran variedad de aspectos. No especifica si estos deben ser nombrados oficialmente o puede tratarse también de los que las partes designan consensualmente ("amigables componedores"). Me parece que ante la falta de distinciones y la existencia en ambos casos del deber aceptado de ejercer justicia, nada impide que el tipo penal les sea aplicable¹¹³⁷. Distinto sería el caso si el tipo penal no hiciera referencia expresa de los "árbitros", pues entonces solamente podría admitirse a aquellos que reúnan características propias de "jueces" en sentido formal¹¹³⁸. Obviamente, como en el caso de los "árbitros" la retribución a su labor suele ser dada por las partes, habría que precisar que ésta solamente será una "dádiva, promesa o ventaja" en el sentido del tipo penal, cuando no sea "debida", o sea no implique el pago por un trabajo realizado o por realizarse que no infrinja su deber de imparcialidad y otros derivado de las leyes. En Alemania existe una disposición aclaratoria que especifica cuándo la "ventaja" recibida por el árbitro es típica: cuando la solicite, reciba o se haga prometer el árbitro por una parte "a espaldas de la otra parte", o cuando una parte la ofrezca, prometa o entregue "a espaldas de la otra parte"¹¹³⁹.

En el caso del *miembro de tribunal administrativo* solamente puede tratarse de aquel funcionario que forma parte de un órgano

1137. Distinta opinión es la de Fidel Rojas, quien solamente incluye a los peritos nombrados oficialmente, ver 1.^a ed., p. 364; 2.^a ed., p. 398, 3.^a ed., p. 503.

1138. Así en la discusión argentina, donde el artículo 257 C.P. solamente se refiere al "juez"; ver la exposición sobre la discusión en Caeus, quien solamente admite el caso del "juez" que, autorizado por la ley, actúa como un "amigable componedor", pero no el caso de los "árbitros" designados de oficio por el juez en caso de arbitraje forzoso, p. 294 y s. También FONTÁN BALESTRA solamente admite a los "jueces" como sujetos activos de la agravación del artículo 257; ver p. 264.

1139. Al respecto CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.^a ed., p. 2278 y s.; 26.^a ed., p. 2594 y s.

encargado de procesar y resolver asuntos referidos a la justicia administrativa (no jurisdiccional en nuestro país), pero cuyas decisiones pueden ser impugnadas en la vía judicial. Éste es el caso del Tribunal del INDECOPI, Tribunal de Aduanas, del Tribunal Fiscal, etc. y de cualquier órgano administrativo colegiado que resuelva asuntos referidos a procesos administrativos. No se refiere el tipo penal a los funcionarios de instancias administrativas previas no colegiadas. P. ej., en el caso del INDECOPI, existen "Comisiones" y "Oficinas", donde decide en primera instancia un "Secretario técnico" y un "jefe" respectivamente.

La *cláusula de analogía* que se establece al final ("...o cualquier otro análogo...") solamente se vincula con el caso del "miembro de tribunal administrativo", pues si se hubiera pretendido hacer una "analogía" más amplia, el legislador hubiera sido más específico: "o cualquier otro análogo a los anteriores". Se trata de otros funcionarios, distintos de los que integran los tribunales administrativos, que estén encargados de decidir o de intervenir como integrantes de órganos colegiados, sean funcionarios públicos o no, pero que tengan que resolver algún asunto de justicia administrativa u ordinaria; p. ej., una Comisión especial del Congreso, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, etc.

No encaja dentro del tipo penal la Policía encargada de las investigaciones preliminares y de la elaboración del atestado policial, pues ella no "resuelve" como magistrado, árbitro o similar ni "dictamina" nada como fiscal o perito. Para este supuesto solamente pueden ser aplicables los tipos genéricos de "cohecho". También en el caso de comunidades campesinas y nativas, así como en las "rondas campesinas", no parece ser aplicable este supuesto típico¹¹⁴⁰,

1140. Sí lo admite en el primer caso y considera "debatible" el segundo, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 364; 2.ª ed., p. 398, 3.ª ed., p. 503. La cláusula de equiparación de las primeras a la administración de justicia que hace el artículo 149 de la Constitución parece, sin embargo, dar la razón a la tesis de ROJAS.

aparte de que en estos casos no sería infrecuente el recurso al "error de prohibición".

— SOLICITAR y/o ACEPTAR. Estas son las modalidades típicas. Al igual que en los tipos básicos de "cohecho pasivo" debe distinguirse entre una conducta unilateral, pero con un contenido de "ofrecimiento de venta" de la función pública ("solicitar") y dos bilaterales con una connivencia necesaria de la parte compradora de la función pública ("aceptar promesa" y "aceptar bienes"). La interpretación de estas modalidades y sus demás consecuencias se rigen por lo ya dicho en el lugar correspondiente.

— DONATIVO, PROMESA o cualquier otra VENTAJA. Estos elementos deben interpretarse, al igual que en el tipo básico de cohecho, como cualquier bien o prestación idónea para significar el "precio" de la compraventa de la función pública.

— ILEGALIDAD. Como el tipo se refiere a INFLUIR en la decisión del funcionario, parece no exigir que el funcionario deba violar o no sus deberes funcionariales. Por lo tanto, parece que se podría incluir aquí tanto el cohecho propio como el impropio, es decir la acción de "influir" podría ir dirigida tanto para que el funcionario viole sus deberes como para que los cumpla con mayor celo. Sin embargo, esta interpretación no deja de ser discutible, pues puede entenderse perfectamente que el "influjo" solamente se refiere al quebrantamiento de deberes del funcionario¹¹⁴¹.

No obstante, todo dependerá de cómo se entienda a qué se refiere este influjo; podría interpretarse que solamente se puede

1141. Así, para PORTOCARRERO se trata de "influir" en una decisión que el otro sujeto no merece. También Fidel ROJAS entiende que se encuentra implícita la "conducta infuncional" del sujeto activo y la lesión del principio de imparcialidad y objetividad; ver 1.ª ed., p. 365; 2.ª ed., p. 399, 3.ª ed., p. 504. En cambio CREUS se centra en el reproche penal de la "venalidad" y no del carácter de la resolución; p. 293.

"influir" infringiendo deberes funcionariales. No ha sido buena, en este sentido, la técnica seguida por el legislador nacional, pues genera dudas.

Desde la perspectiva del objeto del bien jurídico (la "imparcialidad") está claro que debe reprimirse con más severidad el "cohecho pasivo propio" en estos casos. Pero en cuanto al "cohecho impropio", tal imparcialidad solamente podría estar en juego cuando se trate de cuestiones sometidas al libre arbitrio del funcionario. P. ej., si el particular paga para que el funcionario expida la resolución con más rapidez que de costumbre, pero dentro de los plazos legales. En cambio, en los casos en que el cohecho activo se dirija a lograr del funcionario una conducta que encaja perfectamente en las leyes y no implican un uso determinado de poder discrecional (porque la ley no se lo otorga), no debe haber una mayor punición mediante el artículo 395. P. ej., cuando el particular paga para que el funcionario expida simplemente una resolución, o para que no investigue hechos que tampoco constituyen infracción o delito. En estos casos siempre podrá resultar aplicable el tipo básico de "cohecho pasivo impropio" (art. 394).

Por lo demás, sería injusto penar con la misma pena grave a la violación de deberes y al cumplimiento de estos. Por eso y por las posibilidades que ofrece la estructura del tipo agravado, resulta más adecuada a la función protectora del bien jurídico una interpretación en el sentido de que solamente sería posible aquí el "cohecho pasivo propio"; para el "cohecho impropio" habría lugar cuando la conducta del sujeto activo se refiera a actos de discrecionalidad funcional.

La materia de la decisión funcional puede consistir en la resolución final o en la resolución de otras cuestiones controvertidas aunque no impliquen todavía la resolución final¹¹⁴².

1142. Similar, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 365; 2.ª ed., p. 399. 3.ª ed., p. 504.

— ASUNTO SOMETIDO A SU CONOCIMIENTO. En la doctrina argentina se distingue entre asuntos sometidos a la "competencia" y al "conocimiento". En este último caso, no interesaría que el funcionario sea legalmente competente, sino que el asunto haya sido puesto bajo sus potestades, según la jurisdicción que tiene¹¹⁴³. Ejemplo: funcionario que recibe, sin tener competencia geográfica, un asunto que éste resuelve luego a favor de quien le otorga sobornos.

No obstante, esta interpretación no parece ser coherente con el actual entendimiento del bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública: si el funcionario no tenía competencia para resolver, no era posible que su "imparcialidad" se viera afectada. En estos casos solamente puede haber una "tentativa inidónea" de "cohecho pasivo", aunque pueda subsumirse la conducta dentro de otros tipos penales: abuso de autoridad, usurpación de funciones ajenas, falsedad documental, estafa.

Luego, el tipo agravado exige que el funcionario público deba *tener competencia para resolver el asunto* que ha sido materia de la "compraventa" ilícita.

— TEMPORALIDAD. Se trata de un *cohecho antecedente*, pues el "influjo" solamente puede darse antes de que el funcionario resuelva el asunto que está conociendo. Forzosamente la temporalidad es pues futura.

— TIPO SUBJETIVO. Es inmanente al tipo penal el *dolo directo*¹¹⁴⁴. El funcionario debe conocer, además, que la "ventaja" se da para "influir" en su decisión. En el caso de la modalidad de "solicitar" dicho elemento subjetivo se da automáticamente.

1143. Cfr. CREUS, p. 291 y s.

1144. También FIDEL ROJAS, basándose en la exigencia típica de que el delito se cometa "a sabiendas", ver 1.ª ed., p. 365; 2.ª ed., p. 400, 3.ª ed., p. 504 y s.

— La PENALIDAD es de 6 a 15 años e inhabilitación especial: privación de la función pública, prohibición de ejercer función pública e inhabilitación para ejercer profesión (art. 36, numerales 1, 2 y 4) y multa de 180 a 365 días. En el caso de la inhabilitación se prevé, además (innecesariamente), el procedimiento que se debe seguir: la comunicación al Colegio respectivo y la obligación, bajo responsabilidad, de éste. La agravación de la pena en relación con otros funcionarios públicos que cometen "cohecho pasivo" está justificada. Aquí hay también un atentado contra la "imparcialidad" y el "carácter público" de la función, pero, además, los actos del funcionario tienen una especial trascendencia debido a la función específica que cumple en la Administración de Justicia¹¹⁴⁵.

La CONSUMACIÓN se da también de manera diferenciada, según se trate de "solicitar" (con la mera solicitud) o de "aceptar" (al recibir el bien o, en caso de promesas, sin importar que se haya recibido el bien). En ninguno de los casos es posible la TENTATIVA. En el caso de la "solicitud", antes de ésta no existen actos autónomos que constituyan un injusto penal; en el caso de "aceptar promesas" y "aceptar bienes", en realidad, tampoco es posible la tentativa, pues los actos que la constituirían, o bien ya son abarcados por la modalidad de "solicitar", o bien todavía no constituyen ningún acto externo reconocible que merezca reproche penal¹¹⁴⁶. Para la consumación no importa que el funcionario haya dado la resolución en el sentido que el interesado buscaba.

1145. Criticando el artículo 422 C.P. español que solamente está concebido (innecesariamente) como una cláusula de extensión de la autoría para los jurados, árbitros y peritos", y reclamando más bien tipos agravados para jueces y funcionarios políticos, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1859 y s.; 1999, p. 1252.

1146. Fidel ROJAS, quien acepta la tentativa en todos los casos, ver 1.ª ed., p. 366; 2.ª ed., p. 400, 3.ª ed., p. 505.

En el caso de los "magistrados" y "fiscales" puede haber CONCURSO con el delito de "prevaricato" cuando el sujeto activo "tuerza" la ley. Pero hay que observar que ambas figuras tienen distintos momentos consumativos: el "cohecho pasivo agravado", cuando se produce el pacto venal; el prevaricato, cuando se dicta la resolución o dictamen prevaricadores¹¹⁴⁷.

3.4.9.3 Cohecho del secretario judicial o auxiliar de justicia

El tipo del artículo 396, tal como se ha estructurado, constituye no solamente una atenuación de la agravación anterior, sino incluso del tipo básico del "cohecho pasivo propio". No se conocen modelos similares en la legislación comparada, y ello es comprensible, pues este tipo penal presenta serias deficiencias.

— SUJETOS ACTIVOS. El artículo 396 se refiere a un *secretario judicial, auxiliar de justicia o cualquiera que desempeña un cargo similar*. El caso de estos últimos no debe confundirse con las simples "secretarías", los policías adscritos, oficinistas o demás personal que labora en las dependencias del funcionario competente y cuyo trabajo no constituya un trabajo técnico. En cambio, los secretarios de Juzgado o de Tribunal, los relatores y auxiliares o técnicos judiciales sí cumplen con un trabajo profesional que podría influir en una decisión del magistrado, fiscal u otro. P. ej., el químico que trabaja con el perito grafotécnico y que se dejan sobornar para informar a éste que no ha encontrado muestras de lavado químico en un cheque supuestamente adulterado.

— CONDUCTA TÍPICA. El artículo 396 "equipara" el tipo del 395 a personas que no pueden ejecutar las mismas acciones que los sujetos activos de este tipo penal¹¹⁴⁸. En efecto, ningún

1147. En el mismo sentido, CREUS, quien habla de "concurso material", p. 296.

1148. Así lo nota también FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 368; 2.ª ed., p. 402, 3.ª ed., p. 508.

“secretario o auxiliar judicial” puede dictar resoluciones. Luego, debe entenderse que la conducta típica solamente puede consistir en una propia de las funciones específicas de estas personas: solicitan o aceptan donativos, promesas o ventajas para realizar *un acto que influya luego en una decisión de los sujetos del artículo 395 sin dolo de estos*¹¹⁴⁹; p. ej., un informe, un proyecto, etc. No se trata de que el funcionario, por sí mismo, influya dolosamente en la infracción dolosa del magistrado, fiscal, etc.; en este caso habrá inducción del auxiliar al delito del artículo 395.

— TIPO SUBJETIVO. Al igual que en el artículo 395, solamente tiene cabida el *dolo directo*¹¹⁵⁰.

— PENALIDAD. La pena será no mayor de 4 años. Es decir, el tipo penal no solamente resulta atenuado en relación con el artículo 395, sino incluso con el tipo genérico de “cohecho pasivo”. Semejante ventaja para estos funcionarios es incomprensible por cuanto, pese a que su injusto es más grave que los demás funcionarios públicos, a éstos se les va a imponer penas mucho mayores.

3.4.10 Modalidades específicas de cohecho activo (arts. 398 a 398-B)

Artículo 398.- El que hace donativo, promesa o cualquier otra ventaja a un magistrado, árbitro, fiscal, miembro de tribunal administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

1149. Acertadamente, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 369; 2.ª ed., p. 403, 3.ª ed., p. 509 y s.

1150. Igual, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 369; 2.ª ed., p. 403, 3.ª ed., p. 510.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

[Modificado por la Ley 26643 de 26-06-96].

Artículo 398-A.- Si en el caso del artículo 398, es abogado el agente del delito de corrupción de un magistrado, árbitro, fiscal, miembro del tribunal administrativo o de cualquier otro análogo, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 al 8 del artículo 36 del Código penal, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el abogado a un testigo, perito, traductor, intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código penal, y con noventa a ciento veinte días-multa.

[Modificado últimamente por la Ley 26643 de 26-06-96].

Artículo 398-B.- La inhabilitación que como accesoria de la pena privativa de libertad prevista en el artículo anterior se imponga a los autores del delito de corrupción de magistrados será puesta en conocimiento de la Corte Superior de Justicia respectiva y del Fiscal Superior Decano para que en el caso del inciso 8 del artículo 36 se proceda a anular el asiento de inscripción en el Libro de Registro de Títulos, así como del Colegio de Abogados del distrito judicial correspondiente y de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, en el plazo de cinco (5) días para la suspensión o anulación de la colegiación.

Igualmente, la inhabilitación impuesta de acuerdo al inciso 8 del artículo 36 será puesta en conocimiento de la universi-

dad que otorgó el título profesional de abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días, proceda a la cancelación.

[Artículo incorporado por la Ley 25489 de 10-05-1992].

3.4.10.1 El Cohecho activo agravado (art. 398, primer párrafo)

Este tipo penal constituye la contraparte del "cohecho pasivo" del artículo 395, pues, a excepción del "perito", en esta modalidad específica de cohecho activo el sujeto precisamente *compra* la función pública de un "magistrado, árbitro, fiscal o miembro de tribunal administrativo o de otro análogo". Por cierto que, como todo cohecho activo, esta figura es autónoma del "cohecho pasivo"; es decir, existe independientemente de que el funcionario acepte el soborno.

Brevemente los elementos típicos son los siguientes:

— SUJETO ACTIVO. Es cualquier persona, menos el abogado, para quien existe una figura penal específica en el artículo 398-A.

— ACTO DE CORRUPCIÓN. A diferencia del "cohecho activo" del artículo 399, aquí el legislador no adelanta las barreras del tipo penal. Se precisa que el sujeto entregue o prometa la entrega de un donativo o ventaja. Además, el tipo penal presupone la convergencia o concurrencia necesaria; es decir, aquí se parte de que el sujeto activo ha acordado con el funcionario la "compra-venta" de la función pública y precisamente por ello "hace" la entrega o la promesa¹¹⁵¹.

El *acto corruptor* debe dirigirse a un "magistrado", un árbitro, un fiscal o un miembro de tribunal administrativo o de otro análogo. Al respecto, valen las observaciones para el artículo 395.

1151. Igualmente, Fidel Rozas, 1.ª ed., p. 377; 2.ª ed., p. 411, 3.ª ed., p. 520.

Pero además, dado que el tipo penal precisa que solamente es aplicable el tipo cuando el influjo se dirija a la "resolución final" de un proceso ("decisión de un proceso pendiente de fallo"), las acciones referidas a otras decisiones del funcionario solamente serán típicas como "cohecho activo común" (art. 399). En el caso del "fiscal", el acto corruptor solamente puede dirigirse a su dictamen final previo a la sentencia del juez. No puede ser típico del supuesto agravado el cohecho activo referido al dictamen final de la etapa investigatoria en los delitos "ordinarios", pues en ese caso no existe aún un proceso pendiente de fallo.

— ILEGALIDAD. El acto corruptor se dirige a "influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo". Esto solamente puede referirse al *cohecho activo propio*, es decir, a lograr que el funcionario *falle* favoreciendo al corruptor e infringiendo deberes funcionariales¹¹⁵². Obviamente, esto deja fuera del supuesto agravado los casos de "libre arbitrio" o "discrecionalidad"; p. ej., en los jueces penales cuando la ley les permite un plazo para emitir su fallo o se les permite fallar según los "dictados de su conciencia". No obstante, tampoco hay impunidad si estos hechos llegaran a probarse, pues siempre puede ser aplicable el tipo básico de "cohecho activo impropio" (art. 399, segundo párrafo).

— DONATIVO, PROMESA o cualquier otra VENTAJA. Al igual que en los casos anteriores, el medio corruptor consiste en un bien individualizable con contenido patrimonial (donativo) o en cualquier otra prestación, con contenido patrimonial o no, transmisible o no (ventaja).

— TEMPORALIDAD. Los actos corruptores solamente buscan actividades futuras, o sea el tipo se refiere al *cohecho activo antecedente*. No se tipifica el cohecho subsiguiente.

1152. De manera similar, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 379; 2.^a ed., p. 413, 3.^a ed., p. 522.

— TIPO SUBJETIVO. Solamente es posible el *dolo directo*¹¹⁵³.

La CONSUMACIÓN se produce con la entrega del donativo o la ventaja, o en el momento en que se realiza la promesa de la entrega futura de un donativo o de la prestación de una ventaja. De manera similar al tipo básico, puede pensarse en la posibilidad (aunque discutible por su practicabilidad) de la TENTATIVA en ambos casos cuando la conducta del sujeto activo no haya llegado todavía al conocimiento del funcionario público.

En los casos no comprendidos por el tipo como "acto corruptor específico" (cuando se dirija a actividades funcionariales distintas de la resolución final), la tentativa será ya consumación del tipo genérico de "cohecho activo" (art. 399).

3.4.10.2 Cohecho activo atenuado (art. 398, segundo párrafo)

Este tipo penal no se refiere al supuesto genérico del artículo 399, sino al del primer párrafo del artículo 398. El criterio utilizado para la atenuación se basa en el tipo de funcionario hacia quien va dirigido el acto corruptor. Ciertamente, al igual que su contraparte del artículo 396, el legislador comete aquí el error de no vincular la atenuación al tipo básico del artículo 399. Pero en la atenuación del artículo 398, la menor pena prevista (de dos a cuatro años) es por lo menos explicable, puesto que el tipo genérico de "cohecho activo" es de emprendimiento, mientras que el del artículo 398, segundo párrafo, contiene figuras de "mera actividad" (hacer promesa) y de "resultado" (hacer donativo o ventaja).

La menor gravedad de la pena se debe a que el funcionario que se soborna no es uno encargado de fallar o dictaminar antes del fallo de un asunto jurisdiccional o administrativo controvertido.

1153. También Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 380; 2.^a ed., p. 414, 3.^a ed., p. 523. Pero admite, sin más explicaciones, el dolo eventual para el "sujeto especial".

El *acto corruptor* debe ir dirigido a cualquier contribución dentro del proceso del "perito", "traductor" o "intérprete" que influyan en la decisión del juez, el fiscal, el árbitro o el miembro de un tribunal administrativo u otro análogo¹¹⁵⁴; p. ej., una pericia psiquiátrica, una pericia técnica sobre el estado de un vehículo que causó un accidente, una interpretación tendenciosa de la instructiva, etc.

No se precisa que los actos de estas personas sean realizados inmediatamente antes del fallo; basta con que su influjo se actualice en el momento de fallar y sirva de base para la resolución final.

3.4.10.3 *Corrupción activa del abogado (art. 398-A)*

El origen de este tipo es incierto y tampoco estuvo previsto en el texto original del Código; recién fue añadido por la Ley 25489 de 10-05-1992.

