
PRAXIS

CARO & ASOCIADOS

Veintiún años de especialización e internacionalización jurídica

Firma peruana especializada en Derecho Penal Económico y de la Empresa, y principal boutique de *compliance* del Perú, que ha sostenido durante veintiún años una misma línea de trabajo: acompañar a empresas, directivos, inversionistas e instituciones en la prevención, la gestión y la defensa frente a los riesgos jurídicos más complejos, en especial los ligados a la criminalidad económica, la responsabilidad de la persona jurídica, la integridad corporativa y el cumplimiento normativo. A ese núcleo de servicios se suman la litigación, el Derecho Corporativo, el Derecho Minero, el Legal Forensic y la práctica de AI Legal Tech, además de una vocación formativa que se canaliza a través del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE).

Su sello está en unir dos ámbitos que la práctica jurídica suele mantener separados: la defensa penal de la empresa y la prevención a través de sistemas de cumplimiento. Para Caro & Asociados su labor no se reduce a reaccionar cuando el conflicto ya estalló: abarca el análisis regulatorio, las investigaciones internas, la elaboración de informes técnicos, la actuación pericial como *expert witness* y el acompañamiento estratégico en aquellos escenarios de máxima exposición: penal, regulatoria o reputacional. Esa mirada integral ha convertido a la firma en un referente peruano en Derecho Penal Económico y *compliance.*

Los resultados se miden en hechos, y los de Caro & Asociados están documentados. Detrás de cada cifra hay una empresa que aprendió a defenderse y, muchas veces, a aplicar correctivos a tiempo. Entre 2005 y 2026, la firma ha asumido más de 4,950 casos en materia de *white collar crime*: investigaciones que se resolvieron antes de llegar a juicio, crisis contenidas antes de estallar y directivos que comprendieron que el cumplimiento preventivo no es un costo, sino una forma de proteger lo que han construido. A ello se suman informes preventivos, dictámenes para procesos en curso, opiniones sobre proyectos normativos y programas de formación *in house* diseñados para evitar la recurrencia de errores. En el terreno del *compliance*, ese trabajo se traduce en más de 5,500 horas de práctica especializada y en la confianza de 242 instituciones –empresas nacionales y extranjeras, entidades públicas y organizaciones sin fines de lucro– que pusieron en sus manos decisiones difíciles. Su huella

alcanza también al debate público: más de 385 horas dedicadas a procesos legislativos sectoriales, más de 1,320 horas de intervención en foros nacionales e internacionales y más de 165 publicaciones especializadas con las que la firma ha querido devolver al Derecho parte de lo que la práctica le enseñó.

La exigencia del *compliance* no se queda en las palabras: se somete a prueba. Caro & Asociados predica con el ejemplo lo que asesora a sus clientes. Fue la primera firma peruana en obtener la certificación bajo la norma ISO 37001, relativa a sistemas de gestión antisoborno, y asimismo la primera en obtener la certificación bajo la norma ISO 37301, referida a sistemas de gestión de *compliance*, con trece auditorías externas superadas que renuevan, año tras año, ese compromiso. Ese mismo rigor es el que reconocen los principales directorios jurídicos internacionales –Chambers & Partners, Legal 500, Latin Lawyer 250, LACCA, Leaders League, Best Lawyers y The Latin American Lawyer–, en los que la firma mantiene una presencia sostenida.

Si algo define el rumbo reciente de la firma es su internacionalización, que no nació como una operación de imagen, sino como una respuesta necesaria para enfrentar el mundo actual. Las empresas, los patrimonios familiares y los inversionistas viven ya en escenarios que cruzan fronteras, lo mismo que sus riesgos –penales, tributarios, regulatorios, reputacionales–. Atender esa realidad exigía estar también al otro lado del Atlántico. El primer paso se dio en octubre de 2023, con la apertura de una oficina en Madrid que inauguró la presencia europea de Caro & Asociados sobre el eje Perú-España.