Ciertamente, el *abogado*, encargado de velar por la defensa de los ciudadanos, por la justicia y el cumplimiento de las leyes, merece un mayor reproche que cualquier otro ciudadano cuando recurre a actos de corrupción. Pero, para ello deben ser aplicables (además de las penas por "cohecho activo") las consecuencias previstas por su propio Colegio. Además de que esta disposición penal implica un "Derecho penal de autor"¹¹⁵⁵, resulta una imposición abusiva que el Legislador penal dicte pautas de procedimiento al Colegio de Abogados, bajo amenaza de responsabilidad, para realizar las funciones propias de su organización.

1154. En este sentido también Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 381; 2.^a ed., p. 415, 3.^a ed., p. 525.

1155. Críticamente también Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 385; 2.^a ed., p. 419, 3.^a ed., p. 529 y s.

Haciendo un paralelo con el artículo 398, el legislador distingue según si el acto corruptor del abogado se dirige hacia funcionarios que intervienen decisivamente en un fallo (magistrado, árbitro, fiscal, miembro de tribunal administrativo u análogo) o si se dirige a un testigo, perito, traductor, intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional. En el primer caso, la pena será de cinco a diez años, multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días y distintas formas de inhabilitación (art. 36, numerales 1 a 8), entre las que destaca la privación del grado profesional (art. 36, numeral 8). En el segundo caso, solamente se prevé una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, noventa a ciento veinte días-multa e inhabilitación para ejercer la profesión (art. 36, numeral 4), pero no la cancelación del título profesional.

El artículo 398-B prevé simplemente el procedimiento a seguir para la CANCELACIÓN DE LA COLEGIACIÓN del abogado, y para el primer supuesto, la "cancelación" (anulación) del "título profesional".

Hay que observar que aquí la "inhabilitación" está prevista expresamente para el sujeto activo (abogado), pese a que ya para todo el Capítulo II de los delitos contra la Administración (sin especificar el sujeto activo) Pública, el artículo 426 prevé más adelante la medida. Siguiendo el principio de la "especialidad", debe entenderse que el artículo 426 no es aplicable para los casos en que el corruptor activo sea el abogado; para él rigen los artículos 398-A y 398-B, lo cual permite, además, un manejo más flexible de las "inhabilitaciones", pues estas disposiciones, a diferencia del artículo 426, permiten la aplicación de cualquier tipo de inhabilitación y no limitan la duración de la medida a un marco de u a tres años. En este caso, debe regir también el artículo 39, es decir, la "inhabilitación" que se imponga al abogado será "accesoria" (como "abuso de profesión") y su tiempo de duración será igual que el tiempo de la pena principal.

3.4.11 Negociación incompatible con el cargo (art. 397)

Artículo 397.- El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

[Texto modificado por la Ley 27074 de 26-03-99: introdujo el término "indebidamente"]

Esta figura es muy similar a otro tipo penal ya previsto en el C.P. como una modalidad de "concusión": el "fraude a la Administración Pública" (también llamado "colusión ilegal") del artículo 384. Aquí se trata ahora de una modalidad de cohecho, lo cual no resulta pertinente, pues, como ya se dijo, el cohecho presupone una "contraprestación", mientras que este tipo del artículo 397, no debería exigirla.

La fuente es indudablemente argentina (art. 265 C.P., primer párrafo, C.P. de 1922), pero allí se trata a esta figura en un capítulo independiente dedicado a las "negociaciones incompatibles" y, por otro lado, no se tiene allá un tipo penal de "patrocinio ilegal" como el que existe aquí en el artículo 385 C.P., ni tampoco se tiene un tipo penal específico de "fraude al Estado" (colusión ilegal) del funcionario que intervenga en contratos, suministros, concursos públicos, etc., tal como existe en el artículo 384 C.P. peruano. Evidentemente, estas realidades legales no fueron tomadas en cuenta por nuestro legislador, quien irreflexiva y asistemáticamente introdujo tipos penales guiándose por fuentes extranjeras.

Los elementos típicos del tipo básico argentino sobre "negociaciones incompatibles" —con algunas diferencias— son casi idénticos a los del tipo penal peruano, incluyendo la penalidad: 6 años de *máximo* más inhabilitación absoluta en el tipo argentino y 5 años en el peruano, sin inhabilitación. Además, la fuente argentina prevé una cláusula de extensión de la autoría a los peritos,

árbitros, etc., la cual nuestro legislador ha trasladado a los delitos de concusión (art. 386). El artículo 345 del C.P. peruano de 1924 era mucho más fiel a la redacción argentina; y también evitaba las incongruencias del actual.

También el C.P. colombiano, en el artículo 145 prevé una figura similar conocida como "interés ilícito en la celebración de contratos", aunque allí el legislador ha procedido de manera más sistemática y lógica, incluyendo el tipo penal en el capítulo "celebración indebida de contratos", junto los tipos penales de "violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades" (art. 144) e "inobservancia de los requisitos legales para contratar" (art. 146). Por cierto que el C.P. colombiano evita la superposición de tipos penales, pues no prevé, como el peruano, las figuras de "patrocinio ilegal" ni de "fraude a la Administración Pública".

Igualmente puede tomarse como fuente al artículo 401 del C.P. español ya derogado (texto refundido en 1973), el artículo 324 del C.P. italiano de 1830 (artículo derogado en 1990) y, sobre todo, el artículo 175 del C.P. francés de 1810¹¹⁵⁶. El nuevo C.P. español posee un supuesto similar al peruano denominado "negociación y actividades prohibidas al funcionario público" en el artículo 439, y una cláusula de extensión de la autoría a los "peritos, árbitros y contadores partidores" en el artículo 440. A diferencia del nuevo texto legal español, el artículo 401 del C.P. español antiguo se aproxima mucho más al tipo penal peruano¹¹⁵⁷.

1156. Ver sobre el origen de este tipo penal el análisis de Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 410; 2.ª ed., p. 444, 3.ª ed., p. 584.

1157. El artículo 401 del C.P. español derogado decía lo siguiente:
"El funcionario público que, directa o indirectamente, se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa del tanto al triplo del interés que hubiere tomado en el negocio."
"Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares,

En cuanto al OBJETO del bien jurídico, aquí salta a la vista a habido un adelantamiento de las barreras del Derecho pen el objeto de prevenir (mediante una *figura de peligro*) que cionario atente contra el "patrimonio estatal" aprovechán- de la función pública¹¹³⁸. Es así que esta figura supone, en parte, una conducta previa al "fraude a la Administración a". En ambos casos, el funcionario atenta contra el correcto namiento de la Administración Pública a través de una vio- de la *imparcialidad* que debe guiar sus actuaciones cuando enga en un contrato u operación económica representando ereses de la Administración Pública¹¹³⁹. Otros autores bus-

respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido, y a los tutores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias".

En sentido similar Carlos MIR, p. 354.

En ese sentido, SANCINETTI, quien acepta el entendimiento tradicional de que el bien jurídico estaría constituido por "la imparcialidad de la Administración Pública y el prestigio de los funcionarios", pero admite también que mediatamente se busca proteger también el interés económico de la administración; p. 72. También MUÑOZ CONDE, refiriéndose a la "imparcialidad de la Administración en los negocios privados", p. e., p. 880. De manera similar en la doctrina española referida al artículo 401 del C.P. derogado, ORTS BERENGUER, se refería al "interés general porque todos puedan concurrir en igualdad de condiciones" a las operaciones donde participa el funcionario, sin que nadie se aproveche de su especial situación, ver en COBO/VIVES y otros, p. 498. En la tercera edición de su obra, Fidel ROJAS critica expresamente esta posición (*Ibidem*, p. 586), pues entiende que el funcionario no podría nunca actuar "imparcialmente", sino "en estricta sujeción a los intereses públicos" (*Ibidem*, p. 586). Pero precisamente la "imparcialidad" es un interés público que el mismo autor ha fundamentado para los tipos de "corrupción de funcionarios" (*Ibidem*, p. 455 y s.); y la "negociación incompatible" está e *lege lata* dentro de ese capítulo. Por lo demás, el autor parece entender la "imparcialidad" como una actitud neutral ante una confluencia de intereses distintos y no —como entiende la doctrina que invoca este bien jurídico— como un actuar exclusivamente ajustado a las leyes, sin dejarse influenciar por fuerzas políticas o intereses privados (ver aquí 3.4.4).

can concretar el bien jurídico directamente protegido refiriéndose a la "fidelidad" ("lealtad") o el "desinterés" (en el sentido de no tener un interés privado) que debe guiar al funcionario en el desempeño de sus actividades funcionariales¹¹⁶⁰. Pero esto no explica el objeto hacia el cual se dirige el ataque, sino la actitud del propio funcionario. En cambio, resultaría demasiado etéreo hablar aquí de una "pureza de la administración" como bien jurídico específico¹¹⁶¹.

La existencia de esta figura es vista críticamente al existir otros tipos penales que cubrirían los casos que ella pretende abarcar¹¹⁶². En el caso peruano, el "fraude a la Administración Pública"

1160. FONTÁN BALESTRA, p. 296; remitiéndose a doctrina italiana, FIDEL ROJAS, 1.^a ed., p. 410 y s.; 2.^a ed., p. 444 y s. En la tercera edición este último autor abandona la tesis de la protección de "deslealtades", pero agrega a la "imagen de la administración ante la ciudadanía" como interés protegible (p. 585).

1161. Se refiere a esto CARLOS MIRA, p. 355. Pero hay que tener en cuenta que la doctrina española se halla en la dificultad de precisar el bien jurídico para conductas tan disímiles como las que prevé el C.P. de 1995: no solamente se prevé en el artículo 439 un tipo penal "negociación incompatible" similar al peruano, sino también uno de "solicitud sexual" en el 443, que parece más bien una modalidad de "concusión". Para el artículo 401, primer párrafo del antiguo C.P. español, sí afirma este autor que se trata de un atentado contra la "imparcialidad" frente a los administrados; ver p. 357, 358 (en cuanto a los casos en los que los sujetos activos no son funcionarios públicos).

1162. Similar crítica en FERREIRA DELGADO contra el artículo 145 C.P. colombiano de 1980. Allá los supuestos del "interés ilícito" (art. 145) estarían abarcados ya por la "violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades" del artículo 144; ver p. 106. El C.P. colombiano no tiene un tipo penal específico de "fraude a la Administración Pública" como el peruano. En igual sentido MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, para quienes los tipos de cohecho, tráfico de influencias y fraude del artículo 436 C.P. español, cubrirían los casos que la "negociación incompatible" quiere cubrir; en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1911. Obsérvese que el tipo español de "fraude a la Administración Pública" (allá, el art. 436, aquí, nuestro art. 384) también abarca conductas "unilaterales"; al respecto ver *supra* 3.2.5. En el Perú, FIDEL ROJAS defiende la existencia de este tipo penal y solamente critica su ubicación, exigiendo una sección independiente referida a "las negociaciones e

del artículo 384 podría abarcar, ya como tentativa, los supuestos de "negociación incompatible" cuando ésta se base en la contractualidad. Pero si se tratara de una conducta unilateral, solamente habría una tentativa o, eventualmente, actos preparatorios de una "estafa". Estos, además de otros de menor contenido de injusto, parecen ser los casos que el legislador habría querido cubrir con el artículo 397.

Los elementos típicos son los siguientes:

— **SUJETO ACTIVO.** Se trata de un "funcionario o servidor público", pero no de cualquier funcionario, sino solamente de aquél que tiene legítimamente a su cargo el "contrato" o la "operación" para la Administración Pública¹¹⁶³. Luego, no se da este delito cuando el funcionario realizara contratos privados, así invoque en ellos su calidad de funcionario, ni tampoco cuando el funcionario realizara la acción en el marco de actividades administrativas ilícitas, que no son legítimas¹¹⁶⁴. Algún sector de la doctrina considera que no debería interesar la "competencia interna" del funcionario, sino solamente la "imputabilidad externa", es decir, que la conducta

incompatibilidades de los funcionarios y servidores públicos; además, critica mi afirmación de que el tipo de negociaciones incompatibles podría constituir una tentativa de la "colusión defraudatoria", pues en este último tipo penal habría un elemento inexistente en aquél: la "concertación", ver 3.ª ed., p. 585. Sin embargo, tal vez debido a la mala redacción de la idea en la primera edición (no usé el condicional, tal como ahora sí hago), esta crítica de ROJAS ha pasado por alto la aclaración que viene más adelante al analizar los casos de "concurso". En efecto, precisamente hago un esfuerzo interpretativo para delimitar las figuras de "patrocinio ilegal" (art. 385), "cohecho" (393 y ss.) y "fraude al Estado" o "colusión ilegal" (art. 384), y precisamente menciono el argumento que ahora usa ROJAS para hacer la delimitación con esta última figura (1.ª ed., p. 459 y s.). La ubicación del tipo penal es efectivamente deficiente y debería ser cambiada en el sentido que recomienda Fidel ROJAS.

1163 Así también Fidel ROJAS, 3.ª ed., p. 586.

1164. CREUS, p. 374 y s.

del funcionario, así se haya atribuido funciones de otros, haya llevado a obligar civilmente a la administración¹¹⁶⁵. Pero esta interpretación ni satisface la literalidad del tipo penal ("... en que interviene por razón de su cargo") ni tampoco es necesaria por política criminal. El C.P. peruano conoce tipos penales de "usurpación de funciones ajenas" (art. 361, primer párrafo, tercera modalidad) y el "patrocinio ilegal" de intereses particulares (art. 385) que precisamente podrían abarcar estos casos.

Cuando un sujeto intervenga inicialmente como particular en una operación con la Administración Pública y, en medio de estas actividades, es precisamente designado como funcionario para llevarla a cabo, deberá o bien apartarse de la función pública o apartar su interés particular. Cuando el contrato ya haya sido celebrado y solamente falte su ejecución, la doctrina exige que el sujeto cumpla con el contrato a través de representantes legales o delegue la función pública específica a sus reemplazantes legales¹¹⁶⁶. No obstante, si el funcionario continuara en la ejecución del contrato, y lo hiciera sin parcializarse a favor de intereses privados, no se ve cómo pueda darse la tipicidad del delito.

No es indispensable que el sujeto activo realice la acción típica por sí mismo; es posible (y común) que esto se haga a través de una *persona interpuesta*¹¹⁶⁷, pero en este caso, dicha persona solamente responderá a título de partícipe por carecer de la cualidad de funcionario público.

— INTERESARSE. La conducta típica significa intervenir "como particular interesado en determinada decisión o actuación

1165. SANCINETTI, tratando de comprender en el tipo penal conductas frecuentes que de otro modo quedarían impunes según el C.P. argentino, p. 82 y s.

1166. CREUS, p. 379.

1167. Así, ya por exigencias del propio tipo penal argentino (art. 265), FONTÁN BALESTRA, p. 297.

de la administración (...), volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa"¹¹⁶⁸. Como el "interés" se produce dentro del "contrato" u "operación" que tiene a su cargo el funcionario, se dice que habría un "desdoblamiento": en una misma operación el funcionario interviene como representante del Estado y como particular interesado¹¹⁶⁹.

No bastaría, entonces, con "parcializarse", es decir, con asumir una postura de excesivo celo en favor de la parte que se representa (la Administración Pública), pues incluso si esta postura llevara al fracaso del contrato o de la operación (con el consiguiente perjuicio para la Administración) sólo habría falta administrativa.

Por otro lado, el "interesarse" puede ser interpretado en dos sentidos distintos: como la "obtención del interés" o como "actuación interesada" (actuar con "tendencia beneficiante"). Sólo esta última puede ser la interpretación correcta, pues el verbo rector no se refiere a ninguna conducta de resultado¹¹⁷⁰. La obtención del beneficio puede, por lo demás, ser abarcada por figuras autónomas como el "fraude a la Administración Pública" o "colusión ilegal" (art. 384) o el "peculado" (art. 387).

La doctrina argentina discute si el "interés" del funcionario debe ser *directo*, para sí, o también puede darse a favor de un tercero. Pudiera parecer que el "interesarse" solamente se refiere a una actuación interesada del funcionario público que buscaría un

1168. CREUS, p. 371.

1169. CREUS, p. 370 y s.; Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 414; 2.^a ed., p. 448, 3.^a ed., p. 590 y s.

1170. Ver el análisis y la interpretación correcta de SANCINETTI, p. 74 y s.; también en la doctrina española antigua referida al artículo 401, primer párrafo del C.P. derogado, donde el interés era entendido como "tomar interés" (propio) en el sentido de una mera actividad, al respecto, Carlos MIR, p. 356 y s.

beneficio privado para sí mismo. Pero si se interpreta correctamente que "interesarse" implica hacer intervenir en los contratos u operaciones un interés propio y particular; situarse ante ellos, no sólo como funcionario, sino conjuntamente, como particular interesado en una determinada decisión o actuación de la Administración, será irrelevante que el funcionario busque beneficiarse a sí mismo o beneficiar a un tercero¹¹⁷¹. Lo que interesa no es a quién beneficia la actuación ilegal del funcionario público, sino que ésta se haya producido en contra del deber de actuar a favor de los intereses de la Administración Pública. Entender que el "interés" del funcionario solamente debería referirse a él mismo, llevaría innecesariamente a hacer inaplicable el tipo penal, precisamente, en los casos más frecuentes y de mayor entidad, en los cuales el funcionario actúa para favorecer empresas con las cuales tiene vínculos que no pueden probarse¹¹⁷². En este caso, el bien jurídico ha sido afectado de la misma manera que cuando la conducta funcional, probadamente, sólo se dirigió a beneficiar al propio funcionario¹¹⁷³.

Por ejemplo, el representante del Estado designado para contratar el suministro de determinados productos que busca beneficiar unilateralmente a determinada empresa. No se necesita probar que el funcionario se "concertó" con la empresa beneficiada (en tal caso habría "fraude a la Administración Pública" del art. 384), sino solamente que el funcionario mostró dicho interés particular con actos concretos.

1171. CREUS, p. 371; igualmente, tras una amplia interpretación del elemento, SANCINETTI, 77 y ss., p. 80 y s. En cambio, en la doctrina española antigua, referida al artículo 401, primer párrafo, C.P. derogado, prevalecía la opinión de que solamente era posible un "interés personal" del funcionario; al respecto c. más ref., Carlos MIR, p. 357 y s.

1172. SANCINETTI, p. 80 y s.

1173. SANCINETTI, p. 81.

Por otro lado, no será típica la conducta del funcionario que, como titular de una empresa privada, realizara un contrato con la Administración Pública a través de gestiones en las que él participa por sus propias funciones, si tal contratación se llevara a cabo sin que su conducta funcional haya influido en un mayor beneficio para la empresa privada del que ésta hubiera obtenido si la contratación se hubiera llevado a cabo por otro funcionario que hubiera actuado correctamente. Lo que se reprocha no es la contratación del funcionario (por sí mismo o a través de otros) con la administración, sino "el condicionar la voluntad negocial de la administración a fines no administrativos (desviación de poder)"¹¹⁷⁴.

— CARÁCTER DEL INTERÉS. La mayor parte de la doctrina sostiene que el interés debería ser de carácter económico (p. ej., no lo sería el "interesarse" por un título honorífico); para otros, lo que importaría para el delito no sería la naturaleza del interés, sino la injerencia de un interés particular en el accionar administrativo del funcionario¹¹⁷⁵. Para CREUS esta discusión deriva de una confusión entre el contenido y la finalidad del "interesarse". Dado que los mismos elementos de "contrato u operación" aluden a algo con *contenido económico*, la pretensión que constituya el interés privado ilícito será también económica, sin interesar cuál sea la finalidad concreta que guíe al funcionario (p. ej., amistad con el interesado final o enemistad con el perjudicado)¹¹⁷⁶. Esto es válido también para el tipo peruano.

1174. SANCINETTI, p. 82.

1175. Al respecto ver en CREUS, p. 372. Siguen la tesis del "contenido económico" del "interés", FONTÁN BALESTRA, p. 299; FIDEL ROJAS, 1.ª ed., p. 413; 2.ª ed., p. 447, 3.ª ed., p. 589, 3.ª ed. También SANCINETTI, quien, sin embargo, advierte que, aunque la interpretación amplia es posible, los casos prácticos relevantes se refieren a actuaciones de funcionarios persiguiendo intereses económicos, p. 76 y s.

1176. CREUS, p. 372.

El "interés" personal del funcionario se puede manifestar de distintas formas: *directamente*, o sea a título personal o *indirectamente*, por intermedio de mandatario o una persona interpuesta, o *por acto simulado*. En realidad, el acto simulado alude también a una forma indirecta de "interesarse", pues aquí se quiere hacer aparentar que es otro el interesado cuando en realidad el interesado es el funcionario; p. ej., la inclusión en la negociación de una empresa inexistente¹¹⁷⁷.

El "interesarse" constituye una acción positiva. La doctrina considera teóricamente posible un "interesarse" por *omisión impropia*, pero poco probable en la práctica¹¹⁷⁸.

El "interesarse" siempre debe implicar un *peligro para el patrimonio de la Administración Pública*. Si en los hechos, el funcionario hubiera favorecido intereses propios o de terceros que resultaron favorables económicamente a la Administración Pública habrá coincidencia de intereses, pero no tipicidad de la conducta. P. ej., tendría que ser atípico el caso de la jurisprudencia española, en el cual el Alcalde de un municipio intervino en la adjudicación de un contrato de suministros de computadoras y donde resultó favorecida la empresa de su esposa, pero habiendo sido necesaria dicha adquisición, la cual, por lo demás, resultó económicamente favorable para el Ayuntamiento¹¹⁷⁹. No debe bastar una mera in-

1177. Ésta es la interpretación de la fuente argentina que indica textualmente: "directamente, por persona interpuesta o por acto simulado"; ver CREUS, p. 373; también en la doctrina española antigua sobre el artículo 401 del C.P. derogado, ver ORTS BERENGUER, en COBO/VIVES y otros, p. 498.

1178. CREUS, p. 378. Fidel ROJAS considera posible la "omisión" en la modalidad de "acto simulado", 1.ª ed., p. 417, pregunta 2; 2.ª ed., p. 451, pregunta 2, 3.ª ed., p. 593, pregunta 2.

1179. Criticando la "interpretación formal" de la jurisprudencia española que condenó en este caso, ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1910, 1911 *in fine*.

fracción del "deber de abstención" del funcionario público; su conducta debe ser idónea para perjudicar a la Administración Pública.

Esto no quiere decir que la conducta se legitime con un beneficio ulterior para la Administración Pública; en toda actividad del funcionario debería estar en mente el beneficio para la Administración Pública; si ello no es así, se habrá producido el peligro abstracto (en el sentido de "idoneidad" de la conducta) para el patrimonio de ésta, por más que ulteriormente debido a un hecho imprevisible se haya visto favorecida¹¹⁸⁰.

Finalmente, habría que hacer una crítica a la *técnica legislativa* en este tipo penal. Como se ha visto, la descripción típica de la conducta basada en el verbo rector "interesarse" no deja de ofrecer demasiadas inseguridades en la interpretación, pese a los esfuerzos interpretativos. Cumpliría mejor, por ello, con el "principio de taxatividad" describir expresamente las conductas reprochables del funcionario público referidas a atentados contra su "deber de imparcialidad". Así el nuevo C.P. español ha abandonado la figura prevista en el artículo 401 del C.P. antiguo (similar a la peruana) y ahora, de manera más precisa, ha introducido todo un capítulo referido a "negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función". Y en este grupo de delitos destacan dos equivalentes a nuestra "negociación incompatible": la "participación indebida en negocios o actuaciones" cometidos por funcionarios públicos mediante apro-

1180. Solamente en este sentido coincido con la opinión inicial de Fidel Rojas, 1.^a ed., p. 417, pregunta 6; 2.^a ed., p. 451, pregunta 6. En la tercera edición, el autor admite casos-límite de mayor beneficio para la Administración Pública, en los cuales hace valer el principio de mínima intervención para dejar el ilícito en la esfera administrativa, ver *Ibidem*, p. 591 y s., 594, pregunta 6. El resultado al que arriba es el mismo que el que yo propongo desde la primera edición a través del elemento "idoneidad" (ver 1.^a ed., p. 452 y s.).

vechamiento del cargo (art. 439) o por peritos, árbitros y contadores partidores, aprovechándose de la función que se les haya encomendado (art. 440). Además, se prevé un tipo similar a nuestro "patrocinio ilegal" referido a la "violación grave de la incompatibilidad de la función pública con actividades privadas" (art. 441) y un tipo más completo que el nuestro sobre "abuso de información privilegiada" (art. 442) y otras figuras inéditas para nuestra legislación: las "solicitaciones de carácter sexual" (arts. 443 y 444).

— CONTRATOS u OPERACIONES. Mediante esta mención expresa se excluye cualquier acto de administración. Solamente se trata de aquellos actos enmarcados dentro de un proceso de contratación, en el sentido civil, o de una "operación" de carácter económico en la que, a diferencia del contrato, la Administración actúa unilateralmente, a título singular (subastas, expropiaciones, incautaciones, comisos, licitaciones, etc.)¹¹⁸¹. En el primer caso, la Administración actuará como persona privada; en el segundo como persona pública¹¹⁸².

Por otro lado, como ya se dijo antes, los contratos y operaciones deben tener *carácter económico*. Extender los conceptos hasta interpretarlos como cualquier acto de administración con o sin contenido económico rebasaría los límites del texto legal; aquí no se comprende el hecho de "interesarse" en actos administrativos en general¹¹⁸³.

1181. Igualmente, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 414; 2.^a ed., p. 448, 3.^a ed., p. 590.

1182. CREUS, p. 374.

1183. CREUS, p. 376; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, refiriéndose a la jurisprudencia española, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1911; también la doctrina española antigua sobre el tipo penal del artículo 401 del C.P. derogado exigía que el "negocio" materia del interés sea "evaluado económicamente", entre otras razones, además, porque el tipo español vinculaba la pena

— TEMPORALIDAD. No importa la etapa en que se encuentra el contrato o la operación; estas podrían haberse ya pactado o estar en proceso de ejecución. Pero obviamente, si el contrato ya se ejecutó, si ya se extinguió la relación jurídica, no será posible la comisión del delito¹¹⁸⁴. P. ej., un funcionario puede "interesarse" durante la etapa de las tratativas, durante el perfeccionamiento o durante la ejecución del contrato (entrega del bien, prestación del servicio); pero si la otra parte ya cumplió con su contraprestación, no puede haber interés punible del funcionario respecto de dicho contrato, aunque es posible que sí haya uno respecto de un nuevo contrato.

— TIPO SUBJETIVO. El "dolo" no requiere elementos especiales. El funcionario podría buscar un beneficio privado, para un tercero o incluso querer favorecer también a la administración, pero esta finalidad es irrelevante¹¹⁸⁵.

Por otro lado, solamente es posible el *dolo directo*, pues los actos de "interés privado", y, sobre todo, bajo la modalidad de "acto simulado", no son posibles sin quererlos¹¹⁸⁶. Es más, en estos casos precisamente es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el "interés particular" en su aspecto subjetivo¹¹⁸⁷.

de multa para el delito en función de la "cuantía" del "interés", ver Carlos MIR, p. 357, 358, nota 206; ORTIZ BERENGUER; en COBO/VIVES y otros, p. 497. Fidel ROJAS entiende que el carácter "económico" se referiría al "interés" y no al "contrato u operación"; ver 1.ª ed., p. 414; 2.ª ed., p. 448, 3.ª ed., p. 590

1184. CREUS, quien se refiere, de todos modos, a un "elemento temporal" implícito, ver p. 376 y s.

1185. En cambio, FONTÁN BALESTRA sí exige un "móvil económico", pero sin que esto implique necesariamente perjuicio para la Administración Pública, p. 300

1186. También acepta el dolo directo, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 415; 2.ª ed., p. 449, 3.ª ed., p. 591. En cambio, parece admitir el "dolo eventual", CREUS, quien señala que el dolo no requiere ninguna especialidad, p. 383.

1187. SANCINETTI, por eso, considera al "interés" solamente como elemento subjetivo, p. 84. Pero esta sistematización no parece ser correcta, no solamente

Para la CONSUMACIÓN no se necesita la producción de algún resultado o que el sujeto activo logre la finalidad perseguida¹¹⁸⁸, basta con que exista la conducta que constituye "interés" privado de parte del funcionario. Según la doctrina, no basta la mera exteriorización de un interés particular (p. ej., la manifestación verbal de que se tiene dicho interés)¹¹⁸⁹, sin embargo, si se tratara de una manifestación concreta, destinada a conseguir el "favor" o la aquiescencia necesaria de otros funcionarios que también intervienen en el "contrato" u "operación", y que la interpretan precisamente en dicho sentido (conducta causalmente idónea) no deberá dudarse del "interés"; p. ej., si el funcionario manifiesta al otro que se debe conceder una gratificación especial, u omitir alguna exigencia legal, en favor de la empresa contratante. Incluso si la Administración Pública resultara beneficiada económicamente, ya se habrá dado el delito. Por otro lado, por sus características, el delito puede tomar la forma de un "delito continuado" cuando p. ej., se tratara de contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo (suministro de productos durante un año en diversas oportunidades) y cuando el funcionario interviene en diversas oportunidades bajo un mismo interés particular¹¹⁹⁰.

porque el tipo penal incluya un verbo rector que puede entenderse formalmente como parte del tipo objetivo ("interesarse"), sino también porque los actos preparatorios o ejecutivos contractuales del funcionario tienen que tener algún contenido que manifiesten objetivamente dicho interés privado. No basta con la subjetividad si, objetivamente, el funcionario no ha hecho nada que, objetivamente, demuestre un interés particular en desmedro de los intereses de la Administración Pública. P. ej. si el contrato es beneficioso "para todos" y, efectivamente, no existían mejores condiciones contractuales para la administración.

1188. FONTÁN BALESTRA, p. 299.

1189. CREUS, p. 377 y s.

1190. CREUS, p. 378.

Tampoco puede tener relevancia el que, *a posteriori*, sean anulados el contrato o la operación en la que el funcionario inter venga interesadamente (p. ej., se anula la licitación), pues la conducta típica ya se realizó y era perfectamente idónea para atentar contra el patrimonio estatal. El problema está cuando todos los actos del contrato u operación eran nulos desde el principio, pues podría objetarse la "idoneidad" de la conducta¹¹⁹¹. Aquí efectivamente faltaría lesividad en la conducta del funcionario y su conducta solamente merecería sanción administrativa o, si fuera posible, sanción penal a través de otros tipos.

Es difícil aceptar la existencia de TENTATIVA, pues si se tratara de actos ejecutivos tendentes a lograr algún beneficio en el contrato u operación que el funcionario dirige a nombre de la Administración Pública, ya se habría manifestado el "interés privado" y se podría hablar de consumación; lo mismo sucede con las expresiones verbales que llevaran (dolosamente) a un desarrollo causal favorable para dicho interés privado. La tentativa es, pues, improbable, por no decir imposible¹¹⁹².

1191. Plantea el problema en términos acertados, pero no decide la cuestión, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 417; 2.ª ed., p. 451, pregunta 4, 3.ª ed., p. 594, pregunta 4.

1192. Así también CREUS, p. 379; FONTÁN BALESTRA, p. 299. Fidel ROJAS considera difícil la presencia de una tentativa, 1.ª ed., p. 415; 2.ª ed., p. 449, 3.ª ed., p. 592. Para el artículo 401 del C.P. español derogado, sí admitía la tentativa Carlos MIR cuando el sujeto activo "se disponga inmediatamente a interesarse", lo cual ocurriría p. ej. cuando la persona interpuesta por encargo suyo estaba realizando actos destinados a la contratación con la Administración Pública, pero por razones ajenas no llegara a perfeccionarse; cfr. p. 356 y s. No obstante, aquí podría admitirse ya el delito consumado, pues, como ya se dijo, no es necesario ningún perjuicio efectivo para la administración (la obligación contractual de la administración ya lo sería), sino solamente una conducta idónea para poder producirlo.

La AUTORÍA y la PARTICIPACIÓN se rigen por las reglas generales expuestas antes en el capítulo correspondiente. Aquí se trata de un *delito especial propio* en el cual el funcionario que tiene a su cargo el contrato o la operación podrá ser autor del delito, y cualquier otro funcionario (sin relación funcional) o no, podrá ser partícipe¹¹⁹³. Es decir, es aplicable la teoría de la "unidad del título de imputación". Si se siguieran, además, las reglas de la teoría de la "infracción del deber" (tesis que yo no comparto), se podrían superar los problemas derivados del "dominio del hecho", pues su aplicación podría llevar a la impunidad en caso de que los actos ejecutivos sean realizados por un *extraneus* con colaboración lejana del funcionario. La alternativa sería considerar los casos prácticos de este tipo como autoría mediata del funcionario público a través de un "instrumento doloso no cualificado" (un particular u otro funcionario sin la relación funcional específica). Esto sería plenamente posible en los casos de alguna coacción psicológica al *extraneus* o inferior jerárquico (temor a la pérdida del empleo) para que ejecute los hechos. Pero aquí el problema se presentaría en si es admisible para este último una "causa de justificación" ("obediencia jerárquica") o solamente una atenuación de la pena por debajo del mínimo legal (art. 20, numeral 9, art. 21 C.P.). Para el beneficiado del "interés" del funcionario, siguiendo las reglas de la "participación necesaria" tiene que haber impunidad según el artículo 397 (sin perjuicio de la aplicación de cualquier otro tipo penal en que encaje su conducta), salvo que su contribución rebase la "contribución mínima necesaria" (ver 1.3.2).

Para los casos de CONCURSO, desde la perspectiva del C.P. peruano se presentan las siguientes dificultades sistemáticas planteadas de la siguiente manera:

1193. De igual modo, SANCINETTI, p. 84.

1. Dado que el C.P. peruano ya conoce un tipo específico de "patrocinio ilegal de particulares" (art. 385), el "interesarse" del artículo 397 sólo podría darse a título personal del funcionario.
2. Dado que el tipo que estamos analizando se ubica dentro del rubro referido a "corrupción de funcionarios", siempre debe implicar algo "contractual" entre funcionarios y terceros. Luego, por lógica, en este delito el funcionario sólo podría "interesarse" típicamente por asuntos de terceros.
3. Debido a que ya existe un tipo penal específico de "fraude en contratos y concursos" (art. 384), donde el funcionario defrauda al Estado concertándose con los interesados, el artículo 397 casi no tendría aplicación, y tendría que reprimir, en todo caso, la tentativa de estos otros delitos.

A pesar de esta aparente contradicción irremediable, como puede colegirse de la interpretación de los elementos típicos del delito, sí es posible una delimitación entre las diferentes figuras penales. El término del rubro "corrupción de funcionarios", no tiene que ser equivalente al "cohecho", pues parece indicar algo más amplio que no necesariamente lleva a exigir la "contractualidad" en todas las figuras típicas. Más bien, parece ser que el legislador peruano no ha querido sancionar penalmente en este marco solamente la "compraventa de la función pública" que implica el cohecho, sino de manera general una serie de conductas deshonestas de los funcionarios, aun cuando sean unilaterales. Luego, también en el tipo del artículo 397, el funcionario podrá "interesarse" tanto por asuntos propios como por asuntos ajenos. Por discutible que esta solución sea, y pese a que no explica la regulación autónoma de los supuestos de "concusión" (si el término "corrupción de funcionarios" englobara supuestos de bilateralidad y de unilateralidad, no sería consecuente que exista un título aparte sobre "concusión"), la interpretación literal no puede ser otra.

Por otro lado, en relación con el tipo penal de "fraude a la Administración Pública" del artículo 384, hay diferencias en cuanto a que en el artículo 397 no se precisa la "concertación" con alguien como en el primer caso, aunque pueda producirse ésta. Precisamente, esta diferencia demuestra la inconsistencia de la ubicación de los tipos penales: la "negociación incompatible" es, en realidad, una modalidad de "exacción", mientras que el "fraude en contratos y concursos" lo es del "cohecho". Por lo tanto, no debería haber concurso entre ambas figuras: si hubiera un concierto entre el funcionario y los interesados, habrá "fraude a la Administración Pública" en cualquiera de sus grados; si no hubiera este concierto, habrá "negociación incompatible". En resumen, si el funcionario no sólo se "interesara", sino llegara a una contractualidad con la parte interesada, los tipos de "cohecho" y de "fraude a la Administración Pública" desplazarán a esta figura.

No sucederá lo mismo con el "patrocinio ilegal", pues aquí no puede haber convergencia posible: en el "patrocinio ilegal", el funcionario actúa ante otros funcionarios; en la "negociación incompatible" el funcionario actúa sobre los contratos y operaciones que él mismo dirige.

3.4.12 Tráfico de influencias (art. 400)

Artículo 400.- El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Esta figura es relativamente nueva en nuestra legislación penal, pues recién fue introducida en el C.P. de 1924 (como art.

353-A) por el D.Leg. 121 de 12-06-1981, pese a que sus orígenes se remontan incluso a la época romana¹¹⁹⁴. Modernamente han servido de modelo el artículo 476 del C.P. español de 1928 y el Código italiano de 1930, conocido como Código de Rocco", artículo 346. En el Derecho comparado tenemos como modelos los tipos penales del C.P. colombiano de 1980 (art. 147) y del de 1936 (art. 198); probablemente del primero provenga el elemento "invocación de influencias" e "influencia simulada" (este último caso seguramente se remonta incluso al C.P. español de 1928).

Una fuente interesante ha sido y sigue siendo la legislación penal española, en especial el C.P. derogado, a través de sus artículos 404 bis a y el 404 bis b (modificado en esta parte en 1973) y el nuevo C.P. de 1995 con sus artículos 428 a 430. En este último, a diferencia del C.P. peruano, se prevén diversos supuestos de "tráfico de influencias", donde solamente el del artículo 430 (un supuesto de adelantamiento de punición que reprime como consumada la tentativa, o incluso los actos preparatorios, de los otros supuestos) es comparable con el tipo penal peruano. En cambio, los supuestos de los artículos 428 y 429 (que se diferencian entre ellos según el sujeto activo) exigen "el ejercicio de influencia" efectiva en un funcionario público y la obtención de una "resolución" del funcionario que pueda generar un beneficio económico para sí o para otro, entre otras características¹¹⁹⁵. Además, los tipos penales españoles

1194. La figura habría aparecido cuando uno de los amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante éste; al descubrirlo el emperador, lo condenó a morir ahogado por el humo; de allí el nombre de "venta de humo" como también se conoce esta figura; ver en FERREIRA DELGADO, p. 112; Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 399 y s.; 2.^a ed., p. 433 y s., 3.^a ed., p. 548.

1195. Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 46 y s.; MUÑOZ CONDE, p. c., p. 881 y ss. Por esta estructura se suele afirmar que los tipos españoles poco tienen que ver con la "venta de la influencia" misma (salvo el art. 430); MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1877; 1999, p. 1269.

siempre se refieren a un tráfico de influencias "reales" y no simuladas como en el caso peruano.

El C.P. argentino no conoce una figura específica similar, sino solamente una modalidad de "cohecho pasivo" y "activo" referida a la recepción de beneficios para "hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario público" (arts. 256, 258), lo cual se aproxima mucho a la figura de "patrocinio ilegal"¹¹⁹⁶, no prevista de manera expresa en la legislación penal argentina.

La figura penal no deja de ser discutible, aunque ya está teniendo una cierta aplicación práctica en nuestro medio "gracias" a los escándalos del gobierno que estuvo en el poder hasta finales del año 2000. En la doctrina, se ha criticado la "necesidad de su inclusión", sobre todo, en la versión acogida por el C.P. peruano ante la posibilidad alternativa de prever mejoras en los tipos penales de "cohecho", sin tener que recurrir a un excesivo adelantamiento indiscriminado de la protección penal¹¹⁹⁷.

A pesar de todo, la inclusión de estos tipos legales llena un vacío de punibilidad para abarcar conductas usuales en una sociedad inundada por la corrupción. Los tipos tradicionales de "cohecho" han demostrado ser insuficientes, pues las conductas que implican "tráfico de influencias" quedarían impunes por constituir, en relación con aquellos, meros actos preparatorios, pese a que afectan seriamente al "correcto funcionamiento de la Admi-

1196. Ver sobre esto, FONTÁN BALESTRA, quien conserva el término "venta de humo", p. 257 y s., 261, 267.

1197. Véase las críticas de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en ASÚA BATAÏRITA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 174 y s., 176 y ss; también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, c. más ref. y en relación con la anterior regulación del C.P. español, p. 3 col. derecha; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO, *Comentarios*, p. 1277.

nistración Pública"¹¹⁹⁸. Solamente la técnica penal utilizada es insatisfactoria, tal como se observará en el análisis que sigue.

El "bien jurídico específico" u OBJETO del bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser ningún "prestigio" o el "buen nombre" de la Administración Pública¹¹⁹⁹, pues este concepto no armoniza con un Estado social y democrático de Derecho¹²⁰⁰, tal

1198. También en este se han manifestado recientemente a favor de la existencia del tipo de "tráfico de influencias", remitiéndose a ABANTO VÁSQUEZ, SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHERA, p. 41, 68 y s. Fidel ROJAS amplía en su 3.ª ed. la argumentación a favor de la existencia de la figura, a la vez que hace un estudio comparado con otras soluciones legislativas extranjeras, ver *Ibidem*, p. 549 y ss.

1199. Así, siguiendo la tradición jurídica, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 401; 2.ª ed., p. 435. En la tercera edición, el autor sigue sosteniendo la misma tesis, pero admite que, en algunos casos, también resulte afectado, el "principio de imparcialidad", tal como menciona la doctrina española (ver *Ibidem* p. 556 y s.). Esto no le impide, sin embargo, criticar previamente mi posición (también basada en la misma doctrina española) en el sentido de fundamentar el bien jurídico tutelado precisamente en la "imparcialidad", por considerar esto "una forma imprecisa de determinar el objeto de tutela penal". Esta crítica no es sostenible; el bien jurídico "imparcialidad" tiene un contenido por lo menos más preciso que el concepto "prestigio"; ello ya ha sido explicado anteriormente al analizar los tipos de "cohecho" y de "negociaciones incompatibles" y allí me remito (3.6.8, 3.4.11, ver especialmente la nota 1158, donde se toma en cuenta una crítica similar de Fidel ROJAS). Su crítica excede incluso el plano jurídico-penal, pues considera que al usar yo la palabra "también" antes de hablar de la protección de la "imparcialidad" (*Los delitos contra la Administración Pública*, 1.ª ed., p. 463, arriba) denotaría una deficiente redacción. Sin perjuicio de otras verdaderas deficiencias de redacción que yo mismo trato de corregir en esta segunda edición (y a las que ningún autor escapa), el "también" se refiere aquí evidentemente a que se trata del mismo bien jurídico tutelado por las demás figuras penales anteriores.

1200. Igual razonamiento en MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA para criticar la existencia de figura prevista en el artículo 430 C.P. español; ver en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1885; *Comentarios*, 1999, p. 1277 y s.; véase también

como se ha demostrado en las consideraciones iniciales. Aquí, más bien, también existe un atentado, aunque lejano, contra la *imparcialidad* del funcionario, el *carácter público* de la función¹²⁰¹; y, en el supuesto de la "influencia simulada", el "patrimonio individual". Por cierto que, en relación con los dos primeros "objetos" el tipo penal peruano presupone, en realidad, un "peligro" (que según el caso puede ser abstracto o concreto); mientras que en el caso del "patrimonio individual" (en la modalidad de "influencia simulada") podría existir una "lesión" en la modalidad de "recibir" o "hacer dar", y un peligro en la modalidad de "hacer prometer"¹²⁰².

MUÑOZ CÓNDE, quien sugiere varias posibles justificaciones (actos preparatorios de cohecho, competencia desleal entre abogados, el patrimonio, tipo residual inocuo), p. e., p. 885. Allá esta crítica cobra especial fuerza, debido a la existencia de dos supuestos específicos de tráfico de influencias que absorberían la mayoría de los casos que busca captar el artículo 430. En el Perú siguen esta posición también SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, remitiéndose a MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA y a ABANTO VÁSQUEZ, ver p. 37.

1201. De manera similar recientemente también se refieren a un "peligro abstracto" de las conductas de tráfico de influencias reales, para "la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas", remitiéndose a doctrina española, SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, p. 38 y ss.