A Madrid siguió Barcelona, donde la segunda plaza europea quedó operativa en enero de 2025 y se anunció públicamente en marzo de ese año con la integración de Grup Indei Assessors SLP. Lejos de ser un simple gesto de expansión, esa unión sumó músculo real: capacidades en *tax compliance*, gestión de riesgos fiscales, planificación tributaria internacional, *corporate compliance*, asesoramiento financiero-contable y Derecho Mercantil y Societario, de modo que un cliente pueda ser acompañado de forma coordinada en uno y otro lado del océano.

El capítulo más reciente de esta historia es la integración de B Law & Tax, *boutique* madrileña especializada en asesoramiento legal y fiscal internacional que, por ahora, conserva su nombre dentro de una plataforma más amplia. No es una incorporación menor: con más de veinte años de trayectoria y un equipo de veinte profesionales, B Law & Tax ha velado por un patrimonio superior a 1,200 millones de euros y atiende a clientes en 82 países –el 72 % de ellos internacionales–. Que el 95 % de esos clientes vuelva dice, mejor que cualquier eslogan, qué significa la confianza ganada con el tiempo.

Con estos pasos, Caro & Asociados ya no es solo una firma peruana especializada: se ha convertido en una plataforma legal iberoamericana, con raíz en Lima y presencia estratégica en Madrid y Barcelona. Una firma capaz de ofrecer el mismo estándar técnico a ambas orillas del Atlántico, sin que el cliente note la distancia. Esa es, hoy, su identidad y su horizonte.

El trabajo académico responde a esa misma manera de entender la profesión. Para Caro & Asociados, el Derecho no termina en la defensa de un caso ni en los consejos vertidos en el directorio de una empresa: obliga también a crear y compartir conocimiento jurídico de calidad. Vista así, su trayectoria de veintiún años no es solo la historia de una firma exitosa, sino la de una contribución constante al Derecho Penal Económico, al *compliance* y a una cultura de integridad empresarial que el Perú –y toda Iberoamérica– necesitan. Su producción bibliográfica es, también, una forma de seguir defendiendo aquello en lo que cree Caro & Asociados.



Dino Carlos Caro Coria

es un jurista cuya trayectoria profesional no puede explicarse sin poner un mapa sobre la mesa: su recorrido intelectual conecta Lima con Salamanca, Freiburg, Manchester, Boston, Barcelona y Madrid. Una ruta hacia la dogmática penal de mayor referencia que explica su orientación a la práctica forense de alta complejidad y una visión anticipada de hacia dónde se mueve el Derecho Penal en tiempos de transformación tecnológica.

Su vocación jurídica comenzó en una época en la que el Derecho Penal peruano todavía miraba con distancia materias que hoy son parte de la agenda jurídica: criminalidad empresarial, responsabilidad penal de la persona jurídica, cumplimiento normativo, lavado de activos o prevención de riesgos corporativos. Mientras muchos seguían mirando el Derecho Penal desde sus categorías más clásicas, Caro Coria se decantaba por un futuro que hoy es presente: la dinámica y las tensiones entre el poder económico, la regulación y la sanción penal.

Ese interés lo llevó a cruzar el Atlántico y doctorarse en Derecho en la Universidad de Salamanca, una de las grandes canteras del pensamiento jurídico iberoamericano. Más adelante realizaría estudios posdoctorales en el prestigioso Instituto Max Planck de Freiburg, en Alemania, uno de los centros de investigación penal y criminológica más influyentes del mundo. Ahí, en contacto con algunas de las escuelas dogmáticas más sólidas de Europa, terminaría de consolidar una visión comparada y profundamente técnica del Derecho Penal Económico.

Pero reducir a Dino Carlos Caro Coria a la figura de académico sería quedarse a mitad del retrato. Es de los pocos juristas que combinan la profundidad conceptual con una curiosidad incesante que otea las tendencias de cambio que transforman la práctica jurídica. De ahí su formación en *compliance* internacional, prevención del lavado de activos, transformación digital, *legal tech* y *machine learning* en instituciones como el FIBA AML Institute, AENOR, la International Compliance Association, el Massachusetts Institute of Technology (MIT), ESADE e IE Law School. Pocos penalistas latinoamericanos han construido un perfil tan híbrido entre la tradición dogmática y la innovación tecnológica.