1202. En contra de la interpretación en el sentido de una protección del "patrimonio individual", SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, p. 33 y s. Pero estos autores comparan la protección al patrimonio individual otorgada por el tipo de "estafa" con la que aquí pretende el legislador nacional; su argumentación es básicamente de *lege ferenda*. Con una mala técnica, ciertamente, el legislador adelanta la protección penal de intereses particulares ante peligros a su patrimonio (entendido en el sentido más amplio); y ubica del tipo penal en un contexto distinto de los delitos contra el patrimonio; pero esta ubicación no obliga a interpretar el bien jurídico tutelado en un solo sentido (esto ya se ha visto en el análisis de varios tipos penales; p. ej. 363, art. 394-A). Este adelantamiento (menor injusto) explica también el menor marco penal que en la estafa. Por cierto, otra cosa es que esta modalidad sea francamente innecesaria y deba ser eliminada.

En efecto, en la modalidad de la "influencia real", difícilmente puede encontrarse un bien jurídico tutelado de manera inmediata; en todo caso, destaca solamente un peligro muy remoto tanto para el patrimonio del particular (en el caso en que éste acceda a comprar la influencia y el sujeto activo no cumpla su contraprestación) o para la imparcialidad del desempeño funcional (el funcionario público que se va a influir no tiene que conocer siquiera los tratos de los sujetos). En otras legislaciones, como la española, los tipos penales de "tráfico de influencia" sí suponen un atentado directo contra la "imparcialidad" del funcionario y el "carácter público" de la función, pues se exige el influjo efectivo en el funcionario público, afectando la formación de la voluntad del funcionario o autoridad¹²⁰³.

Un importante aporte que llenaría serios vacíos de punibilidad, ha sido hecho en la doctrina española. Se sugiere que, además de sancionar penalmente la conducta del que "ejerce influencia", se introduzca un tipo penal, de manera similar a la técnica utilizada para el "cohecho", contra el funcionario que *se deje influir* sin importar que éste reciba (o se pruebe que haya recibido) una retribución a cambio de su actividad, pero siempre y cuando la resolución perseguida fuese injusta o discrecional y beneficie económicamente al particular que influyó; de esta manera se captarían más casos de los estrictamente previstos como "cohecho pasivo"¹²⁰⁴.

1203. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 46, col. der.; también en "La evolución legislativa", p. 2, col. central; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1877; *Comentarios*, 1999, p. 1269. Por eso es sostenible su ubicación dentro del grupo de delitos de "cohecho". Carlos MIR sugiere que incluso lo que se protegería sería, tal como he argumentado más arriba, la "confianza en la imparcialidad" frente a conductas que la ponen en peligro; ver p. 265.

1204. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1878 y s.; *Comentarios*, 1999, p. 1270 y s.

Los elementos típicos son:

—,SUJETO ACTIVO. El traficante de influencias puede ser cualquier persona, incluso un funcionario público. A diferencia del tipo penal peruano, el legislador español ha preferido separar la figura básica en dos tipos distintos según si el sujeto activo es un funcionario o un particular; solamente el tipo adicional del artículo 430 del C.P. de 1995 ("ofrecimiento para ejercer influencia") es similar al peruano en este aspecto, aunque se distingue por el hecho de no exigir en el sujeto activo la "invocación de influencias"¹²⁰⁵. Esto último es mejor, pues el sujeto activo, en la práctica, también podría referirse a la influencia de otro sobre el funcionario o no hacer "invocación" alguna. Por lo demás, la técnica española de distinguir la penalidad de los distintos "traficantes" de influencias también es superior a la peruana, porque es más justo que, cuando el sujeto activo sea un funcionario público, haya más pena que cuando se trate de un particular. En nuestro caso no queda más remedio que apreciar el carácter de funcionario público del sujeto activo como circunstancia a tener en cuenta a la hora de medir la pena a imponer dentro del marco establecido por el tipo¹²⁰⁶.

Por otro lado, cuando el sujeto activo fuera un "funcionario público", su invocación de influencias no debe referirse a su propia actividad funcional, pues en ese caso se trataría de un "cohecho pasivo" (en la modalidad de "solicitar"). Para ser autor del "tráfico de influencias" el sujeto activo tiene que ofrecer influir en otro funcionario público.

— SUJETO PASIVO. En el caso de la "influencia supuesta", es sujeto pasivo el particular que entrega el beneficio al traficante;

1205. Ver, al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en ASÚA BATARRITA (comp.), *Delitos contra la Administración Pública*, p. 171 y ss; sobre el delito de "ofrecimiento para ejercer influencia", p. 174 y s.

1206. Así también PORTOCARRERO, p. 239.

en el caso de la "influencia real", el funcionario en quien se va a ejercer la influencia y la Administración Pública. En este último caso, el funcionario afectado por la influencia no solamente puede ser sujeto pasivo, sino también, según su actitud, denunciante de los delitos o incluso sujeto activo de un delito de "prevaricato" o cualquier otro¹²⁰⁷.

— INVOCACIÓN DE INFLUENCIAS. Este elemento alude a lo que tradicionalmente se conoce como "venta de humo": el hecho de vender algo inmaterial. Consiste en la "afirmación" o la "atribución" de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de esta influencia (amistad, parentesco, favores debidos, etc.).

Aquí hay varias cosas que aclarar:

- a) El tipo legal no exige que la influencia realmente exista, pues se refiere a una *influencia real o simulada*. Esto es criticable. La "influencia simulada" no tiene nada que ver con el "tráfico de influencias" que aquí interesa: el que atenta de verdad contra el bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración Pública". Por eso, la antigua doctrina española criticó en su momento esta modalidad que el legislador hispano había previsto inicialmente (art. 476 C.P. de 1928), pues este supuesto, como auténtica modalidad de "estafa" no necesitaba una tipicidad autónoma, mientras que el ofrecimiento de influencias reales sí¹²⁰⁸.

1207. Cfr. MUÑOZ CONDE, p. e., p. 883.

1208. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, OLAIZOLA, *La evolución legislativa*, p. 2. Actualmente, en el caso de "influencia simulada" no habría tráfico de influencias según el artículo 430 C.P. español, sino "estafa"; cfr. Carlos Maza, p. 273. En su tercera edición, Fidel Rojas toma en cuenta la crítica y se pliega a esta posición, p. 561 y s.

Distinto es el caso cuando el traficante no tenga aún la influencia invocada pero, contando con obtenerla oportunamente, la ofrece en venta. A esto debería referirse la "influencia simulada" a fin de no superponerse a algún caso de estafa.

- b) Lo que sí debe ser real es, por un lado, el *interesado en la influencia* y, por otro lado, la existencia del *funcionario susceptible de ser influenciado*. Si no existiera este funcionario (y también si no existiera la influencia), habría una simple estafa¹²⁰⁹.
- c) Debe observarse que, a diferencia de las legislaciones extranjeras (p. ej., los arts. 428 y 429 del C.P. español de 1995), el tipo penal peruano *no exige el ejercicio efectivo de influencia* sobre un funcionario público determinado. Esto es lógico, pues para casos como esos, ya se prevén otras figuras como la del "patrocinio ilegal" del artículo 385; además, el esperar hasta poder probar la influencia efectiva implicaría una demora innecesaria en la intervención penal que precisamente es lo que se quiere evitar¹²¹⁰. Tampoco se dice

1209. FERREIRA DELGADO, para quien la diferencia con la estafa está en si lo inexistente es la influencia (tráfico) o el funcionario (estafa), p. 114.

1210. No es comprensible la crítica que la doctrina española hace contra el tipo penal de "ofrecimiento para ejercer influencia" del artículo 430 del C.P. español de 1995, similar al artículo 400 peruano, en el sentido de un *excesivo* adelantamiento del Derecho penal, de una falta de afección concreta del bien jurídico, las dificultades de prueba (ver al respecto y GARCÍA CONLLEDO, en ASÚA B. (comp.), p. 174). No es ajeno a la protección del bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración Pública" la previsión de delitos de mera actividad, pues en algunos casos no tiene por qué esperarse todavía hasta la efectiva producción de resultados típicos cuando las modalidades delictivas son a todas luces idóneas para producirlo. Precisamente aquí nos encontramos ante esta situación; dejar estos hechos impunes hasta que provoquen algún resultado (influjo real en algún

en qué consisten estas "influencias invocadas". Los tipos españoles son mucho más precisos, pues especifican que éstas consistirían, para el caso de que el sujeto activo sea un funcionario público, en un "prevalimiento de las facultades del cargo" o "de cualquier otra situación derivada de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad" (art. 428); y, en el caso de un sujeto activo-particular, "cualquier situación derivada de su relación personal" con el funcionario influido o con otro funcionario público o autoridad (art. 429).

- d) Por otro lado, la técnica utilizada en el tipo penal peruano no deja de ser dudosa, pues, al basarse en un verbo rector de *invocar* se está limitando la conducta típica a actividades positivas. Con esto parece ser que se dejarían impunes los casos en los que el sujeto activo no hubiera "invocado" el hecho de tener influencias. Piénsese, por ejemplo, en el caso no tan infrecuente de que sea un tercero quien recomiende al administrado "hablar" con un allegado al funcionario público, o cuando el sujeto activo ya tiene toda una imagen ganada en el "mercado" sobre sus supuestas influencias y los particulares simplemente acuden a él para obtener su intermediación. Bajo una aplicación estricta de la literalidad del tipo penal, en el primer caso se tendría que recurrir a las reglas sobre "participación"; en el segundo, sólo habría delito de "cohecho" una vez que se ha dado la "contractualidad". El elemento de "invocar" podría haber sido tomado de la fuen-

funcionario) sencillamente sería incumplir con el deber de proteger el bien jurídico. Por otro lado, los problemas probatorios no deberían ser ningún impedimento, pues ello también es posible en el caso de un tipo de resultado en cuanto a la conexión causal la acción de influir y el influjo realmente producido (o por lo menos "idoneidad").

te colombiana (art. 147) a través el artículo 353-A de nuestro C.P. derogado (modificado en 1981 en este aspecto)¹²¹¹.

Finalmente, no existe la "invocación" cuando el sujeto activo no ha afirmado tener tales influencias, sino simplemente se ha ofrecido a intentar corromper a determinado funcionario con la suma de dinero que ha acordado con el particular. En este caso, puede haber complicidad en un "cohecho activo" del particular y, si el sujeto no pensaba desde corromper al funcionario, sino apropiarse del dinero entregado, una estafa¹²¹².

— OFRECIMIENTO DE INFLUIR EN FUNCIONARIOS. Ésta es la prestación que el sujeto activo ofrece a cambio de los beneficios que busca obtener del interesado. Se vende la "influencia", o sea el prestigio, el predominio o la fuerza moral en el ánimo del funcionario. Los funcionarios sobre los que se va a ejercer el influjo deben "haber conocido" o "estar conociendo" un caso judicial o administrativo; no se prevé el supuesto de la fuente colombiana de que el funcionario vaya recién a conocer el caso ("...que haya de conocer de un asunto..."). Tampoco se necesita que se haya influido de manera efectiva. Es por eso que el tipo penal peruano es equivalente en gran parte (no en el caso de las "influencias simuladas") al artículo 430 del C.P. español, considerado críticamente por la doctrina como "acto preparatorio" del verdadero tráfico de influencias¹²¹³.

1211. En la 3.ª ed. de su libro, Fidel ROJAS, también destaca las dificultades que genera el término "invocar" (*Ibidem*, p. 552, 560 y s.), aunque interpreta que el "rol de autor" del funcionario no se perdería por ello (*Ibidem*, p. 561). Tal interpretación sería posible si se admitiera la tesis de la "infracción del deber" de ROXIN, que ROJAS parece haber rechazado antes (*Ibidem*, p. 76).

1212. De igual manera, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 406, pregunta 2; 2.ª ed., p. 440, 3.ª ed., p. 577, pregunta 2.

1213. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La responsabilidad penal*, p. 47, col. central; Carlos MIR habla de un tipo de peligro abstracto; ver p. 273.

El tipo penal no exige que la influencia sobre el funcionario esté dirigida a obtener de éste un acto ilícito o uno lícito; lo único que se exige es *que el acto favorezca al "comprador"* de la influencia¹²¹⁴. En ambos casos de conducta esperada del funcionario habrá delito, pues ninguna persona debe "vender" en ninguna forma la "función pública", pero obviamente deberá apreciarse el carácter del acto ofrecido para valorar el grado de culpabilidad del sujeto activo, pues habrá mayor gravedad si se vendiera influencias para hacer que el funcionario viole sus deberes funcionariales, y más grave será si esto conlleva incluso la comisión de algún delito¹²¹⁵. Algún sector de la doctrina solamente admite la "influencia para obtener resoluciones injustas" utilizando el criterio de la "imputación objetiva", pues el tráfico de influencias que no tenga por objeto una conducta ilegal del funcionario público no implicaría riesgo para el "correcto funcionamiento de la Administración Pública"¹²¹⁶. No obstante, ello también sería argumentable para los casos de cohecho pasivo y activo "impropio", e incluso para el "cohecho subsiguiente", que está penado en nuestra legislación. Si se entiende que aquí se atenta directamente contra la "imparcialidad" y el "carácter público" de la función pública, constitutivas del "buen funcionamiento de la Administración Pública", no tendría por qué negarse la imputación objetiva (en caso de admitírsela en los delitos de mera actividad) de los actos de tráfico de influencias para obtener resoluciones justas, pero que impliquen algún atentado contra la imparcialidad de la actuación funcional (casos de los actos discrecionales).

1214. También Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 402; 2.^a ed., p. 436, 3.^a ed., p. 563.

1215. Destaca esto también Fidel ROJAS, remitiéndose a mi sugerencia, 3.^a ed., p. 564.

1216. Carlos MIR defiende esta tesis en España (también para el art. 430), ver p. 274, 271 y s.

Tampoco interesa el "momento" de la intercesión del traficante de influencias; ésta puede referirse a cualquier etapa de la actuación del funcionario. La práctica judicial peruana favorece de manera especial este "tráfico", pues muchas veces es posible conocer con exagerada anticipación la decisión del magistrado¹²¹⁷; p. ej., cuando los votos de los Tribunales son emitidos por separado mediando mucho tiempo entre el de uno u otro magistrado, cualquier funcionario del Tribunal puede conocer de antemano el contenido (o la tendencia) de la resolución final y aprovecharse de esto para "vender" influencias simuladas.

— OBTENCIÓN DE BENEFICIOS. La contraprestación por el "servicio" de influir en funcionarios públicos consiste, usualmente, en un *beneficio patrimonial* o la *promesa de recibir tal beneficio* para el mismo sujeto activo o a favor de un tercero. Aquí rigen las mismas reglas ya vistas para el "cohecho pasivo y activo".

El beneficio obtenido u ofrecido puede ser para el propio traficante o para un "tercero". Este tercero será cualquier otra persona, natural o jurídica, particular o funcionario, incluso del propio funcionario sobre el cual se va a ejercer la influencia. En este último caso puede producirse el "concurso", sobre todo, con la tentativa de "cohecho pasivo". No puede ser otra la interpretación, pues en caso de excluir este último supuesto habría un vacío incomprensible e innecesario en caso de que el "tráfico de influencias" no llegue al grado de tentativa de "cohecho" (impunidad por este delito y también como "tráfico de influencias").

Este elemento ha sido criticado por la doctrina, pues no parece ser necesario para que la conducta tenga suficiente injusto penal. Debería dar lo mismo que el sujeto busque un enriqueci-

1217. Críticamente al respecto, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 403; 2.^a ed., p. 437, 3.^a ed., p. 564 y s.

miento o no, cuando lo que se reprocha es el quebrantamiento de la imparcialidad del ejercicio funcional¹²¹⁸. En todo caso el tipo penal es muy amplio y, de manera similar a los casos de "cohecho", no exige necesariamente una ventaja patrimonial, sino *cualquier otra ventaja*.

— TIPO SUBJETIVO. Es necesario el *dolo directo*. El dolo abarca no solamente el acto mismo de vender la influencia, sino también el compromiso de interceder en el futuro ante un funcionario público; por eso se trata de un caso de "dolo trascendente" o de "intención"¹²¹⁹. Además, debe incluirse el "ánimo de lucro", pues el agente busca siempre un beneficio patrimonial. No puede bastar el "dolo eventual"¹²²⁰, pues los elementos objetivos, al ser conocidos no permiten otra cosa. Precisamente por eso es poco probable en la práctica algún caso de "error de tipo", pues la "venta de influencias" no es lícita en ningún caso¹²²¹.

Para la CONSUMACIÓN se precisa la recepción del beneficio para sí o para otro, o la promesa de obtenerlo. En el caso de la "promesa" hay un delito de "mera actividad": para la consumación no se necesita que el sujeto activo cumpla con su ofrecimiento. La TENTATIVA es posible en los dos casos¹²²², pero más difícil en el caso de la "promesa". Como el tipo penal se halla configurado como uno de *resultado* (se precisa la percepción del beneficio o de la promesa patrimonial), no bastará para la consumación con el

1218. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La evolución legislativa*, p. 3, col. central y s.

1219. Ver SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 25 y s.

1220. Considera que sí, en sus primeras ediciones, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 404; 2.ª ed., p. 438. En la tercera edición abandona expresamente esta posición, remitiéndose a mí y a Donna, y solamente admite el dolo directo.

1221. Coincide en esto Fidel ROJAS; p. 404; 2.ª ed., p. 438, 3.ª ed., p. 568.

1222. También lo admite Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 404; 2.ª ed., p. 438, 3.ª ed., p. 568 y s.

simple "ofrecimiento" de la influencia sin que el otro acepte. Pero tampoco es posible entender esto como una "tentativa"; con la mera "solicitud" o el "ofrecimiento" de influir en un funcionario público, según la estructura del tipo penal peruano, recién se está ante "actos preparatorios" impunes¹²²³, pues para llegar a la recepción de los bienes o a la aceptación de la promesa de la entrega futura de estos, todavía faltan pasos previos: las tratativas y la aceptación del otro. Recién cuando se den éstas, y antes de la entrega de los bienes o la realización de la promesa, podríamos hablar de una "tentativa"¹²²⁴.

La AUTORÍA y PARTICIPACIÓN presenta peculiaridades. "Autor" sólo puede ser el "intermediario"; el interesado es "partícipe necesario", pero nunca coautor, pues no es él quien "invoca" ni "ofrece interceder"¹²²⁵. El funcionario público, en caso de conocer y querer estos elementos sería inductor del delito y, en caso de recibir efectivamente el soborno, autor de "cohecho pasivo", al igual que en este caso el "interesado" sería, además, autor de "cohecho activo".

1223. Así también Fidel Rojas, 1.^a ed., p. 406, pregunta 1; 2.^a ed., p. 440, 3.^a ed., p. 576 y s., pregunta 1.

1224. Distinto es el caso español del artículo 430 C.P., donde se prevén conductas mixtas alternativas que engloban todas las fases por las que atraviesa el intento de acuerdo entre el traficante y el particular; el tipo penal: "solicitar" y "aceptar"; al respecto, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1886; 1999, p. 1278.

1225. No es por eso correcta la interpretación de FERREIRA DELGADO, quien admite que el "interesado" pueda ser coautor, ver, p. 113, 115. También la doctrina española en cuanto a la figura del artículo 430 C.P. español, la que sin embargo, admite la punibilidad del particular aceptante por otras figuras de "tráfico de influencias", cuando se llega a ejercer efectivamente la influencia en el funcionario, ver MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO, *Comentarios*, 1996, p. 1886; 1999, p. 1278; MUÑOZ CONDE, en cambio, admite la participación del comprador de la influencia, p. e., p. 886.

El *interesado* que compra la "influencia" no responderá usualmente como "partícipe" de este delito. Esto tiene su razón de ser en que el tipo penal sanciona el "tráfico" y los actos que colaboran con este tráfico, es decir, la parte de la "venta de la influencia"; para la parte de la "compra de la influencia" no se ha previsto nada específico¹²²⁶. Sin embargo, si su contribución rebasa el "mínimo necesario", hay doctrina que justificaría su punibilidad como "inductor" (ver 1.3.2)¹²²⁷.

1226. Así también Fidel ROJAS, aunque siguiendo cierta doctrina italiana, ver 1.^a ed., p. 404 y s.; 2.^a ed., p. 439. En la tercera edición, hace un análisis más amplio de la situación del "interesado" y se reafirma en la doctrina italiana que considera al interesado como "víctima" y, por lo tanto, impune; ver *ibidem*, p. 572 y s. Esta posición, sin embargo, no parece compatibilizar con la propia concepción de "bien jurídico" de ROJAS, ni tampoco compatibilizaría con la que yo defiendo (para el caso de "influencias reales"). En todo caso deja abierta la posibilidad de diferenciar las situaciones que se presenten y declarar punibles algunas de ellas (*Ibidem*, p. 573). En cambio, para FERREIRA DELGADO, sí responderá como "coautor" el interesado que compra al traficante la función real o supuestas del funcionario; p. 113, 114.

1227. Este tema está siendo vivamente discutido en la doctrina nacional fundamentalmente debido a la existencia de procesos penales por "tráfico de influencias", referidos a conductas de funcionarios públicos del anterior régimen y a empresarios y otras personas de gran influencia económica y política. No en última instancia la discusión es tan apasionada por el interés particular de alguna de las partes: la tesis de la "impunidad" suele ser favorecida por los abogados; la de la "punibilidad", por magistrados y fiscales. En la primera edición de mi libro, donde no contemplaba un capítulo específico sobre "participación necesaria", solamente mencioné que no sería posible la "complicidad" del interesado, cuya conducta no ha sido prevista expresamente en el tipo penal (ver 1.^a ed., p. 472), dejando en el aire la posibilidad de la "inducción", tal como efectivamente fue interpretado también por SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, quienes con razón dicen que mi posición era "poco clara" (ver p. 46), si bien más adelante reconocen mi postura general de afirmar la punibilidad del interesado que excede el rol previsto en el tipo (p. 73, nota 164). Estos autores, que parecen seguir la tesis del "aporte mínimo" (p. 64 y s.), citan también referencias bibliográficas

Especialmente problemático es el CONCURSO con el "cohecho" y con la "estafa". La diferencia con el "cohecho" es que mientras que en esta figura hay siempre dos partes que se ponen de acuerdo directamente: el funcionario vende y el administrado compra la función pública, en el "tráfico de influencias" el sujeto activo es un "intermediario" entre el funcionario y el interesado (sin participación del funcionario), o alguien que finge ser intermediario del funcionario público¹²²⁸. En el caso de que se llegue a ofrecer el "beneficio" al funcionario, habrá concurso con el "cohecho activo" consumado (como autor o cómplice, según el dominio del hecho)¹²²⁹. Si el funcionario utilizaba "intermediarios" para vender la función pública, en realidad habría un caso de "cohecho pasivo" donde el intermediario sería cómplice de este delito.

En caso de que la "influencia" sea simulada, habrá concurso con la "estafa"; por especialidad debe ser aplicable solamente el "tráfico de influencias"¹²³⁰. Para algunos, la "estafa" exige que se simule sobre la existencia misma del funcionario y no sobre la existencia de la "influencia" en éste¹²³¹, pero esta interpretación restrictiva del elemento "engaño" en el tipo penal de "estafa" no tiene ningún sustento legal ni es teleológicamente aceptable, pues en ambos casos hay atentado contra el patrimonio individual y nin-

sobre las distintas posiciones (y omisiones del tema) en la doctrina y jurisprudencia nacionales, ver p. 46 y ss. La inclusión en esta segunda edición del capítulo 1.3.2, con una amplia doctrina al respecto, debe haber subsanado las dudas sobre mi posición en cuanto a la punibilidad del "partícipe necesario" en los tipos sin punibilidad expresa para todas las partes.

1228. Así, FERREIRA DELGADO, p. 113.

1229. También plantean esta solución, FERREIRA DELGADO, p. 115, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 405; 2.^a ed., p. 440. En la 3.^a ed. desaparece la mención.

1230. En la 3.^a ed. Fidel ROJAS también postula la absorción de la estafa por el "tráfico de influencias simuladas", ver p. 576.

1231. Así, FERREIRA DELGADO, p. 114.

guno contra el funcionamiento de la Administración Pública. Dado que este supuesto de "tráfico de influencias" ya está cubierto por el tipo de "estafa", de *lege ferenda*, la modalidad de "influencia simulada" debería ser eliminada. Más bien debería especificarse que el objeto del tráfico puede consistir también en una "influencia futura".

En la doctrina se ha planteado también el concurso con el "prevaricato" (art. 418). Para el "tráfico de influencias" (en su modalidad de "influencia real") no interesa si el influjo que se va a ejercer o que se ejerce en el funcionario público (Juez o Fiscal) tiende a "torcer" la ley o no. Pero si esto es lo que se buscaba y se llegara a tratar de ejercer efectivamente el influjo en un funcionario público, no solamente existirá un "tráfico de influencias", sino también un acto de instigación al "prevaricato", el cual, además, pasaría por un "cohecho activo" al funcionario público. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el único tipo penal peruano existente de "tráfico de influencias" adelanta mucho el Derecho penal y reprocha como injusto penal la acción concreta de ofrecer la venta de la "influencia" (ni siquiera la venta misma). Por eso, al estar en principio esta conducta desconectada de la del influjo efectivo en el funcionario, se trata de una conducta distinta. Debido, entonces, a la "pluralidad de acciones" que se presentaría en el caso planteado, no es posible el "concurso ideal"¹²³², sino solamente el "real".

Por último, si el "traficante" fuera un funcionario público, puede, aparentemente, haber un concurso ideal con el "patrocinio ilegal" (art. 385), pues este tipo penal también presupone que el funcionario actúe ante otros a favor de intereses particulares. Pero,

1232. En España sí se lo admite, pero en los supuestos de "tráfico de influencia" donde el tipo penal exige la "acción de influir" para la tipicidad del delito y no la "venta de la influencia", ver DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *La evolución legislativa*, p. 3, col. izquierda.

por un lado, este tipo penal no exige un "beneficio económico" y también la conducta (el acto de "patrocinio") se realiza en un momento posterior al supuesto peruano de "tráfico de influencias". Por eso, aquí también puede haber solamente "concurso real" entre ambos delitos cuando el funcionario público que haya vendido "influencias", la quisiera llevar a la práctica defendiendo intereses privados ante el funcionario público encargado (sin interesar si logra o no influir efectivamente).

3.4.13 Enriquecimiento ilícito (art. 401)

Artículo 401.- El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que 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".

[Párrafo introducido por la Ley 27482, publicada el 15/06/01].

Este tipo penal es similar al 361-A introducido en el C.P. de 1924 por el D.Leg. 121 en 1981. Al parecer, el motivo de su inclusión es el mismo que llevó a incluirlo en el C.P. colombiano de 1980 (art. 148): el deterioro creciente de la moral administrativa¹²³³.

1233. Ver sobre el antecedente colombiano, FERREIRA DELGADO, p. 116; para el caso peruano ver Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 425; 2.^a ed., p. 459, 3.^a ed., p. 604.

Se suele afirmar que el antecedente más cercano de la legislación peruana (que influyó en el Anteproyecto colombiano de 1978 y en el actual art. 148 C.P. 1980) sería el artículo 268 (2) del C.P. argentino (introducido a su vez en dicho país en 1964). No obstante, el tipo penal peruano se diferencia mucho en su configuración típica de la fuente argentina¹²³⁴, y se asemeja mucho más al tipo penal colombiano¹²³⁵ debido a que se centra más en el "enriquecimiento ilícito" que en la "desobediencia".

La redacción del tipo penal peruano no puede ser más mala. En cuanto a su precisión, es muy inferior al tipo penal del C.P. de 1924¹²³⁶, pues carece de elementos que especifican el contenido,

1234. En contra de lo que supone PORTOCARRERO, p. 241.

1235. Mientras que el artículo 268 (2) del C.P. argentino se refiere a una "desobediencia" del funcionario público: no justificar "la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo" ante el requerimiento debido, el artículo 148 del C.P. colombiano de 1980 sólo se refiere al hecho de "obtener" incremento patrimonial no justificado que no constituya otro delito.

1236. El artículo 361-A del C.P. de 1924 decía: "*El funcionario o servidor público que por razón del cargo o de sus funciones se enriquecieren indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de cinco años, ni menor de dos años, multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena.*" "*Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento de patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido, de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa ilícita.*"

"*Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial, son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto.*"

Lo que sí era criticable del C.P. de 1924 era que incluyera a la figura de "enriquecimiento ilícito" dentro de un grupo de delitos "contra la administración de justicia"; critica esto también PRADO SALDARRIAGA, *Todo sobre el C.P.*, p. 290.

ya de por sí dudoso, del injusto penal¹²³⁷. Es dudosa la figura, pues no describe un "acto", sino una "situación" determinada que describe a un autor: el "enriquecido". Además, significa una presunción de que el enriquecimiento provino de un delito contra la Administración Pública, lo cual lleva en la práctica a una "inversión de la carga de la prueba"¹²³⁸. Estas objeciones de principio no pueden ser legitimadas por las supuestas bondades político-criminales del tipo¹²³⁹. Las deficiencias de la justicia penal nacional no deben servir de justificación para la infracción de principios básicos del Derecho penal.

Es difícil encontrar aquí un OBJETO del bien jurídico concretamente protegido¹²⁴⁰. En todo caso, hay un *peligro abstracto* en relación con todos los demás "objetos" protegidos por los demás tipos penales: la "imparcialidad del funcionario", el "patrimonio de la administración", el "carácter público de la función pública", etc.

Los elementos típicos son los siguientes:

1237. También críticamente, Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 422; 2.ª ed., p. 456, 3.ª ed., p. 600.

1238. Ver ref. sobre la crítica en la doctrina argentina en CREUS, p. 417. CREUS dice por eso que este tipo penal "es una exageración republicana del legislador", ver p. 418.

1239. Fidel ROJAS es partidario de la existencia de este tipo penal, 1.ª ed., p. 423 y s.; 2.ª ed., p. 457, 3.ª ed., p. 602 y s. También se ha manifestado a su favor GÁLVEZ VILLEGAS, proponiendo una "flexibilización de categorías y relativización de principios", tal como exigía SILVA SÁNCHEZ en un contexto más general (en el sentido de una expansión del Derecho penal hacia otras áreas para la protección efectiva de auténticos bienes jurídicos), *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 93 y ss.

1240. GÁLVEZ VILLEGAS afirma, sin embargo, que "el tipo penal buscaría proteger el prestigio, dignidad y confianza de la Administración Pública —y por ende de la Administración Pública—...", *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 116. Fidel ROJAS menciona "el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos", ver 1.ª ed., p. 430, 3.ª ed., p. 614.

— SUJETO ACTIVO. Únicamente puede ser autor del delito el funcionario público. Incluso podría tratarse de un ex funcionario, siempre que el "enriquecimiento ilícito" que se le imputa (producido durante el tiempo que tenía la función) provenga de hechos cometidos durante el tiempo en que desempeñó funciones públicas. Se trata de un "delito especial propio".

— VINCULACIÓN CON EL CARGO. Con la expresión "por razón de su cargo", el legislador se refiere tanto al "momento" en que deba producirse el enriquecimiento como al "uso abusivo" del cargo para enriquecerse.

El *momento* del enriquecimiento debe tener ciertamente su origen en actos ejecutados *durante el ejercicio* del cargo del funcionario, pero puede producirse en cualquier momento anterior o simultáneo al ejercicio funcional. Es dudoso que el tipo penal exija que el "incremento patrimonial" se efectúe siempre *después* de la asunción del cargo por el funcionario. Si ello fuera así, no se abarcaría penalmente el enriquecimiento ocurrido antes de la asunción del cargo o después de haber terminado el ejercicio, pese a que estuvo motivado en el ejercicio funcional futuro o pasado, respectivamente. En el primer supuesto no parece ser obligatoria la interpretación restrictiva, pues el tipo legal se refiere a un enriquecimiento del funcionario "por razón de su cargo" y ello también existe cuando el incremento patrimonial se verificó en un momento anterior a la asunción del cargo, pero precisamente motivado en éste y con una proyección a un momento en que el sujeto va a ejercerlo. Además, cuando existe la expectativa del ejercicio funcional en el futuro inmediato, ello va precedido de algún acto de la administración que crea ya un vínculo (aunque no definitivo) entre ella y el futuro funcionario; cuando llegue a asumir y ejercer el cargo, su patrimonio de funcionario se habrá enriquecido con motivo del ejercicio funcional. Luego, no quedará impune quien, antes de asumir un cargo, reciba "beneficios patrimoniales" de particulares que tienen la expectativa de obtener alguna "contra-

prestación" durante el ejercicio funcional de aquél. Pero el tipo penal no parece abarcar todos los casos de "enriquecimiento" que tienen lugar en un momento posterior, cuando el enriquecido ya no ejerce funciones públicas, pues aquí la persona enriquecida ni es ya funcionario público, ni los actos de enriquecimiento pueden sin más ser reputados como que han tenido lugar durante el ejercicio de las funciones. P. ej., el funcionario que recibe donativos o algún "premio" con posterioridad a la separación del cargo (p. ej., el ex funcionario que es contratado con buen sueldo por una empresa privada a quien habría beneficiado durante el ejercicio de su función pública). Estos casos pueden ser tan graves como los primeros (y deberían ser combatidos), pero difícilmente pueden entrar dentro del tenor del tipo penal. Haciendo un esfuerzo interpretativo puede entenderse que el "enriquecimiento" del sujeto se habría producido ya en el momento en que ejercía funciones y obtuvo la "promesa" o "esperanza" de una entrega efectiva de bienes después de dejar el cargo. Pero no debe olvidarse que cuando el sujeto deja de ser funcionario, no existe ninguna obligación (salvo que la ley cree límites y controles temporales al patrimonio del exfuncionario, como en otros países) ni de declarar ni de evitar que su patrimonio se incremente, ni de justificar estos incrementos, lo cual haría muy difícil su persecución en la práctica¹²⁴¹. Sería acon-

1241. GÁLVEZ VILLEGAS se ha referido al "factor temporal" exigiendo "coetaneidad del enriquecimiento con el tiempo de desempeño del cargo"; ver *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 153. CARO CORIA (en: SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, p. 214 y s.) parece, al principio, no conocer límites temporales y critica mi posición respecto al "incremento posterior al cargo", así como alude a una supuesta contradicción cuando en una anterior contribución (*Transfuguismo político*, p. 92, col. der.) decía yo que (aludiendo a un caso concreto) el tipo de "enriquecimiento ilícito" no exige que el sujeto haya sido funcionario público en el momento mismo del enriquecimiento. Con esta última crítica pasa por alto por lo visto que —tal como se desprende del mismo caso analizado— me estaba refiriendo al caso de enriquecimientos previos al ejercicio del cargo. Por lo demás, este autor parece querer recurrir

sejable introducir toda una legislación que prevea obligaciones y prohibiciones para el ex funcionario durante los primeros años de su alejamiento del cargo (controlar los incrementos de patrimonio hasta dos años después, prohibición de regresar a la actividad privada en empresas con las cuales el Estado haya contratado con intervención del ex funcionario, etc.).

Por otro lado, al referirse al "cargo" y no a la función pública específica, no se requiere que el enriquecimiento provenga de esta última, sino, en general, *del ejercicio de la investidura*. P. ej., no se necesita que el enriquecimiento se deba a actos relacionados con la función de percibir tributos que tiene el funcionario recaudador, sino con cualquier otra actividad funcional. Incluso muchos autores nacionales admiten que el funcionario actúe excediéndose de sus funciones¹²⁴². Ahora bien, aunque esta interpretación es posi-

a la "imputación objetiva" que haría irrelevante la causalidad que el autor presupone, por lo visto, en el "enriquecimiento ilícito" (p. 215). A esto hay que observar: 1) La "imputación objetiva" no hace irrelevante la causalidad, sino parte de ella para luego, usando criterios normativos (basados en la relación de riesgo) imputar un resultado a la acción típica; 2) El enriquecimiento ilícito no es un "delito de resultado", 3) Lo que se discute es el "momento" del enriquecimiento y la cualidad de "funcionario público" del sujeto activo y no alguna relación causal entre la actividad funcional y el enriquecimiento; 4) La tesis de SILVA SÁNCHEZ del "cambio de *status* jurídico-penal" (al respecto ver ya antes ABANTO VÁSQUEZ, *El transfuguismo político*, p. 90, col. izq. y s.) solamente se refiere al objeto de la acción (y no a cualquier elemento del tipo como lo es la cualidad del sujeto activo) en los delitos de resultado: usando la imputación objetiva, el objeto sobre el cual recae la acción típica, podría cambiar de "status" sin que esto afecte la tipicidad de la conducta (p. ej. el feto que sufre actos que le causan lesiones recién después de su nacimiento); 5) Finalmente el propio CARO CORIA parece abandonar la tesis que él mismo expone extensamente, pues equipara el caso de punibilidad del ex funcionario enriquecido posteriormente con una "tentativa en un peligro abstracto" (p. 220).

1242. Esto lo suelen admitir todos los autores; ver GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 152 y s.; ROJAS VARGAS, 2.^a ed., p. 469 y ss., 3.^a

ble, no deja de tener dificultades, pues presupone necesariamente el conocimiento de un acto abusivo previo del funcionario; y esto muchas veces consistirá ya por sí mismo en un delito ("abuso de funciones", "prevaricato", etc.), lo cual —si se sigue la teoría de la "subsidiaridad" del tipo de enriquecimiento ilícito, como hacen muchos de estos autores— haría precisamente inaplicable el tipo de "enriquecimiento ilícito". Solamente si tal exceso no constituyera delito, podría guardar coherencia la interpretación señalada.

— ENRIQUECIMIENTO. El término "enriquecimiento" significa el incremento real del patrimonio económico (incluye muebles e inmuebles, derechos, etc., incluso gastos excesivos) que el funcionario no puede explicar. Entonces, dos son los elementos básicos de este delito: la constatación de un "enriquecimiento real" del funcionario, y la "falta de justificación" sobre el origen lícito de dicho enriquecimiento¹²⁴³, si bien ambos van a analizarse ahora por separado por fines didácticos.

Para que se pueda hablar de "enriquecimiento" debe darse un *incremento patrimonial* en el funcionario. Esto puede consistir tanto en un aumento del activo como también en una disminución del pasivo¹²⁴⁴. Para medir este incremento se deberá tener en cuenta la "declaración jurada" que, según la ley pertinente, tenga que hacer el funcionario antes de asumir sus funciones. Si no se estableciera

ed., p. 608 y s., 621 y s.; CARO CORIA, en SAN MARTÍN/CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 201 y s.

1243. FERREIRA DELGADO, siguiendo la doctrina colombiana y argentina usuales y lo expuesto en la Exposición de Motivos del Anteproyecto colombiano de 1978; ver p. 118. En el Perú, GÁLVEZ VILLEGAS defiende la tesis de que la "acción típica" consistiría solamente en la acción de "enriquecerse" entendida como "acción y efecto" de incorporar bienes, derechos o activos, o extinguir o disminuir pasivos al patrimonio; p. 123 y s.

1244. FONTÁN BALESTRA, p. 323.

este deber del funcionario, la medición deberá hacerse a partir de la "declaración de impuesto a la renta" y los "signos exteriores de riqueza"¹²⁴⁵. En el Perú, en el caso de altos funcionarios, la prueba debería ser más fácil, pues estos están obligados, según el artículo 41 de la Constitución, a presentar su declaración jurada de bienes y rentas al momento de tomar posesión de sus cargos, durante el ejercicio y al cesar los cargos. Además, dichas declaraciones deberán ser publicadas de manera oficial.

A diferencia del tipo penal argentino, hasta antes de las modificaciones dadas por la Ley 27482, no se exigía en la versión inicial una cierta entidad del enriquecimiento, o sea que haya un "enriquecimiento patrimonial" *apreciable*¹²⁴⁶; por lo tanto, al igual que en Colombia, teóricamente parecía sostenible que hubiera bastado cualquier incremento patrimonial, en el sentido de incremento de activos y no de pasivos (p. ej., para defraudar al fisco), no justificado por las leyes y por la ética¹²⁴⁷. Pero por el propio verbo rector ("enriquecerse") deben descartarse los incrementos patrimoniales mínimos¹²⁴⁸. El problema está en fijar cuándo se ha dado el "enriquecimiento apreciable", pues para esto es inevitable recurrir a una cuantía, la cual no ha previsto el tipo penal peruano. La modificación del tipo penal por la Ley 27482 (publicada el 15/06/01) aclarará un poco esta cuestión: el "enriquecimiento" debe ser "noto-

1245. Similar, Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 431 y s.; 2.^a ed., p. 465., 3.^a ed., p. 616.

1246. Apreciable equivaldría a "considerable en relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo de desempeño de la función o en el período ulterior al cese de la misma hasta que se produce el requerimiento"; ver CREUS, p. 420. Una fórmula similar en FONTÁN BALESTRA, p. 324.

1247. FERREIRA DELGADO, p. 120; siguiéndolo, PRADO SALDARRIAGA, *Todo sobre el C.P.*, p. 292.

1248. Así Fidel ROJAS, 1.^a ed., p. 432; 2.^a ed., p. 466, 3.^a ed., p. 617.

rio" como desbalance entre las declaraciones juradas del funcionario y sus ingresos lícitos.

Por otro lado, la medición del enriquecimiento tampoco es segura, pues no arrojará la misma "cantidad apreciable" si se efectuara en el momento de la "sospecha" de una conducta infractora no probada del funcionario, o si se tomara en cuenta todo el período laboral del funcionario (con la consiguiente difuminación del enriquecimiento).

Tal vez, lo más razonable consista en diferenciar si el "enriquecimiento" investigado se refiere a un mes, a un año o a todo el período de ejercicio funcional y establecer, para cada caso, un porcentaje de enriquecimiento relevante en función del sueldo del funcionario¹²⁴⁹.

Para la prueba del "enriquecimiento ilícito" será necesario un *informe financiero y contable* que demuestre que el "promedio de productividad" del acusado y su "aptitud financiera" no puedan explicar el incremento patrimonial constatado¹²⁵⁰.

— La NO-JUSTIFICACIÓN. Se ha discutido sobre cuál deba ser considerada la "conducta típica". Para algunos, ella radicaría

1249. Hay también otras propuestas interesantes. GÁLVEZ VILLEGAS considera que bastaría un "desbalance entre los activos y pasivos patrimoniales", para lo cual la adición legal posterior ("notoriamente superior") solamente sería un "indicio"; los "incrementos mínimos" deberían ser introducidos de *lege ferenda* como circunstancia atenuante, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 135 y s. CARO CORIA sí otorga relevancia a la "entidad del incremento patrimonial" y sugiere como criterio cuantitativo de *lege ferenda* (en parte de manera similar a lo que he expuesto) "el incremento equivalente a tantas veces el sueldo del funcionario o los bienes declarados"; ver p. 209 y s. En la tercera edición Fidel ROJAS sugiere otras posibles referencias para determinar el enriquecimiento: unidades impositivas tributarias, sueldos mínimos y máximos de los funcionarios; ver p. 617.

1250. FERREIRA DELGADO, p. 120.

en el "enriquecimiento" del funcionario¹²⁵¹; para otros, se trataría más bien de la "no-justificación del enriquecimiento". En efecto, esta última tesis parece ser la correcta, pues el "enriquecimiento" por sí mismo no es ninguna acción reprochable y la "ilicitud" de éste recién proviene de la falta de demostración de sus orígenes legítimos¹²⁵². Y esta situación no cambia por el hecho de que el tipo penal no exija expresamente al funcionario demostrar la licitud del "origen" de los bienes que generan el incremento patrimonial¹²⁵³, pues en su naturaleza reside precisamente la ne-

1251. FONTÁN BALESTRA, c. más ref., p. 323. Recientemente en nuestro medio sigue esta tesis GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 122 y ss. Este autor entiende que la acción típica de "enriquecerse", entendida como una "incorporación de bienes, derechos o activos al patrimonio personal, familiar o de un tercero o una extinción o disminución de pasivos". Esto es en efecto lo que puede entenderse como "enriquecerse", pero ello por sí solo no puede ser una conducta típica, pues tal enriquecimiento es perfectamente lícito, abierto para cualquier persona, no está desvalorado de manera general por el Derecho; el mero enriquecimiento no insinúa siquiera algún atentado contra un bien jurídico reconocible. Sigue la tesis de GÁLVEZ VILLEGAS, CARO CORIA, aunque más adelante reconoce la licitud de la mera acción de enriquecerse del funcionario; ver en SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 185 y s., 190. Fidel ROJAS inicialmente centra de manera correcta la "ilicitud" no en el "enriquecimiento", sino en la acreditación de la procedencia ilegal o socialmente desvalorada del enriquecimiento ("ilicitud formal"); ver *ibídem*, p. 620.