Por otro lado, su vocación por la docencia comenzó muy temprano y se prolongó durante décadas en algunas de las principales universidades e instituciones del país: la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima, la Universidad del Pacífico, ESAN, la Academia de la Magistratura, entre otras. Debido a su reconocida reputación recibe constantes invitaciones académicas en universidades españolas como Salamanca, Castilla-La Mancha, Santiago de Compostela, Granada, Sevilla y Barcelona. Y desde este año ha asumido un nuevo desafío como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Politécnica del Perú, posición desde la que impulsa una formación jurídica alineada con los desafíos del *compliance*, la tecnología y la criminalidad empresarial contemporánea.

Su influencia no se ha limitado al ejercicio del pensamiento dogmático o a las aulas académicas. Ha participado directamente en algunos de los procesos más relevantes de reforma penal en el Perú: integró la Comisión Revisora del Código Penal; participó en la elaboración del nuevo Código Procesal Penal de 2004. Posteriormente, presidió la comisión del Ministerio de Justicia que elaboró el Anteproyecto de Ley contra la Criminalidad Organizada (2007) y formó parte de la comisión que diseñó la regulación penal contra la minería ilegal (2012). Estas responsabilidades reflejan una intervención directa en la configuración de la política criminal peruana contemporánea, particularmente en ámbitos de alta complejidad económica y organizativa.

Dino Carlos Caro Coria es socio fundador de Caro & Asociados, firma especializada en Derecho Penal Económico y litigios complejos con presencia en Lima, Madrid y Barcelona. Desde su reconocido bufete ha acompañado a empresas, directorios y altos ejecutivos en investigaciones de enorme sensibilidad jurídica y reputacional, convirtiéndose en referencia obligada en la defensa penal corporativa.

Como autor de obras jurídicas ha publicado: *La protección penal del ambiente* (Lima: Benites, Forno & Ugaz, 1995); *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación* (Lima: Gráfica Horizonte, 1995); *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* (con César San Martín Castro, Lima: Grijley, 2000); *Marco jurídico de la libertad de prensa en el Perú* (Lima: IPYS, 2001, reimpresión 2002); *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir* (con César San Martín Castro y José Leandro Reaño Peschiera, Lima: Jurista Editores, 2002); y *Derecho Penal y Procesal Penal. Estudios* (Lima: Gaceta Jurídica, 2019).