1252. Así, CREUS, p. 418 y s., esp. nota 65-1.

1253. Muchos autores nacionales estiman que, a diferencia del tipo penal argentino, el peruano no implicaría una "inversión de la carga de la prueba" debido a esta circunstancia. ÁNGELES/FRISANCHO, p. 3283. En cambio, PORTOCARRERO admite, acertadamente, que el tipo penal, aunque no lo diga también exige la "no-justificación", p. 242. Fidel ROJAS refuerza esta tesis con el argumento de que el funcionario tiene el deber de rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos (lo que nadie discute en Derecho administrativo), y que de allí surgiría una "posición de garante". Pero con ello se refiere, por un lado, a deberes generales que no pueden sustentar un tipo penal (así como tampoco puede hacerlo

cesidad de demostrar esto para desvirtuar la sospecha de "ilicitud" del enriquecimiento verificado. Si esto no fuera así, sería imposible probar el delito. P. ej., ante un incremento patrimonial en una cuenta bancaria de un funcionario, no será el juez quien pruebe la licitud del origen de este incremento, sino el funcionario. Si el juez llegara a probar que el dinero provino de un soborno, ya no estaría probando el "enriquecimiento ilícito" (que, como todos admiten, sería siempre un tipo penal subsidiario), sino en realidad el "cohecho" que llevó al incremento patrimonial.

Entonces, luego de probado un "enriquecimiento" *inexplicable* por las investigaciones de la autoridad, el acusado tiene que demostrar que el "enriquecimiento" provenía de fuentes lícitas. Recién entonces podrá hablarse de un injusto penal; es por ello que para la determinación de la ILICITUD del enriquecimiento se produce una *inversión de la carga de la prueba*. La justificación no puede ser, entonces, una "condición objetiva de punibilidad"¹²⁵⁴. En realidad, el trasfondo de este tipo penal es una "presunción *juris tantum*" sobre la comisión de infracciones funcionariales que han llevado al funcionario a enriquecerse a costa del cargo que ostenta; aquí la licitud debe ser probada por quien la invoque, es decir,

la "obediencia" en términos generales); ver 3.ª ed., p. 620. Además, el mismo señala antes (correctamente) que se trata aquí de una "ilicitud formal" (*Ibidem*, p. 619 y s.).

1254. Así, CREUS, p. 417 y s.; FERREIRA DELGADO, siguiendo doctrina argentina, p. 118. FONTÁN BALESTRA inicialmente admite que hay una "inversión de la carga de la prueba" en el tipo penal, y sugiere que esto sería posible en el Derecho penal, pues existirían otros tipos penales que también la admiten: la "quiebra fraudulenta" por disminución no justificada del activo, según el artículo 176, inc. 2 C.P. argentino; p. 321. Pero luego, se inclina por la tesis de que en el enriquecimiento ilícito habría la imposición de un deber reforzado con una amenaza penal, y que la "no justificación" constituiría una condición objetiva de punibilidad; p. 323.

en este caso, por el funcionario a quien se le imputa el enriquecimiento ilícito. Aunque se diga que solamente existiría la imposición de un "deber" y que lo que se sancionaría sería su "incumplimiento"¹²⁵⁵, esto no deja de constituir una ficción, pues el delito no puede ser (ni tampoco se llama así) un incumplimiento de un deber formal.

Debido a estas razones de principio muchas legislaciones modernas (Alemania, España) no tienen un tipo penal de "enriquecimiento ilícito". Tampoco lo necesitan, pues su aparato judicial es suficientemente eficiente como para probar la existencia de los auténticos delitos (en sentido material) contra la Administración Pública que hayan llevado al enriquecimiento del funcionario corrupto. Esto no quiere decir que la verificación de un "enriquecimiento" del funcionario público no tenga ninguna importancia en el Derecho penal; ello puede constituir un indicio de la comisión de algún delito y, como tal, puede servir para fundamentar la imputación penal de la comisión de este delito concreto e iniciar las investigaciones disciplinarias y penales.

Finalmente, se suele justificar la existencia del tipo penal en el "deber de explicación" que tendría todo funcionario, deber ya existente en otros casos particulares regulados por la ley (p. ej., guardadores, secuestradores, síndicos de quiebra) porque el cargo exige una "especial pulcritud y claridad" del patrimonio del funcionario¹²⁵⁶. Es cierto que tal deber existe, pero es dudoso que su mera infracción conlleve un injusto penal¹²⁵⁷; más bien su fundamento es administrativo y civil. En el Derecho penal, el reproche

1255. Cfr. CREUS, p. 423.

1256. FERREIRA DELGADO, siguiendo al argentino SOLER, p. 118 y ss.

1257. Fidel ROJAS estima que la existencia del "deber de justificar ingresos" en los funcionarios públicos neutralizaría la cuestión de la "inversión de la carga de la prueba", p. 434; 2.^a ed., p. 468; 3.^a ed., p. 620.

ético-social se dirige a "actos" y estos deben ser probados por la administración de justicia.

— NATURALEZA ILEGAL DEL ENRIQUECIMIENTO. El tipo penal no exige probar la naturaleza del *origen ilícito* del "enriquecimiento apreciable". Aparentemente, el incremento patrimonial podría provenir de una mera infracción, de un delito cualquiera o de un delito contra la Administración Pública; incluso podría provenir de una fuente no ilícita, pero sí inmoral o antiética (p. ej., la "prostitución", una "apuesta ganada"), o por último podría tener una fuente lícita, pero que no puede ser demostrada por el funcionario (p. ej., una "liberalidad" anónima).

Ahora bien para esclarecer este punto, en el plano teórico, puede haber una interpretación con ayuda de los artículos que preceden al 401, pues todos ellos, al igual que en "enriquecimiento ilícito", están incluidos dentro del rubro "corrupción de funcionarios". El artículo 401-A se refiere al decomiso de "donativos, dádivas o presentes", y el artículo 401-B señala el procedimiento de adjudicación o aprovechamiento de estos bienes decomisados. Estos artículos no se restringen al "enriquecimiento ilícito", sino se extienden a toda la sección IV referida a la "corrupción de funcionarios", y proporcionan la base para interpretar el artículo 401 en el sentido de que el enriquecimiento ilícito solamente podría provenir de estos "donativos, dádivas o presentes" en el marco de la comisión de cualquier delito de "corrupción de funcionarios"¹²⁵⁸. Esto debería dejar impune el "enriquecimiento ilícito" producto de una infracción cualquiera o de otros delitos distintos, incluyendo los delitos de concusión y peculado¹²⁵⁹.

1258. Así lo ha interpretado también Fidel Rojas, 1.^a ed., p. 432 y s.; 2.^a ed., p. 466, 3.^a ed., p. 617 y s.

1259. Admiten que el "enriquecimiento" del funcionario pueda deberse a la comisión de cualquier otro delito, ÁNGELES/FRISANCHO, p. 3284; PORTOCARRERO, p.

Pero en toda esta discusión hay una incongruencia lógica. Si se dice que el tipo penal de "enriquecimiento ilícito" tiene "carácter subsidiario" (cedería ante otros delitos contra la Administración Pública), es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito (punible o no) del enriquecimiento. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratase de incrementos patrimoniales provenientes de un "cohecho" o cualquier otro delito contra la Administración Pública, estaría presuponiendo que estos delitos se encuentran probados y, por lo tanto, no tendría que aplicarse la figura de "enriquecimiento ilícito" (por ser un tipo subsidiario)¹²⁴⁰, sino las otras figuras. Lo único que realmente interesa, lo que es inmanente a la naturaleza del tipo penal de "enriquecimiento ilícito" (criticable, además, por eso) es que sea el sujeto activo el que no pueda probar el origen "lícito" del incremento. Aun cuando el sujeto admitiera de manera general que el incremento patrimonial proviene de delitos, si su confesión no estuviera unida a otros medios de prueba, no bastaría tampoco para probar los delitos que menciona; pero en este caso, aunque no se pueda abrir proceso por estos delitos concretos, no dejará de aplicarse la figura de "enriquecimiento ilícito", pues no ha dado una justificación razonable de su incremento patrimonial.

De esa manera, el tipo penal de enriquecimiento ilícito sí operaría con *carácter subsidiario*, como un *tipo residual* que abarcaría conductas que no han podido ser abarcadas por otros tipos legales. O también permite el inicio de un proceso penal para, una vez obtenidas las pruebas suficientes, reorientar el proceso hacia

243. Fidel ROJAS parece seguir también esta posición, aunque finalmente deja abierta la cuestión, ver 1.^a ed., p. 433, 435; 2.^a ed., p. 467, 469, 3.^a ed., p. 419, 421 y s.

1260. Precisamente por ello parece que PRADO SALDARRIAGA afirma que el delito debe ser subsidiario de otros delitos distintos de los "delitos funcionales"; p. 291.

la investigación de los "delitos de fondo", aquellos que han permitido el enriquecimiento del funcionario.

Como consecuencia, en principio, el "enriquecimiento" que sí podría importar *una aplicación autónoma* del tipo penal peruano se refiere a *cualquier incremento patrimonial que no tenga que ver con la comisión de delitos, pero que implique una infracción de los deberes funcionariales*. En el caso de "delitos" que puedan permitir autónomamente la figura de "enriquecimiento ilícito", esto solamente podrá ocurrir en aquellos casos en los cuales, pese a la existencia de un delito contra la Administración Pública en el cual el funcionario público haya participado y gracias al cual se haya enriquecido, *no es posible la persecución penal* para él por estos delitos: p. ej., cuando hayan prescrito. Debido a su elevada penalidad, según el sistema peruano de prescripción de la acción (en función del máximo de la pena), el "enriquecimiento ilícito" prescribirá después que muchos otros delitos contra la Administración Pública.

Esta interpretación permite entonces que el tipo penal de "enriquecimiento ilícito" se aplique como *tipo residual auténtico* cuando el enriquecimiento proviene de otros delitos perseguibles penalmente; y como *tipo autónomo* para los casos en los cuales el enriquecimiento provenga de conductas que no impliquen la comisión de delitos (aunque sí por lo menos la infracción grave de deberes funcionariales) o que, pese a suponer la comisión de delitos, no sea posible la persecución penal.

Una solución distinta se obtendría si se admitiera la *total autonomía* del tipo penal de "enriquecimiento ilícito", pero ello implicaría violar el principio de *ne bis in idem*, además de los demás atentados contra principios del Derecho penal que esta figura implica¹²⁶¹. Efec-

1261. Recientemente GÁLVEZ VILLEGAS ha defendido la tesis de la plena autonomía del tipo penal de "enriquecimiento ilícito", sobre todo, basándose en falta de previsión legal específica, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 146, 188, 199

tivamente, se tendería sancionaría dos veces a la misma persona por el mismo delito cometido: una vez por delito de "enriquecimiento ilícito", y otra por el delito principal contra la Administración Pública.

Debido a problemas prácticos en la investigación, el tipo penal argentino (art. 268, segundo párrafo) se refiere también a la necesidad de justificar el "enriquecimiento" de la *persona interpuesta* para disimular el del funcionario público. La reforma penal argentina hizo esta precisión para facilitar la prueba del enriquecimiento ilícito simulado mediante testaferros¹²⁶². Efectivamente, dentro de la lógica del legislador, esta medida facilita la persecución penal, pues en caso contrario (como en el tipo penal peruano), si se emplearan testaferros, en puridad, no puede imputarse al funcionario un "enriquecimiento", dado que formalmente no ha sido su patrimonio el que se ha incrementado.

— REQUERIMIENTO. El tipo peruano no precisa que algún funcionario exija al imputado la justificación de su incremento patrimonial. Aunque el tipo penal no exige expresamente un "requerimiento legal" al funcionario para que explique de qué fuente lícita proviene el incremento de su patrimonio, a pesar de ello, por la naturaleza del delito, durante el proceso investigatorio el funcionario tendrá que hacer una declaración sobre ello¹²⁶³.

y s. Admite en cambio la plena subsidiaridad CARO CORIA, con argumentos similares a los que yo empleo contra la subsidiaridad absoluta, en SAN MARTÍN/CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 155. La tesis mixta que defiende (tipo residual y autónomo, según dos grupos de casos distintos) parece ser avalada también por este último autor, p. 205. Esta tesis es considerada original y debatible por Fidel ROJAS, ver 3.ª ed., p. 626, nota 662, p. 613 (en donde sí parece admitir la posibilidad de una aplicación "autónoma" en casos de delitos prescritos, ver allí en la nota 645).

1262. Ver en FONTÁN BALESTRA, p. 325.

1263. También es del mismo parecer FERREIRA DELGADO, en relación con el tipo penal colombiano similar al nuestro en este aspecto, pues lo punible no es el

Se discute si este "requerimiento" debe ser efectuado por el Juez, o debe hacerlo, antes que éste, cualquier otro funcionario. Si para la consumación del delito se precisara la "no-justificación", es evidente que ésta deberá estar presente antes de la investigación judicial de los hechos. Por ello y además porque nada obliga a que sea el juez el que requiera, basta con que el "requerimiento" sea hecho en la propia administración por el funcionario jerárquicamente superior o uno que tiene por función controlar a otros funcionarios¹²⁶⁴.

— TIPO SUBJETIVO. Solamente se exige *dolo directo*, no es posible la culpa ni el dolo eventual¹²⁶⁵. El sujeto debe saber que se está enriqueciendo a costa del cargo. Además, aunque no se mencione expresamente, es consustancial al tipo el *ánimo de lucro* como intención de obtener beneficio patrimonial¹²⁶⁶.

Cuando la justificación sea imposible materialmente, debería admitirse que el tipo no se ha completado. La imposibilidad

"enriquecimiento" por sí mismo, sino la "no justificación"; ver p. 120. El "requerimiento" lo hará la autoridad investigadora previa (p. ej. la Contraloría) o el Juez; ver *idem*, p. 121.

1264. Cfr. CREUS, p. 422 y s.; FONTÁN BALESTRA, incluyendo también al funcionario jerárquicamente superior, p. 324.

1265. Sin embargo, parece admitir el dolo eventual, CREUS, p. 427. Admite expresamente el dolo eventual en cuanto al conocimiento probable sobre el nexo entre la conducta de enriquecimiento y el ejercicio del cargo, GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 156; lo sigue CARO CORIA, en SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 221 y s. El caso mencionado, sin embargo, es poco realista y suena muy forzado: si he entendido bien la idea de los autores, consistiría en que un funcionario supone que su conducta (ilícita) lo enriquece debido al ejercicio de su cargo. Recientemente también Fidel ROJAS excluye claramente el dolo directo, ver 3.^a ed., p. 623.

1266. Admite el "ánimo de lucro", GÁLVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 157; lo rechazan CARO CORIA, en: SAN MARTÍN/CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 223; Fidel ROJAS, 3.^a ed., p. 623.

puede provenir de una fuerza mayor o un caso fortuito. Ahora bien, mientras que algunos suponen aquí un caso de "falta de acción"¹²⁶⁷, en realidad, sí existen los elementos objetivos, pero lo que puede excluirse es el elemento subjetivo en el sentido del "querer la no-justificación".

Para la CONSUMACIÓN se necesita no solamente el "enriquecimiento" del funcionario¹²⁶⁸, es decir, el incremento de su patrimonio, sino el vencimiento de los plazos para la "justificación" de tal incremento. Ciertamente, esto último no está expresamente contemplado en el tipo e influye en los plazos de prescripción¹²⁶⁹, pero desde la perspectiva que considera esta figura un "ilícito formal", no veo otra interpretación posible: antes de la justificación del incremento patrimonial, no puede haber delito de enriquecimiento ilícito (sí puede haber un delito —no conocido o probado— de otra índole).

Por la propia descripción típica no es posible la TENTATIVA: si no hay aún enriquecimiento, no habría nada que justificar aún¹²⁷⁰, y, por lo tanto, tampoco ningún ilícito penal exteriormente reconocible. Algunos ven como tentativa al acto previo al "enriquecimiento" efectivo, producto de un delito de "corrupción de funcionarios" (p. ej., el que el cohechador todavía no cumpla la promesa de entregar el beneficio), pero esto supondría la prueba de la otra conducta punible y, por lo tanto, la no-aplicación de la figura subsidiaria de "enriquecimiento ilícito"¹²⁷¹. Por eso no es posible

1267. Así, CREUS, p. 419 y s.

1268. Así FONTÁN BALESTRA, pues la "no-justificación" sería una condición objetiva de punibilidad, p. 323.

1269. Ver la crítica de Fidel ROJAS, 3.ª ed., p. 624.

1270. FONTÁN BALESTRA, p. 323.

1271. Precisamente estos casos de conductas previas al enriquecimiento efectivo ("actos o negocios jurídicos desarrollados por los agentes de los delitos de

la tentativa¹²⁷². Por otro lado, si se admitiera una cuantía para el delito, podría considerarse como "tentativa" al "enriquecimiento" inferior a este límite¹²⁷³, pero esto lleva al problema de introducir otra vez en la esfera penal los enriquecimientos mínimos, esta vez como "tentativa".

No hay que olvidar que, aunque el tipo penal peruano no lo diga expresamente, la figura del "enriquecimiento ilícito" es o debe ser, en gran medida, SUBSIDIARIA a otros delitos específicos. Es decir, si el funcionario se enriquece, p. ej., apropiándose de bienes que tenía por función administrar, habrá cometido "peculado" antes que "enriquecimiento ilícito". La razón de ser del tipo penal aquí analizado es la de cubrir vacíos de punibilidad, pero también puede tener *sustantividad propia* en los casos ya señalados de enriquecimientos no justificados provenientes de delitos no perseguibles penalmente o de otro tipo de ilícitos penales. No obstante, la PENA prevista por este tipo penal atenta contra la lógica que inspira la creación de tipos penales subsidiarios (la que señala que la pena de los tipos subsidiarios siempre debe ser menor que la de los tipos penales principales)¹²⁷⁴.

enriquecimiento ilícito, llevados a cabo ante las distintas entidades públicas o privadas con la finalidad de incorporar al patrimonio del agente los bienes, activos y derechos...) son considerados como "tentativa" por GALVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 162 y ss, 163. No es muy clara la posición de CARO CORIA al respecto; al parecer rechaza de manera general la tentativa de "enriquecimiento ilícito" porque equivaldría a la punición de una "tentativa de peligro abstracto", pero finalmente parece admitirla para el caso de incrementos patrimoniales derivados de la comisión de infracciones disciplinarias, p. 249 y s.

1272. Así, CREUS, p. 424.

1273. Así procede Fidel ROJAS, 1.ª ed., p. 436; 2.ª ed., p. 470, 3.ª ed., c. más ref., p. 624.

1274. También exige recientemente de *lege ferenda* una disminución del marco penal, y de *lege lata* una aplicación de este marco tendente al mínimo legal, CARO CORIA, en SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 155 y s.

AUTOR del delito es el funcionario público, pero otras personas, funcionarios o particulares, *que intervengan en el proceso de enriquecimiento ilícito mismo* (p. ej., el que permite al funcionario una justificación del enriquecimiento) serán partícipes. En contra de lo que dice alguna doctrina¹²⁷⁵, los "testaferros" que sirven para ocultar los ingresos ilícitos del funcionario no son partícipes del delito por la acción de "ocultar", pues el injusto penal de esta figura es el "enriquecimiento ilícito" (en última instancia, la no-justificación del incremento patrimonial) y no la "ocultación" de dicho enriquecimiento¹²⁷⁶. Por eso mismo, el tercero que paga sobornos al funcionario tampoco podría ser considerado "cómplice" del enriquecimiento ilícito¹²⁷⁷. En todo caso, los terceros incurrirán en delito contra la administración de justicia: "encubrimiento real" (art. 405)¹²⁷⁸. Si se quisiera penar por separado la

1275. PORTOCARRERO, p. 243 y s. También FERREIRA DELGADO (p. 122), pero con sustento legal, pues en Colombia, por disposición expresa de la ley, el "ocultador" es coautor.

1276. Así también, en general, CREUS, pues la punibilidad de este sujeto solamente resulta de la previsión específica de su injusto penal; en caso contrario hubiera resultado impune; ver p. 425.

1277. Considera a los "testaferros" como cómplices, PORTOCARRERO, p. 243 y s. Fidel ROJAS seguía esta posición en la 1.^a (p. 437) y 2.^a ed. (p. 471); en la 3.^a ed. considera opinable y debatible el caso, y sugiere una previsión legal específica (ver *ibídem*, p. 625).

1278. También sigue en el fondo esta tesis, CARO CORIA, pues parece emplear un concepto amplio de "testaferro" en sentido de "todo aquel que colabore" con el funcionario que se enriquezca ilícitamente; por eso considera que este sujeto puede ser punible como partícipe cuando su colaboración se dé en un momento en que el funcionario no haya alcanzado aún el estado de enriquecimiento ("no esté consumado"), tal como yo también admito. Incluso llega a anotar que este "testaferro" podría ser "autor" del delito como *intraneus* (por lo visto hay aquí un error de transcripción, pues el "testaferro", aunque reúna la condición de funcionario público, no puede, de *lege lata*, ser considerado "autor" del enriquecimiento ilícito de otro funcionario). Ver en SAN MARTÍN/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, p. 247 y s.

conducta de estos sujetos, debería preverse, en todo caso, una figura independiente de "colaboración con el enriquecimiento ilícito", tal como existe en el artículo 268, segundo párrafo del C.P. argentino.

A diferencia de las fuentes extranjeras, el tipo penal peruano no prevé el SECRETO o la RESERVA de las pruebas presentadas durante el proceso penal¹²⁷⁹. Como ya indicaba FERREIRA DELGADO, la disyuntiva de tal medida están en considerar qué es más importante: impedir "el necesario escándalo que produce su publicidad", sobre todo en caso de absolución, o "evitar la podredumbre e impunidad que traen consigo todas las cosas secretas"¹²⁸⁰. El legislador peruano se ha decidido acertadamente por la segunda opción. Aun en el caso argentino, donde tal "secreto" no es obligatorio, sino solamente funciona por petición del funcionario, resulta ilusorio pensar que el funcionario se vería obligado a no confesar la fuente del "enriquecimiento" si ésta proviene de otro delito o ilícito administrativo; si se tratara de otro delito, es evidente que ningún secreto lo motivaría a confesar este otro delito, ya que prácticamente no existe ninguno que lleve a enriquecimientos y que tenga menor penalidad que el "enriquecimiento ilícito".

3.4.14 Decomiso de bienes (art. 401-A y s.)

Artículo 401-A.- En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados.

1279. Aprobando esta medida, FONTÁN BALESTRA, p. 325. Esta medida evitaría que la información obtenida sea usada con una finalidad diversa y permitiría confesar al funcionario un incremento patrimonial de origen inmoral o incluso delictivo.

1280. FERREIRA DELGADO, p. 117.

Artículo 401-B.- Los bienes decomisados o incautados durante la investigación policial y proceso judicial serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia, el que los asignará para su uso en servicio oficial o del Poder Judicial y el Ministerio Público, en su caso, bajo responsabilidad.

De dictarse sentencia judicial absolutoria se dispondrá la devolución del bien a su propietario.

Los bienes decomisados o incautados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos. Aquellos bienes que no sirvan para este fin serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingresos del Tesoro Público.

[Ambos artículos fueron incorporados por el D.L. 25489 de 10-05-92].

Llama la atención que esta disposición solamente esté prevista dentro de la sección IV referida a los delitos de "corrupción de funcionarios", y no a todos los delitos contra la Administración Pública que impliquen el enriquecimiento indebido de los funcionarios o sus testaferros, o el perjuicio de la Administración Pública. El artículo 431 del C.P. español, p. ej., se refiere expresamente al decomiso de los bienes en los delitos de "tráfico de influencias" y "cohecho".

Habría que preguntarse la razón de ser de una regulación específica del DECOMISO si ya existía una, de manera general, en el artículo 102 C.P. que permite al Juez el decomiso o la pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Más bien, la previsión específica del artículo 401-A podría restringir los alcances del artículo 102 C.P. si se entendiera que solamente pueden ser decomisados los bienes ilícitamente obtenidos a través de delitos de "corrupción de funcionarios" y no los que provengan de otros delitos contra la Administración Pública.

Por otro lado, el artículo 401-A parece presentar una redacción deficiente, pues debió decir "en todos los casos previstos en...". La redacción que comienza con: "En todo caso...". Esto parece indicar más bien que se trata de resolver una cuestión discutible o poco clara cuando se presente una situación de "decomiso".

En función de estas consideraciones, creo necesario y posible hacer una interpretación cuidadosa del artículo 401-A en el sentido de que no se opondría al artículo 102, sino que, más bien, ha sido destinado a resolver las dudas que se pudieran generar en aplicación de la regulación actual del "decomiso" (arts. 102 y ss.). P. ej., también deberá ser posible el "decomiso" de las "ganancias ilícitas" obtenidas por personas jurídicas, sin necesidad de vincular este decomiso a un pago de la reparación civil (tal como exige el art. 104). Así, si en un delito de "negociación incompatible" (art. 397) el "interés privado" del funcionario público generó ganancias en la contratación con una empresa privada, estas ganancias superiores a las que hubiera tenido de no mediar la parcialización del funcionario, deberán ser decomisadas sin límites en cuanto al pago de la reparación civil.

Lo que sí resulta una novedad es la regulación específica que hace el artículo 401-B para determinar el DESTINO ESPECÍFICO que se dé a los bienes decomisados. Cuando el decomiso no sea definitivo, pues todavía hay una investigación policial o judicial pendientes, los bienes pueden ser usados en el servicio oficial (se entiende que de los órganos del Poder Ejecutivo) o del Poder Judicial y del Ministerio Público. Y cuando el decomiso sea "definitivo", los bienes se adjudicarán al Estado y se destinarán al uso de los mismos organismos públicos. Si no tuvieran tal fin (porque no son útiles o necesarios para ello), serán vendidos en subasta pública y los ingresos pasarán al Tesoro Público.

Solamente en el primer caso ("decomiso temporal") puede objetarse el uso de los bienes. Si todavía no se ha definido que

provengan de la comisión de un delito, mal pueden ser usados (con la consiguiente depreciación e incluso pérdida de ellos). Debió haberse precisado que esta posibilidad solamente se aplicará a los bienes que por su naturaleza puedan ser "usados" a favor de la administración y sin peligro de causar menoscabo en dichos bienes.

3.5. DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 425.- Se consideran 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 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 Policía Nacional.*
- 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.*

Al respecto ver supra 1.2

Artículo 426.- "Los delitos previstos en los capítulos II y III de este Título serán sancionados además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

Al respecto ver supra 1.5

ANEXOS

EXTRACTO DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA EMPLEADA EN EL ANÁLISIS

A continuación solamente se transcriben los artículos de las leyes extranjeras que tengan relación directa con los tipos penales peruanos vigentes. Cuando es necesario, se anotan entre paréntesis las leyes que modificaron la versión original de los artículos, si hubieran sido modificados.

1. ALEMANIA (StGB de 1871)*

Personas y conceptos [definición penal de funcionario]

§ 11 I. Con relación a este Código será:

(...)

2. Titular de la función pública:

Quien, de acuerdo al Derecho alemán,

a) sea funcionario o juez,

* Se reproducen los artículos pertinentes en su versión traducida por ORTIZ DE NORIEGA/LARIOS SÁNCHEZ/PEG ROS/MONREAL DÍAZ en *Código penal Alemán StGB. Código procesal penal alemán StPO*, Barcelona, 2000, p. 24 y s., 184 y ss. Entre corchetes se incluye la terminología usualmente utilizada en nuestra disciplina para designar los tipos penales reseñados o alguna traducción alternativa. También se incluye, en traducción propia, la nueva versión de los tipos penales de "cohecho" modificados por la Ley de lucha contra la corrupción (KorrBG) de 13-08-1997. La responsabilidad por las traducciones alternativas y por las nuevas traducciones corren a mi cuenta.

- b) se encuentre en una relación de Derecho público especial, o
- c) sea designado por una autoridad o para un puesto especial o que en sus desempeños reciba tareas de la Administración Pública;

3. Juez

Quien, de acuerdo al Derecho alemán, lo sea por profesión o por título honorífico;

4. Los especialmente obligados por razón del servicio público:

Quien, sin ser titular de la función pública,

- a) en su papel de autoridad o puesto especial, reciba los encargos de la Administración Pública, o ["en la oficina de una autoridad o en cualquier otra oficina pública, asuma tareas de la Administración Pública, o"]
- b) como un grupo o comisión especial, establecimiento o empresa que ejecutan tareas de la Administración Pública para una autoridad o para un puesto especial, se ocupe o esté obligado formalmente por una ley al cumplimiento escrupuloso de sus obligaciones ["en una sociedad o en cualquier otra agrupación, establecimiento o empresa ejecuten tareas de la Administración Pública para una autoridad o cualquier otra oficina pública"];

(...)

Sección sexta

Resistencia a la autoridad del Estado

Resistencia contra funcionario ejecutor

§ 113 I. Quien oponga resistencia con violencia o con amenaza de violencia a un funcionario o soldado del ejército federal que esté encargado de ejecutar leyes, reglamentos, sentencias, decisiones judiciales o providencias, en el momento de disponerse a realizar tal acto de servicio, o le ataque de obra, será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.

II. En casos de especial gravedad la pena será de privación de libertad de seis meses a cinco años. Un caso de especial gravedad se presentará de acuerdo a Derecho cuando:

- 1. el autor u otro participe porte un arma consigo para utilizarla con ocasión del delito, o
- 2. el autor, a través de una actuación violenta, sitúe al agredido en peligro de muerte o de un grave daño corporal.

III. El hecho no será punible de acuerdo a este precepto cuando el acto de servicio no sea conforme a Derecho. Esto también será así cuando el autor asuma erróneamente que el acto de servicio sea conforme a Derecho.

IV. Cuando el autor asuma erróneamente, durante la comisión del hecho, que el acto de servicio no sea conforme a Derecho, y pudiese evitar el error, entonces el tribunal podrá moderar la pena según su justo parecer (§ 49, apartado II) o, en caso de culpa leve, prescindir de pena de acuerdo a este precepto. Cuando el autor no pudiese evitar el error y no se le pudiese tampoco requerir, de acuerdo a las circunstancias por él conocidas, defenderse con recursos jurídicos, contra el acto de servicio ilegal evitable, el hecho no será punible de acuerdo a este precepto. Cuando se le pudiese instar a ello, el tribunal podrá moderar la pena según su justo parecer (§ 49, apartado II) o prescindir de pena de acuerdo a este precepto.

Resistencia contra personas equivalentes a los funcionarios ejecutores

§ 114 I. Las actuaciones de personas que tengan los derechos y obligaciones de agentes de policía o que sean agentes de la policía judicial equivaldrán a los actos de servicios de un funcionario en el sentido del § 113, sin ser funcionarios.

II. El § 113 corresponderá aplicarlo para la protección de personas que sean consultadas como apoyo con ocasión del acto de servicio.

(...)

Sección séptima Delitos contra el orden público

(...)

Usurpación de cargo público

§ 132 El que, sin acreditación, desarrolle la actividad de un cargo público o asuma una actividad que sólo pueda ser asumida con la habilitación de un cargo público, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

Abuso de títulos, grados académicos, dignidades profesionales y emblemas

§ 132a I. El que, sin acreditación,

1. porte distintivos de la Administración o del servicio público, grados académicos, títulos o dignidades públicas nacionales o extranjeros,
2. porte los distintivos profesionales de médico, dentista, veterinario, farmacéutico, abogado, oficial de la propiedad industrial, interventor, censor jurado de cuentas, asesor o apoderado fiscal,
3. exhiba públicamente el distintivo de perito, o
4. lleve uniformes, trajes específicos de un servicio público, distintivos administrativos,

será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

II. Equivaldrán a las dignidades, grados académicos, títulos, dignidades, uniformes, trajes específicos de un servicio público, distintivos administrativos nombrados en el apartado I los que, por su semejanza, puedan ser confundidos con ellos.

III. Los apartados I y II serán válidos también para distintivos, títulos, dignidades, vestimentas y emblemas de las iglesias y otras sociedades religiosas de Derecho público.

IV. Los objetos a los que se refiera un delito del apartado I, número 4, sólo o en conexión con el apartado II o III, podrán ser confiscados.

(...)

Inutilizar prenda. Quebrantamiento de sello

§ 136 I. El que destruya, dañe, inutilice una cosa que haya sido tomada en prenda o oficialmente se encuentre embargada, o de otra forma, total o parcialmente, prive a la cosa de su utilidad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

II. Igualmente será castigado el que dañe, despreque o haga irreconocible un sello oficial que sea puesto para embargar cosas, clausurar o señalar oficialmente, o el que haga total o parcialmente ineficaz la clausura realizada por medio de tal sello.

III. El hecho no será punible según los apartados I y II cuando la prenda, el embargo o la colocación del sello no haya sido realizado por medio de una actuación oficial de acuerdo a Derecho.

Esto también será válido aunque el autor asuma erróneamente que la actuación oficial sea de acuerdo a Derecho.

IV. El § 1º del apartado I, se aplicará según convenga.

(...)

Sección vigésimo novena Delitos en la administración

Aceptación de prebendas [cohecho pasivo impropio] (mod. KorrBG de 13-08-1997)

§ 331 [traducción libre]

- 1) Un funcionario público o el especialmente obligado a un servicio público, que, para sí o para un tercero, solicite, se haga prometer o reciba una ventaja, para realizar el ejercicio funcional será penado con privación de la libertad de hasta tres años o con multa.
- 2) Un juez o un árbitro, que, para sí o para un tercero, solicite, se haga prometer o acepte una ventaja por haber realizado o para realizar en el futuro una actuación judicial, será penado con privación de la libertad de hasta cinco años o con multa. La tentativa es punible.
- 3) El hecho del párrafo 1 no es punible cuando el autor se haga prometer o reciba una ventaja no solicitadas por él y la autoridad competente, en el marco de sus facultades, o bien ha autorizado previamente la recepción o, tras habérselo comunicado el autor de manera inmediata a los hechos, da su autorización.

Versión anterior:

- I. Un funcionario o alguien especialmente obligado al servicio público que exija, permita que se le prometa o acepte una ventaja como contraprestación por haber realizado una actuación profesional, o que realizará en el futuro, será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.
- II. Un juez o árbitro que exija, permita que se le prometa o acepte una ventaja como contraprestación por haber realizado una actuación judicial, o por realizarla en el futuro, será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con multa. La tentativa será punible.
- III. El hecho no será punible de acuerdo al apartado I, cuando el autor se deje prometer o acepte una ventaja no exigida por él, y la autoridad competente, en el marco de sus competencias, haya permitido previamente la aceptación, o el autor presente una denuncia cuando se produzca y la autoridad permita la aceptación.

Soborno [cohecho pasivo propio] (mod. KorrBG de 13-08-1997)

§ 332 [traducción libre]

- 1) Un funcionario público o el especialmente obligado a un servicio público, que, para sí o para un tercero, solicite, se haga prometer o reciba una ventaja como contraprestación de que han realizado una actividad funcional o la realizarán en el futuro y con ello haya infringido o vaya a infringir sus deberes funcionales, será penado con privación de la libertad de

seis meses a cinco años. En casos menos graves la pena será de privación de la libertad de hasta tres años o multa. La tentativa es punible.

2) Un Juez o un Árbitro que, para sí o para un tercero, solicita, se hace prometer o recibe una ventaja como contraprestación por haber realizado una actividad judicial o para realizarla en el futuro, y con ello haya infringido o vaya a infringir sus deberes judiciales, será penado con privación de la libertad de uno a diez años. En casos menos graves, la pena será de privación de la libertad de seis meses a cinco años.

3) En caso de que el autor solicite, se haga prometer o reciba la ventaja como contraprestación para una actividad futura, los párrafos 1 y 2 serán también aplicables cuando éste se haya mostrado dispuesto, frente a los otros,

1. a infringir sus deberes durante la actividad, o
2. en la medida que la actividad esté dentro de su discrecionalidad funcional, a dejarse influir por la ventaja en el ejercicio de esta discrecionalidad.

Versión anterior:

I. Un funcionario o alguien especialmente obligado al servicio público que exija, permita que se le prometa o acepte una ventaja como contraprestación por haber realizado una actuación de oficio, o por realizarla en el futuro y, así, haya dañado o dañará sus obligaciones profesionales, será castigado con pena de privación de libertad de seis meses a cinco años. En casos de menor gravedad, con pena de privación de libertad de hasta tres años o con multa. La tentativa será punible.

II. Un juez o árbitro que exija, permita que se le prometa o acepte una ventaja como contraprestación por haber realizado una actuación judicial, o por realizarla en el futuro, y, así, haya dañado o dañará sus obligaciones judiciales, será castigado con pena de privación de libertad de uno a diez años. En casos de menor gravedad, con pena de privación de libertad de seis meses a cinco años.

III. En el caso en el que el autor exija, permita que se le prometa o acepte la ventaja como contraprestación por una actuación futura, se deberán aplicar los apartados I y II cuando él ya haya mostrado frente a los demás

1. dañar sus obligaciones con la actuación, o
2. en la medida en que la actuación dependa de su decisión, dejarse influir por medio de la ventaja en el ejercicio del juicio.

Concesión de ventajas [cohecho activo impropio] (mod. KorrBG de 13-08-1997)

§ 333 [traducción libre]

1) Quien ofrezca, prometa o conceda una ventaja a un funcionario público, a un especialmente obligado a un servicio público o a un soldado del

Ejército Federal, una ventaja, para ellos o para un tercero, será penado con privación de la libertad de hasta tres años o con multa.

2) Quien ofrezca, prometa o conceda a un Juez o un Árbitro una ventaja, para ellos o para un tercero, como contraprestación por haber realizado o para realizar en el futuro una actividad judicial, será penado con privación de la libertad de hasta cinco años o con multa.

3) El hecho del párrafo 1 no es punible cuando la autoridad competente, en el marco de sus facultades, o bien ha autorizado previamente la recepción de la ventaja por el receptor, o bien la ha autorizado luego de una comunicación inmediata del receptor.

Versión anterior:

I. Quien ofrezca, prometa o conceda como contraprestación a un funcionario, a alguien especialmente obligado al servicio público o a un soldado del ejército una ventaja por realizar en el futuro una actuación profesional que dependa de su criterio será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.

II. Quien ofrezca, prometa o conceda como contraprestación a un juez o árbitro una ventaja por realizar en el futuro una actuación judicial será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con multa

III. El hecho no será punible de acuerdo al apartado I cuando la autoridad competente, en el marco de sus competencias, haya permitido previamente la aceptación de la ventaja por parte del destinatario, o la permita ante la inmediata denuncia del destinatario.

Soborno [cohecho activo propio] (mod. KorrBG de 13-08-1997)

§ 334 [traducción libre]

1) Quien ofrezca, prometa o conceda una ventaja a un funcionario público, a un especialmente obligado a un servicio público o a un soldado del Ejército Federal, una ventaja, para ellos o para un tercero, como contraprestación por haber realizado una actividad funcional o para que la realice en el futuro, y con ello haya infringido o vaya a infringir sus deberes funcionariales, será penado con privación de la libertad de tres meses a cinco años o con multa. En casos menos graves, la pena será de privación de la libertad de hasta dos años o multa.

2) Quien ofrezca, prometa o conceda a un Juez o un Árbitro una ventaja, para ellos o para un tercero, como contraprestación de que éste

1. haya realizado una actividad judicial y con ello haya infringido sus deberes judiciales, o

2. vaya a realizarla en el futuro infringiendo con ello sus deberes judiciales, será penado en los casos del numeral 1 con privación de la libertad

de tres meses a cinco años; en los casos del numeral 2 con privación de la libertad de seis meses a cinco años. La tentativa es punible.

3) En caso de que el autor solicite, se haga prometer o reciba la ventaja como contraprestación para una actividad futura, los párrafos 1 y 2 serán también aplicables cuando éste haya intentado motivar al otro a que,

1. infrinja sus deberes durante la actividad, o
2. en la medida que la actividad esté dentro de su discrecionalidad funcional, a dejarse influir por la ventaja en el ejercicio de esta discrecionalidad

Versión anterior:

I. Quien ofrezca, prometa o conceda como contraprestación a un funcionario, a alguien especialmente obligado al servicio público o a un soldado del ejército una ventaja como contraprestación por haber realizado una actuación judicial, o por realizarla en el futuro, y, así, haya dañado o dañará sus deberes profesionales, será castigado con pena de privación de libertad de tres meses a cinco años. En casos de menor gravedad será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.

II. Quien ofrezca, prometa o conceda a un juez o árbitro una ventaja como contraprestación

1. por haber realizado una actuación judicial y, así, haya dañado sus deberes judiciales, o

2. por realizarla en el futuro y, así, dañará sus deberes judiciales.

será castigado con pena de privación de libertad de tres meses a cinco años en los casos del número 1, y con pena de privación de libertad de seis meses a cinco años en los casos del número 2. La tentativa será punible.

III. En caso de que el autor ofrezca, prometa o conceda la ventaja como contraprestación por una actuación futura, deberán aplicarse los apartados I y II si él trata de determinar al otro a que

- 1. perjudique sus deberes durante la actuación, o*
- 2. en la medida en que la actuación dependa de su decisión, que se deje influir, durante el ejercicio del juicio, por la ventaja.*

Casos especialmente graves de cohecho pasivo y activo propios (introd. KorrBG de 13-08-1997)

§ 335 [traducción libre]

1) En casos especialmente graves,

1. se sancionará con privación de la libertad de uno a diez años un hecho según

a) § 332, primer párrafo, primera oración, también en relación con el párrafo 3 y

- b) § 334, primer párrafo, primera oración y segundo párrafo, ambos también en relación con el párrafo 3.
- 2. se sancionará con privación de la libertad no menor de dos años un hecho según el § 332, segundo párrafo, también en relación con el párrafo 3.
- 2) Un caso especialmente grave según el párrafo 2 se presenta, por regla general, cuando
 - 1. el hecho se relaciona con una ventaja de gran magnitud,
 - 2. el autor recibe continuamente ventajas que ha solicitado como contraprestación de realizar en el futuro acciones funcionariales, o
 - 3. el autor actúa habitualmente o como miembro de una banda que tiene por finalidad la comisión continua de tales hechos.

Nota: el anterior art. 335 y el 335a, con modificaciones leves, constituyen ahora los arts. 336 y 337

Omisión de la actuación de oficio (mod. KorrBG de 13-08-1997)

§ 336 La omisión de la actuación equivaldrá a la realización de una actuación funcional o a una actuación judicial en el sentido de los §§ 331 a 335.

Retribución a un árbitro

§ 337 La retribución de un árbitro será sólo una ventaja en el sentido de los §§ 331 a 335 cuando el árbitro la exija, se deje ofrecer o acepte de una parte a espaldas de la otra, o cuando una parte se la ofrezca, prometa o conceda a espaldas de la otra.

(...)

Exacción ilegal de tarifas

§352 I. Un funcionario, abogado u otro asesor legal que ingrese honorarios u otras remuneraciones por actividades profesionales sabiendo que el pagador no las adeuda, o sólo en una mínima cantidad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

II. La tentativa será punible.

Exacción de contribuciones. Omisión parcial de la prestación

§ 353 I. Un funcionario que deba recaudar impuestos, tasas u otras contribuciones para una caja pública será castigado con pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años cuando recaude contribucio-

nes de las que él sepa que el pagador no las adeuda, o sólo en una mínima cantidad, y toda o parte de la recaudación ilícita no la ingrese en la caja.

II. Igualmente será castigado quien, como funcionario, conceda descuentos ilícitos al destinatario al realizar gastos en dinero o especie, y haga constar los gastos en la contabilidad como totalmente realizados.
(...)

Consecuencias accesorias

§ 358 El tribunal podrá privar de la facultad de desempeñar cargos públicos (§ 45, apartado II), junto a una pena privativa de libertad de, al menos, seis meses por razón de un delito de acuerdo con los §§ 332, 336, 340, 343, 345, apartados I y III, §§ 348, 352 a 353b, apartado I, §§ 354, 355 y 357.