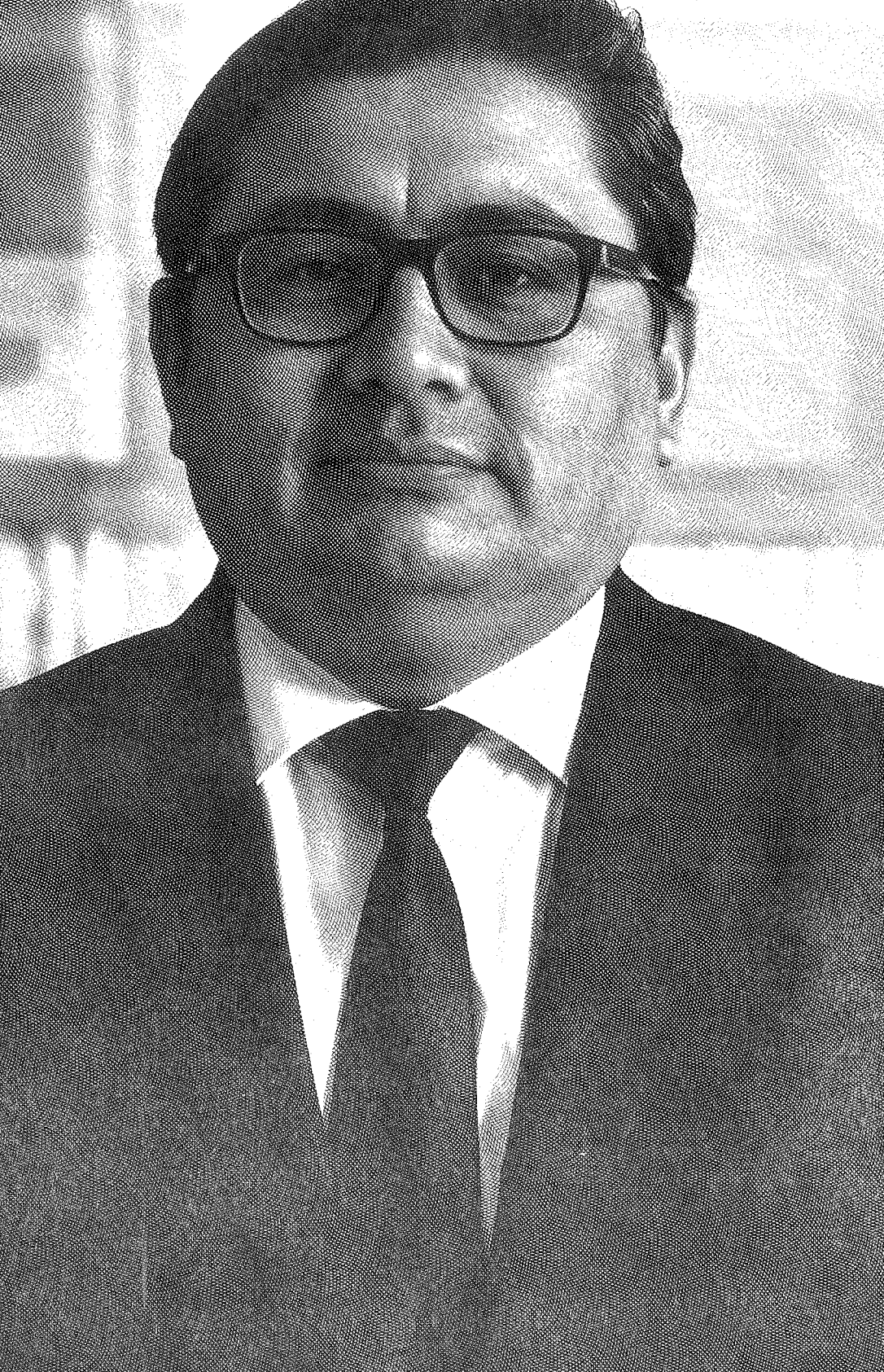
En coautoría con Luis Miguel Reyna Alfaro ha publicado *Derecho Penal. Parte General* (1ª edición, 2023, Lima: Escuela de Derecho LP; 2ª edición en curso con Praxis), premio al libro de la Inter-American Bar Association (2023);

y *Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial* (1ª edición, 2016, Lima: Jurista Editores; 2ª edición, 2019, Lima: Gaceta Jurídica; 3ª edición en curso con Praxis). Y con Luis Miguel Reyna Alfaro y Fernando Iberico Castañeda publicaron *Código Procesal Penal* (Lima: Jurista Editores, 2012).

Además, Caro Coria y Reyna Alfaro han coordinado las obras colectivas *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo* (Lima: Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa - CEDPE, 2013); *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera* (Lima: Jurista Editores, 2013); y *El delito de lavado de activos en la jurisprudencia* (Lima: Jurista Editores, 2020). Ambos dirigen también la colección *El Derecho ante los riesgos de la modernidad* que publica Derecho Global Editores (México), que cuenta con dos volúmenes monográficos sobre *Ciberseguridad, cibercrimen y nuevas tecnologías* (2023); y *Ciberseguridad, cibercrimen y AI legal tech* (2025); y el *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* (desde 2011) editado por el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa - CEDPE.

La producción bibliográfica de Dino Carlos Caro Coria, sus múltiples roles institucionales y su liderazgo académico como director del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa - CEDPE, presidente de la Asociación Internacional de Compliance y director del Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa - ADPE, terminan de perfilar a un jurista cuya trayectoria e influencia trasciende fronteras.

Como académico, litigante, reformador, gestor y visionario, Dino Carlos Caro Coria pertenece a esa cepa de juristas que no esperan a que el Derecho Penal cambie para adaptarse, sino que tienen una activa participación en su reforma y transformación.



Luis Miguel Reyna Alfaro

ha moldeado una carrera profesional que, desde hace más de dos décadas, transita con naturalidad y solvencia entre la litigación penal, la investigación académica y la formación de nuevas generaciones de abogados.

Nacido en Lima en 1974, su trayectoria jurídica comenzó en las aulas de la Universidad de San Martín de Porres, bajo la guía de maestros que dejaron una huella decisiva en su formación: Luis Bramont Arias, Manuel Catacora Gonzales, Luis López Pérez, Norman Garaycott y, de manera especial, Juan Portocarrero Hidalgo. Este último fomentó su interés por el litigio e incentivó su atención por la investigación científica: "Actividad que inicié –recuerda Luis Miguel Reyna Alfaro– con las tesis con las que obtuve el grado de bachiller en Derecho y el título de abogado; que, además, sirvieron de génesis para mis primeras monografías sobre delitos informáticos y de abuso de información privilegiada". No es, pues, de extrañar que su producción bibliográfica tuviera un desarrollo ulterior enfocado en el estudio del Derecho Penal Económico, cuando todavía era un campo poco explorado en el ámbito nacional.

Pero antes de consolidarse como abogado litigante y académico, Reyna Alfaro conoció el sistema de justicia desde dentro. Su paso por el despacho jurídico del profesor Portocarrero Hidalgo y su experiencia como funcionario judicial en la Corte Superior de Justicia de Lima le permitieron observar de cerca la compleja maquinaria judicial: "Un factor –afirma– de revictimización para quienes buscan justicia".

Entre la desazón y el interés por la difusión académica, en algún momento de su trayectoria tomó una decisión que no muchos se atreven a hacerlo: dejar la seguridad de un puesto en la administración de justicia para apostar por una plaza docente, temporal e inestable. Una ruta sembrada de incertidumbre. Primero en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega; luego en su alma mater, la Universidad de San Martín de Porres. Y desde entonces, la enseñanza se convirtió en una segunda vocación que lo ha llevado por diversas escuelas de posgrado de universidades tanto del ámbito nacional como del extranjero.

Su formación académica ha sido multidisciplinaria y eso explica la amplitud de sus enfoques. Ha cursado diversos estudios de maestría: en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, con mención sobresaliente; en Ciencias Forenses y Criminalística en el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica - INEJ / Universidad Autónoma de Chiriquí (Nicaragua-Panamá); y en Educación Superior e Investigación en el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica - INEJ (Nicaragua). Y se encuentra cursando el doctorado en la Universidad de Mendoza (Argentina). Es, además, egresado de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; y del posgrado en Economía y Finanzas para abogados por la Barcelona School of Management - UPF/I+E; y también experto universitario de Criminología por la Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED (España).

El recorrido profesional de Luis Miguel Reyna Alfaro como docente universitario e investigador académico ha ido en paralelo a su labor de litigación, sagaz y estratégica. Con más de veinte años de experiencia en procesos penales de alta complejidad, ha construido una sólida reputación asociada a la estrategia, a la precisión técnica y a la lectura integral de los conflictos penales corporativos, particularmente en materia de delitos económicos y delitos contra la Administración Pública.

Quienes lo conocen saben que detrás de su imagen y estilo pausado hay un observador agudo y entrenado para identificar aquello que otros suelen pasar por alto. No solo aborda el patrocinio legal desde un enfoque holístico, también presta atención a lo que parece irrelevante: el detalle procesal, la contradicción probatoria, el punto exacto donde puede cambiar el destino de un caso. Ese *expertise* se ha proyectado en su actividad bibliográfica y se nota y reconoce con claridad en esta obra.