2. ARGENTINA (C.P. de 1923)

Título XI

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Capítulo I

Atentado y resistencia contra la autoridad

Art. 237 (*Ley 23.077*).- Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

Art. 238 (*Ley 23.077*).- La prisión será de 6 meses a 2 años:

- 1) si el hecho se cometiere a mano armada;
- 2) si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;
- 3) si el culpable fuere funcionario público;
- 4) si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

Art. 239 (*Ley 23.077*).- Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal.

Art. 240 (*Ley 23.077*).- Para los efectos de los dos artículos precedentes, se reputará funcionario público al particular que tratase de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito.

Art. 241 (*Ley 23.077*).- Será reprimido con prisión de 15 días a 6 meses:

- 1) el que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;
- 2) el que sin estar comprendido en el art. 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones.

Art. 242 (*Leyes 23.077 y 24.282*).- Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 10,000 e inhabilitación especial de 1 a 5 años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescrita en las constituciones o leyes respectivas.

Art. 243.- Será reprimido con prisión de 15 días a 1 mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva.

En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de 1 mes a 1 año.

Capítulo II Falsa denuncia

Art. 244.- (*derogado por Ley 24.198*).

Art. 245 (*Leyes 13.569, 23.077 y 24.286*).- Se impondrá prisión de 2 meses a un año o multa de \$ 750 a \$ 12.500 al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad.

Capítulo III.

Usurpación de autoridad, títulos u honores

Art. 246.- Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año e inhabilitación especial por doble tiempo:

- 1) el que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;
- 2) el que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas;
- 3) el funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo.

Art. 247 (Ley 24.527).- Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.

Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren.

Capítulo IV

Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos

Art. 248.- Será reprimido con prisión de 1 mes a 2 años e inhabilitación especial por doble de tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

Art. 249 (Ley 24.286).- Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500 e inhabilitación especial de 1 mes a 1 año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

Art. 250.- Será reprimido con prisión de 1 mes a 2 años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que

rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

Art. 251.- Será reprimido con prisión de 1 mes a 4 años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

Art. 252 (Leyes 23.077, 24.286).- Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500 e inhabilitación especial de 1 mes a 1 año, el funcionario público que, sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.

Art. 253 (Ley 24.286).- Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500 e inhabilitación especial de 6 meses a 2 años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurren los requisitos legales.

En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.

Capítulo V

Violación de sellos y documentos

Art. 254 (Ley 24.286).- Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa.

Si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público, la pena será de multa de \$ 750 a \$ 12.500.

Art. 255 (Leyes 23.077 y 24.286).- Será reprimido con prisión de 1 mes a 4 años, el que sustrajere, ocultare, destruyere o inutilizare objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público. Si el culpable fuere el mismo depositario, éste será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500.

Capítulo VI

Cohecho

Art. 256 (Ley 16.648).- Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años o reclusión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta por 3 a 10 años el funcionario público que por sí o por persona interpuesta recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, o para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario público, a fin de que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Art. 257.- Será reprimido con prisión de 4 a 12 años e inhabilitación absoluta y perpetua, el juez que aceptare promesa o dádiva para dictar o demorar u omitir una resolución o fallo, en asunto sometido a su competencia.

Art. 258 (Ley 16.648).- Será reprimido con prisión de 6 meses a 6 años, el que directa o indirectamente, diere u ofreciere dádivas a un funcionario público, en procura de la conducta reprimida por el art. 256. Si la dádiva se hiciera u ofreciere a un juez, la pena será de reclusión o prisión de 2 a 6 años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de 2 a 6 años en el primer caso y de 3 a 10 años en el segundo.

Art. 259 (Ley 16.648).- Será reprimido con prisión de 1 mes a 2 años e inhabilitación absoluta de 1 a 6 años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo.

El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año.

Capítulo VII

Malversación de caudales públicos

Art. 260.- Será reprimido con inhabilitación especial de 1 mes a 3 años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrar una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del 20 al 50 % de la cantidad distraída.

Art. 261 (Ley 16.648).- Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 10 años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una Administración Pública.

Art. 262.- Será reprimido con multa del 20 al 60 % del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectue por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

Art. 263 (Ley 20.509).- Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Art. 264.- Será reprimido con inhabilitación especial por 1 a 6 meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Capítulo VIII

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

Art. 265 (Ley 16.648).- Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. Esta disposición será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubie-

ren intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curados, testamentarias o concursos.

Capítulo IX Exacciones ilegales

Art. 266 (Ley 16.648).- Será reprimido con prisión de 1 a 3 años e inhabilitación especial de 1 a 5 años, el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

Art. 267 (Ley 16.648).- Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta 4 años y la inhabilitación hasta 6 años.

Art. 268.- Será reprimido con prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de un tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Capítulo IX bis (Ley 16.648) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

Art. 268 (1).- Será reprimido con la pena del art. 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Art. 268 (2).- Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años.

3. COLOMBIA (C.P. 1980 y modif.)

Art. 63. Definición (mod. Ley 190). 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 considerarán 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 art. 338 de la Constitución Política.

La expresión "empleado oficial" se sustituye por la expresión "servidor público", siempre que aquélla sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal.

Art. 133. Peculado por apropiación. El empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tenga parte o de bienes de particulares, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a diez (10) años, multa de un mil a un millón de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

Cuando el valor de lo apropiado pase de quinientos mil pesos, la pena será de cuatro (4) a quince (15) años de prisión, multa de veinte mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años.

Art. 134. Peculado por uso. El empleado oficial que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de uno a cuatro años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

La misma pena se aplicará al empleado oficial que indebidamente utilice trabajo o servicios oficiales, o permita que otro lo haga.

Art. 135. Peculado por error ajeno. El empleado oficial que se apropie o retenga, en provecho suyo o de un tercero, de bienes que por error ajeno

hubiere recibido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

Cuando no hubiere apropiación ni retención, sino uso indebido, la pena se reducirá en la mitad.

Art. 136. *Peculado por aplicación oficial diferente.* El empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquélla a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

Art. 137. *Peculado culposo.* El empleado oficial que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a dos (2) meses.

Art. 138. *Peculado por extensión.* También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas sobre:

- 1 Bienes que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a título de auxilio o aporte a éste.
- 2 Bienes que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia o a juntas de acción comunal o de defensa civil.

Art. 139. *Circunstancias de atenuación punitiva.* Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá hasta en las tres cuartas partes.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá hasta en la mitad.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez podrá, en casos excepcionales y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el art. 61, disminuir la pena hasta en una cuarta parte.

Art. 140. *Concusión.* El empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

Art. 141. *Cohecho propio.* El empleado oficial que reciba para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad o acepte promesa remuneratoria, directa o indirecta, para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años, en multa de cinco mil a cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Art. 142. *Cohecho impropio.* El empleado oficial que acepte para sí o para un tercero, 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 seis (6) meses a dos (2) años, en multa de dos mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Art. 143. *Cohecho por dar u ofrecer.* El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a empleado oficial en los casos previstos en este capítulo, incurrirá en arresto de tres (3) meses a dos (2) años y multa de un mil a veinte mil pesos.

Art. 144. *Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.* El empleado oficial que en el ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en arresto de uno (1) a cinco (5) años, en multa hasta de cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a siete (7) años.

Art. 145. *Interés ilícito en la celebración de contratos.* El empleado oficial que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, en multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

Art. 146. *Inobservancia de los requisitos legales para contratar.* (mod. decreto 141) El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

Art. 147. *Tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial o testigo.* El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos.

Art. 148. *Enriquecimiento ilícito.* El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años.

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

Las pruebas aducidas para justificar el incremento patrimonial son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto.

Art. 149. *Prevaricato por acción.* El empleado oficial que profiriera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Art. 150. *Prevaricato por omisión.* El empleado oficial que omita, rehusé, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión

de uno (1) a cinco (5) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Art. 151. *Prevaricato por asesoramiento ilegal.* El empleado oficial que ilícitamente asesore, aconseje o patrocine a persona que gestione cualquier asunto en su despacho, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de quinientos a diez mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Art. 152. *Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.* El empleado oficial que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa de un mil a diez mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años.

Art. 153. *Abuso de autoridad por omisión de denuncia.* El empleado oficial que teniendo conocimiento de la comisión de un delito cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en pérdida del empleo.

(...)

Art. 156. *Abandono de cargo.* El empleado oficial que abandonare su cargo sin justa causa, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

Si el agente ejerce autoridad o jurisdicción o es empleado de manejo, se le impondrá, además, arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

Art. 157. *Asesoramiento y otras actuaciones ilegales.* El empleado oficial que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años.

Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad si el responsable fuere funcionario o empleado de la rama jurisdiccional o del ministerio público.

(...)

Art. 159. *Empleo ilegal de la fuerza pública.* El empleado oficial que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su

disposición para consumir acto arbitrario o injusto, o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Art. 160. Omisión de apoyo. El agente de la fuerza pública que rehúse o demore inmediatamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Art. 161. Usurpación de funciones públicas. El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

Art. 162. Abuso de función pública. El empleado oficial que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Art. 163. Simulación de investidura o cargo. El que únicamente simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública, incurrirá en arresto de seis (6) meses a un (1) año.

La pena se aumentará hasta en una tercera parte si para cometer el hecho el agente utilizare uniforme, prenda o insignia de uso privativo de la fuerza pública.

Art. 164. Violencia contra empleado oficial. El que ejerza violencia contra empleado oficial, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Art. 165. Perturbación de actos oficiales. El que por medio de violencia, o simulando autoridad, invocando falsa orden de la misma o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años.

4. ESPAÑA (C.P. 1995)

LIBRO I

Título I

(...)

Capítulo VI

Art. 24.- 1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas."

LIBRO II

(...)

Título XVIII

DE LAS FALSEDADES

(...)

Capítulo V

De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo

Art. 402.- El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

Art. 403.- El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

Título XIX

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Capítulo I

De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos

Art. 404.- A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

Art. 405.- A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Art. 406.- La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.

Capítulo II

Del abandono de destino

(...)

Art. 409.- A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público

esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses.

Capítulo III

De la desobediencia y denegación de auxilio

Art. 410.- 1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

Art. 411.- La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Art. 412.-1. El funcionario que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.

3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Capítulo IV

De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos

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

Art. 414.- 1. A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses.

(...)

Capítulo V

Del cohecho

Art. 419.- La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta,

dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.

Art. 420.- La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva.

Art. 421.- Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Art. 422.- Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Art. 423.-1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa de éstos.

2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior.

Art. 424.- Cuando el soborno mediere en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los

mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses.

Art. 425.- 1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.

Art. 426.- La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses.

Art. 427.- Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

Capítulo VI

Del tráfico de influencias

Art. 428.- El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleiéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Art. 429.- El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Art. 430.- Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.

Art. 431.- En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso.

Capítulo VII De la malversación

Art. 432.- 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro

meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

Art. 433.- La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

Art. 434.- La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Art. 435.- Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.
2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

Capítulo VIII

De los fraudes y exacciones ilegales

Art. 436.- La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.

Art. 437.- La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

Art. 438.- La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Capítulo IX

De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función

Art. 439.- La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

Art. 440.- Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años.

Art. 441.- La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la

oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Art. 442.- La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

Art. 443.- Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.
(...).

Título XIX bis

DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Art. 445 bis.- Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de

que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.

(...)

Título XXI

DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN

Capítulo III

De los delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes

Sección 2.^a

De la usurpación de atribuciones

Art. 506.- La autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

(...)

Título XXII

DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

(...)

Capítulo II

De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencias

Art. 550.- Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

Art. 551.- 1. Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses.

Art. 552.- Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso.
- 2.^a Si el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Art. 553.- La provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

Art. 554.- 1. El que maltratare de obra o hiciere resistencia activa grave a fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será castigado con las penas establecidas en los artículos 551 y 552, en sus respectivos casos.

2. A estos efectos, se entenderán por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado.

Art. 555.- Las penas previstas en los artículos 551 y 552 se impondrán en un grado inferior, en sus respectivos casos, a los que acometan o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.

Art. 556.- Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o a sus agentes, o los desobedecieran gravemente, en el

ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

Capítulo III De los desórdenes públicos

(...)

Art. 558.- Serán castigados con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente, o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales.

(...)

Capítulo IV Disposición común a los capítulos anteriores

Art. 562.- En el caso de hallarse constituido en autoridad el que cometa cualquiera de los delitos expresados en los capítulos anteriores de este Título, la pena de inhabilitación que estuviese prevista en cada caso se sustituirá por la inhabilitación absoluta por tiempo de diez a quince años, salvo que dicha circunstancia esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

(...)

BIBLIOGRAFÍA

a) Textos

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "El transfuguismo político: ¿delito de cohecho?", *Cathedra, Espíritu del Derecho. Revista de los Estudiantes de Derecho de la UNMSM*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, N.º 8, Lima, 2001, p. 79 y ss.
2. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Derecho penal económico, parte especial*, Lima, 2001.
3. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "A manera de presentación: nociones preliminares", en ROXIN: *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Lima, 1997, p. 13 y ss.
4. ASÚA BATARRITA, Adela (editora), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997.
5. ÁNGELES G., Fernando/Manuel FRISANCHO A.: "Delitos contra la Administración Pública", *Código penal comentado*, T. VII, Lima, 1998.
6. BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Autoría y participación*, Madrid, 1996.
7. BAUMANN/WEBER/MITSCH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., Bielefeld, 1995.
8. BOLDOVA PASAMAR, Miguel A.: *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995.
9. BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS TORRES: *Código Penal anotado*, Lima, 1996.
10. BUSTOS, Juan: *Derecho penal, parte especial*, Barcelona, 1991.
11. CANCIO MELIÁ, Manuel: "La teoría de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo", en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p. 61 y ss.

12. CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada, 2002.
13. CARREÑO MARÍN, Patricia: "El delito de concusión - verbo solicitar", en: *Derecho penal y Criminología*, Vol. VIII, N.º 29, 1986, Universidad Externado de Colombia, p. 29 y ss.
14. CASTILLO ALVA, José Luis: "El caso Kouri-Montesinos (una vergüenza nacional): entre el cohecho y la impunidad", *Boletín del Taller de Dogmática Penal*, Año 1, N.º 1, octubre 2000, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.
15. CEREZO MIR: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 207 y ss.
16. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN y otros: *Derecho penal. parte especial*, Valencia, 1990.
17. CREUS, Carlos: *Derecho Penal. parte especial*. Buenos Aires, 1981.
18. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes: "La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España", en ROXIN: *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Lima, 1997, p. 49 y ss.
19. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/Inés OLAIZOLA NOGALES, "La responsabilidad penal de los funcionarios. El Código penal de 1995", *Auditoría. Revista de los órganos autonómicos de control externo*, N.º 6 (julio 1996), España, p. 39 y ss.
20. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/Inés OLAIZOLA NOGALES: "La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N.º 223 (30-11-1995), España, p. 1 y ss.
21. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.
22. DONNA, Edgardo Alberto: "El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal del Perú", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 11 (2002), p. 261 y ss.
23. DU PUIT, José: "Corrupción en el Perú: Breve reseña histórica", *Anuario Derecho Penal 95*, Lima, 1996, p. 101 y ss.
24. FEIJÓO SÁNCHEZ, "Delitos contra la Administración Pública en el Código penal español de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 7/8, p. 697 y ss.
25. FERREIRA DELGADO, Francisco: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, 1985.

26. FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal*, T. VII, parte especial, Buenos Aires.
27. FRANCIA ARIAS, José: "Apuntes sobre el delito de abuso de autoridad", *Apuntes de Derecho*, Año II, N.º 1, Lima, p. 161 y ss.
28. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A.: *Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, 2001.
29. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A.: "Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 11 (2002), p. 457 y ss.
30. GAVIRIA LONDOÑO, Vicente E.: "La función propia del cargo en los delitos de peculado. Un caso de jurisprudencia", *Derecho penal y Criminología*, Vol. XIII, N.º 43, 1991, Universidad Externado de Colombia, p. 117 y ss.
31. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966.
32. GROPP: *Deliktstypen mit Sonderbeteiligung: Untersuchungen zur Lehre von der "notwendigen Teilnahme"*, Tübinga, 1992.
33. HERZBERG: *Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände*, GA 1971, p. 1 y ss.
34. HERZBERG: *Täterschaft und Teilnahme*, Munich, 1977.
35. HURTADO POZO, José, *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1987.
36. JAKOBS, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1993.
37. JAKOBS, Günther: "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", en JAKOBS, Günther/Manuel CANCIO MELIÀ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, p.165 y ss.
38. JESCHECK: "Comentarios previos al art. 331", *Leipziger Kommentar*, 11.^a ed., 1993.
39. JESCHECK/WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996.
40. KLEINMANN, Werner/Werner BERG: "Änderungen des Kartellrechts durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.8.1997", *Betriebsberater*, 1998, p. 277 y ss.
41. KÜPER: *Konvergenz. Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte*, GA 1997, p. 301 y ss.
42. LÜDERSSEN, K.: *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967.
43. MAGATA: *Die Entwicklung der Lehre von der notwendigen Teilnahme*, Jura 1999, p. 246 y ss.
44. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: "Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal", en: Diego Díaz-Santos/Sánchez López (eds.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Madrid, 2000, p. 51 y ss.

45. MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000.
46. MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal, parte general*, Barcelona, 1996.
47. MOLINAS, Fernando H.: "El peculado. Una aproximación a algunas cuestiones penales", *Doctrina Penal*, N.º 12, 1989, Buenos Aires, p. 159 y ss.
48. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, parte especial*, Valencia, 1996.
49. MUÑOZ CONDE, Francisco/Mercedes GARCÍA ARÁN: *Derecho penal, parte general*, Valencia, 1996.
50. PEÑA OSSA, Erleams de Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, 1995.
51. OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980.
52. OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, Valencia, 1999.
53. OLAIZOLA NOGALES, Inés: "Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos", *Poder Judicial*, N.º 40 (oct.-dic. 1995), España, p. 425 y ss.
54. ORTS BERENGUER, Enrique/Inma VALEJUE ÁLVAREZ en: Vives Antón (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996.
55. OTTO, Harro: *Straflose Teilnahme?*, L. H. a Richard Lange, 1976, p. 197 y ss.
56. PEÑA OSSA, Erleams, *Delitos contra la Administración Pública*, Santa Fe de Bogotá, 1995.
57. PEÑARANDA RAMOS, Enrique: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990.
58. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 1996.
59. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, T. I, Lima, 1997.
60. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000.
61. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentarios al nuevo Código Penal* (español), Pamplona, 1996.
62. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): *Comentarios a la parte especial del Código penal*, Pamplona, 1999.
63. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974.
64. REBOLLO VARGAS, Rafael: *La revelación de secretos e informaciones por funcionarios públicos*, Barcelona, 1996.
65. REBOLLO VARGAS, Rafael: "Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el Título XIX, Libro II del Código penal

- español (delitos contra la Administración Pública)", *Libro-Homenaje al Prof. Marino Barbero Santos*; Madrid, 2001.
66. ROCA AGAPITO, Luis: "Nuevo perfil de la malversación en el Código penal de 1995. Destrucción de cosa propia embargada", en: QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 1721 y ss.
 67. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, 1995.
 68. RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999.
 69. ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 1.^a ed., 1999; 2.^a ed., 2001; 3.^a ed., 2002.
 70. ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Munich, 1997 (traducción al español, 1997, Madrid, ed. Civitas); T. 1, 1997, 3.^a ed.; T. 2 (próxima publicación en el 2003).
 71. ROXIN, Claus: *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998.
 72. ROXIN, Claus: en *Leipziger Kommentar*, comentarios previos al art. 26, 11.^a ed., 1993.
 73. RUEDA MARTÍN, María Ángeles: "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 12 (2002), p. 419 y ss.
 74. SANCINETTI, Marcelo A.: "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", *Doctrina Penal*, N.º 9, 1986, p. 71 y ss.
 75. SAN MARTÍN CASTRO, César: "Delito de desobediencia a la autoridad", *Anuario Derecho Penal* 88, Lima, p. 95 y ss.
 76. SAN MARTÍN CASTRO, César/ CARO CORIA, Dino C./ REAÑO PESCHIERA, José L.: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Lima, 2002.
 77. SAX, Walter: "Zur Problematik des Teilnehmersdelikts", *ZStW* 90 (1978), p. 927 y ss.
 78. SCHMIDHÄUSER, Eberhard: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1975.
 79. SCHÖNKE/SCHRÖDER y otros: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25.^a ed. (1997); 26.^a ed. (2001), Munich.
 80. SGUBBI, Filippo: "Los delitos contra la Administración Pública (reflexiones dogmáticas y político-criminales a la luz de la reciente evolución del Derecho penal italiano)", *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 70, España, 2000, p. 115 y ss.

81. SITZMANN: *Zur Strafbarkeit sado-masochistischer Körperverletzungen*, GA 1991, p. 71 y ss.
82. SOWADA: *Die "notwendige Teilnahme" als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht*, Berlin, 1992.
83. SOWADA: *Der begünstigte Gläubiger als strafbarer "notwendiger" Teilnehmer im Rahmen des § 283c StGB?*, GA 1995, p. 60 y ss.
84. STRATENWERTH, Günter: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Colonia, 2002.
85. TIEDEMANN, Klaus: "Delinquenzverhalten und Machtmißbrauch multinationaler Unternehmen", en Tiedemann (edit.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, Colonia, 1980, p. 1 y ss.
86. TRONDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49.^a ed., Munich, 1999.
87. URQUIZO OLAECHEA, José: "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 12, Lima, 2002, p. 229 y ss.
88. VALEIJE, Inmaculada: "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y 'personas que desempeñan una función pública'", en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 62, España, 1997, p. 435 y ss.
89. VALEIJE, Inmaculada: *El tratamiento penal de la corrupción de funcionarios: el delito de cohecho*, Madrid, 1996.
90. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho penal*, Lima, 1990.
91. VORMBAUM: *Probleme der Gläubigerbegünstigung*, GA 1981, p. 116 y ss.
92. WOLTER, Jürgen: *Notwendige Teilnahme und straflose Beileiligung*, JuS 1982, p. 343 y ss.
93. ZIESCHANG, Frank: *Das EU-Bestechungsgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung*, NJW, 1999, p. 105 y ss.

b) Jurisprudencia

1. *Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985
2. *Normas Legales*, Trujillo, Perú.
3. PRADO SILDARRIAGA, Víctor: *Derecho penal, jueces y jurisprudencia. Parte general*, Lima, 1999.
4. ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Lima, 1997.
5. ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, T. I, Lima, 1999.