Como autor de obras jurídicas ha publicado: *La carga de la prueba en el proceso penal de las personas jurídicas* (Lima: Palestra, 2025); *La defensa en el proceso penal* (Lima: Gaceta Jurídica, 2024); *Manual para la aplicación de la persuasión y el storytelling en la litigación penal* (Lima: Gaceta Jurídica, 2024); *Derecho Procesal Penal* (Lima: Gaceta Jurídica, 2022); y *Tratado integral de litigación estratégica* (Bogotá: Temis, 2015), entre otras.

En coautoría con Dino Carlos Caro Coria ha publicado *Derecho Penal. Parte General* (1ª edición, 2023, Lima: Escuela de Derecho LP; 2ª edición en curso con Praxis), premio al libro de la Inter-American Bar Association (2023); y *Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial* (1ª edición, 2016, Lima: Jurista Editores; 2ª edición, 2019, Lima: Gaceta Jurídica; 3ª edición en curso con Praxis). Y con Dino Carlos Caro Coria y Fernando Iberico Castañeda publicaron *Código Procesal Penal* (Lima: Jurista Editores, 2012).

Además, Reyna Alfaro y Caro Coria han coordinado las obras colectivas *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo* (Lima: Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa - CEDPE, 2013); *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera* (Lima: Jurista Editores, 2013); y *El delito de lavado de activos en la jurisprudencia* (Lima: Jurista Editores, 2020). Ambos dirigen también la colección *El Derecho ante los riesgos de la modernidad* que publica Derecho Global Editores (México), que cuenta con dos volúmenes monográficos sobre *Ciberseguridad, cibercrimen y nuevas tecnologías* (2023); y *Ciberseguridad, cibercrimen y AI legal tech* (2025); y el *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* (desde 2011) editado por el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa - CEDPE.

Su múltiple perfil profesional como abogado litigante, profesor, investigador y autor de publicaciones jurídicas de visible influencia, hacen de Luis Miguel Reyna Alfaro un destacado representante de una generación de penalistas que aprendió que el conocimiento jurídico solo es relevante si se contrasta dentro de una permanente dinámica de tensión entre los conocimientos adquiridos en la academia y la concreción y materialidad de los expedientes, las audiencias y las decisiones críticas. Esta combinación, de teoría y práctica, se refleja con nitidez en cada obra que lleva su firma.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CUESTIONES DOGMÁTICAS, PROBATORIAS Y ANÁLISIS DE SUS FIGURAS FUNDAMENTALES

DINO CARLOS CARO CORIA
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CUESTIONES DOGMÁTICAS, PROBATORIAS Y ANÁLISIS DE SUS FIGURAS FUNDAMENTALES

PRAXIS
SERIE DERECHO PENAL

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Cuestiones dogmáticas, probatorias y análisis de sus figuras fundamentales

© Dino Carlos Caro Coria
© Luis Miguel Reyna Alfaro
© Grupo Praxis Formación Profesional S.A.C.
para su sello editorial Praxis
Av. Reducto N° 1091, Dpto. 1204, Miraflores - Lima, Perú

Primera edición: junio 2026

1060 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2026-06178

ISBN: 978-612-99385-5-4

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

Diseño y diagramación:
Grupo Praxis Formación Profesional S.A.C.

Impreso en:
Grupo Praxis Formación Profesional S.A.C.
Av. Reducto N° 1091, Dpto. 1204, Miraflores
Lima - Perú

Junio 2026
Publicado: junio 2026

PRÓLOGO

Pocas materias del Derecho Penal contemporáneo expresan con tanta nitidez la tensión entre la legítima aspiración punitiva del Estado y la fidelidad a los principios constitucionales como los delitos contra la Administración Pública. Si en la Parte General que entregamos en 2023 advertimos sobre los riesgos de una dogmática *"a la carta"* o *"para todo"* –en feliz expresión de José Hurtado Pozo–, en el terreno de estos tipos penales la advertencia adquiere una densidad particular: la lucha contra la corrupción, que en el Perú y en el escenario iberoamericano ha asumido en las dos últimas décadas la condición de causa supraconstitucional, ha terminado por convertirse, en no pocas ocasiones, en la coartada de una expansión jurisprudencial y dogmática que erosiona, antes que reafirma, el programa penal de la Constitución.

El diagnóstico, lejos de ser nuevo, conviene formularlo sin eufemismos. Tras décadas de mega-procesos derivados de los casos Fujimori-Montesinos, Odebrecht en su capítulo peruano y los asuntos más recientes vinculados a sucesivas administraciones presidenciales, el Título XVIII del Libro II del Código Penal de 1991 se ha convertido en un texto irreconocible para sus propios redactores originales. La sucesión de modificaciones a los tipos de colusión, peculado, cohecho y enriquecimiento ilícito –además de los incrementos punitivos sin estudios empíricos que los justifiquen, la creación, derogación y nueva creación de figuras agravadas o autónomas, la introducción periódica de cláusulas de imprescriptibilidad o de excepciones a institutos garantistas– configura un panorama legislativo que parece responder más a la lógica reactiva de la coyuntura mediática que a la racionalidad sistemática que cabe exigir a cualquier ordenamiento sancionador serio. Si a ello se añade la creciente porosidad entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, así como las recurrentes tensiones competenciales entre fiscalías

especializadas, Contraloría y Procuraduría, el resultado es un subsistema que, más que ofrecer respuestas, multiplica las preguntas y los problemas.

En este contexto, podría parecer ingenuo, o incluso anacrónico, volver sobre cuestiones dogmáticas fundamentales: ¿cuál es el bien jurídico genéricamente protegido en los delitos contra la Administración Pública?, ¿qué noción de funcionario público debe vincular al Derecho Penal?, ¿cómo se distribuye la responsabilidad entre quienes participan en estructuras administrativas complejas? Es, sin embargo, justamente la aparente obviedad de estas cuestiones la que justifica retomarlas: cuando la tipicidad se ensancha por presión del clamor social, cuando los tribunales construyen estándares probatorios *ad hoc* para asegurar la condena, y cuando los principios constitucionales se invocan de manera selectiva –vigorosamente en defensa de la persecución y apenas tímidamente en defensa de las garantías–, el retorno a los fundamentos no es ejercicio académico sino exigencia de mínimo rigor constitucional.

Este libro asume desde el inicio una posición dogmática que recorre todo su contenido. El bien jurídico genéricamente protegido en estos tipos no es la *fidelidad* del funcionario a la Administración –tesis de raíz autoritaria, históricamente vinculada con los desarrollos del Derecho Penal nacional-socialista que entronizaron la infracción del deber como esencia del injusto–, ni se reduce a la *regularidad* en el ejercicio de la función pública –fórmula tributaria de la doctrina italiana de Antolisei y Manzini, recibida por Soler en la Argentina y aún defendida por algún sector de la doctrina nacional–, sino que se identifica con la *funcionalidad* de la Administración Pública, entendida en su dimensión prestacional y como instrumento de realización de los derechos fundamentales de los administrados. La distinción no es semántica: si el sujeto de tutela última es el ciudadano y no la Administración como entidad abstracta, los tipos deben construirse e interpretarse en clave de protección de bienes jurídicos colectivos o institucionales articulados, de ser el caso, a través de tipos de peligro abstracto, con todas las consecuencias garantistas que ello comporta para la imputación objetiva y subjetiva, así como para la determinación del momento consumativo.

Análoga toma de posición se sostiene frente a la cuestión, hoy decisiva, de la autoría y la participación. La teoría de los delitos de infracción del deber, en su versión jakobsiana y en la refinada formulación de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, ha encontrado en los delitos cometidos por funcionarios públicos un campo de aplicación privilegiado, al punto que la jurisprudencia peruana –incluyendo acuerdos plenarios de la Corte Suprema– la ha asumido con escasa discusión crítica. El presente trabajo se inscribe en la línea de quienes –desde Roxin hasta los autores que han retomado el dominio sobre el fundamento del resultado en clave schünemanniana– sostienen que la categoría es dogmáticamente imprecisa, problemática desde el principio de legalidad y de ofensividad, y que, en su recepción

local, ha servido con frecuencia para resolver con simplismo lo que requiere análisis fino: ¿cuándo el *extraneus* puede ser cómplice del *intraneus*?, ¿qué espacio queda para la prohibición de regreso en la actuación de particulares vinculados al funcionario?, ¿cómo se gradúa el aporte en estructuras burocráticas regidas por el principio de confianza y por la delegación funcional? Estas preguntas, planteadas con honestidad metodológica, no admiten respuesta por mero recurso a la fórmula –en algún sector ya casi mágica– de la infracción de un deber especial.

Una particularidad que distingue esta obra de los manuales convencionales sobre la materia es la integración deliberada entre las cuestiones dogmáticas, las cuestiones probatorias y el análisis de las figuras fundamentales. La elección no es accidental ni meramente expositiva. Los delitos contra la Administración Pública son, por excelencia, delitos cuya acreditación se construye sobre indicios: la *concertación* del acuerdo colusorio, el *interés indebido* en la negociación incompatible, la *apropiación* en el peculado, rara vez se acreditan mediante prueba directa. Ello convierte a la teoría de la prueba indiciaria –su base legal, sus elementos, la distinción entre indicios fuertes y débiles, las exigencias de motivación de la inferencia y la necesaria ausencia de contraindicios– en un terreno donde se juega buena parte de las garantías procesales. Los desarrollos que el lector encontrará sobre la prueba de la concertación en la colusión, sobre los indicios contingentes y su valoración, y sobre la acreditación del perjuicio patrimonial al Estado, pretenden ofrecer no solo una sistematización doctrinal sino un instrumento operativo capaz de elevar el estándar de motivación de las decisiones judiciales y, correlativamente, de afinar las estrategias de defensa frente a inferencias precipitadas o débilmente fundadas.

La selección de las figuras de la Parte Especial –colusión desleal, negociación incompatible y peculado, con especial atención a sus modalidades agravadas, a sus problemas de consumación y a sus dimensiones probatorias– responde a un criterio deliberado: se trata de las figuras de mayor litigiosidad en sede penal peruana y, no por casualidad, de aquellas en que la jurisprudencia ha generado los deslices interpretativos más significativos. El tratamiento que les dedicamos aspira a ser exhaustivo en lo dogmático, riguroso en lo probatorio y útil en lo forense, sin renunciar al diálogo con la doctrina española imprescindible –Asúa Batarrita, Olaizola Nogales, Rebollo Vargas, Mir Puig, Rodríguez Puerta–, con la tradición italiana –Pagliaro, Romano, Spena– y con la doctrina argentina –de Donna a Buompadre–, sin perjuicio del aprovechamiento de la ya consolidada producción nacional, desde Abanto Vásquez y Rojas Vargas hasta las contribuciones más recientes de Pariona Arana, Rosales Artica y Guimaray Mori.

Capítulo aparte merece el examen de las relaciones, convergencias y divergencias entre el Derecho Penal, el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Disciplinario, cuyo tratamiento desde la perspectiva del *ne bis in idem* y de la

traslación –matizada– de los principios penales constituye, a nuestro juicio, una de las fronteras más urgentes del Derecho Público Sancionador contemporáneo.

Quisiéramos explicitar, finalmente, la continuidad metodológica con el volumen sobre la Parte General del Derecho Penal publicado en 2023. Allí declaramos nuestra adhesión a una dogmática normativamente correcta, pero acorde con valores político-criminales que no deben operar como excepción a la regla, sino como fundamento de cualquier planteamiento sistemático. Aquí la pretensión es idéntica, solo que aplicada a un sector del ordenamiento donde la presión político-criminal expansiva es particularmente intensa y donde, por ello mismo, la disciplina dogmática se vuelve más necesaria. La consistencia entre Parte General y Parte Especial no es un dato menor: una buena parte de las disfunciones del Derecho Penal de la Administración Pública en el Perú procede precisamente de tratar a esta última como un compartimento autónomo, gobernado por reglas *sui generis* en materia de tipicidad, autoría o imputación subjetiva, divorciadas de los principios que rigen el sistema. La pretensión sistemática del presente trabajo es, en ese sentido, una toma de posición.

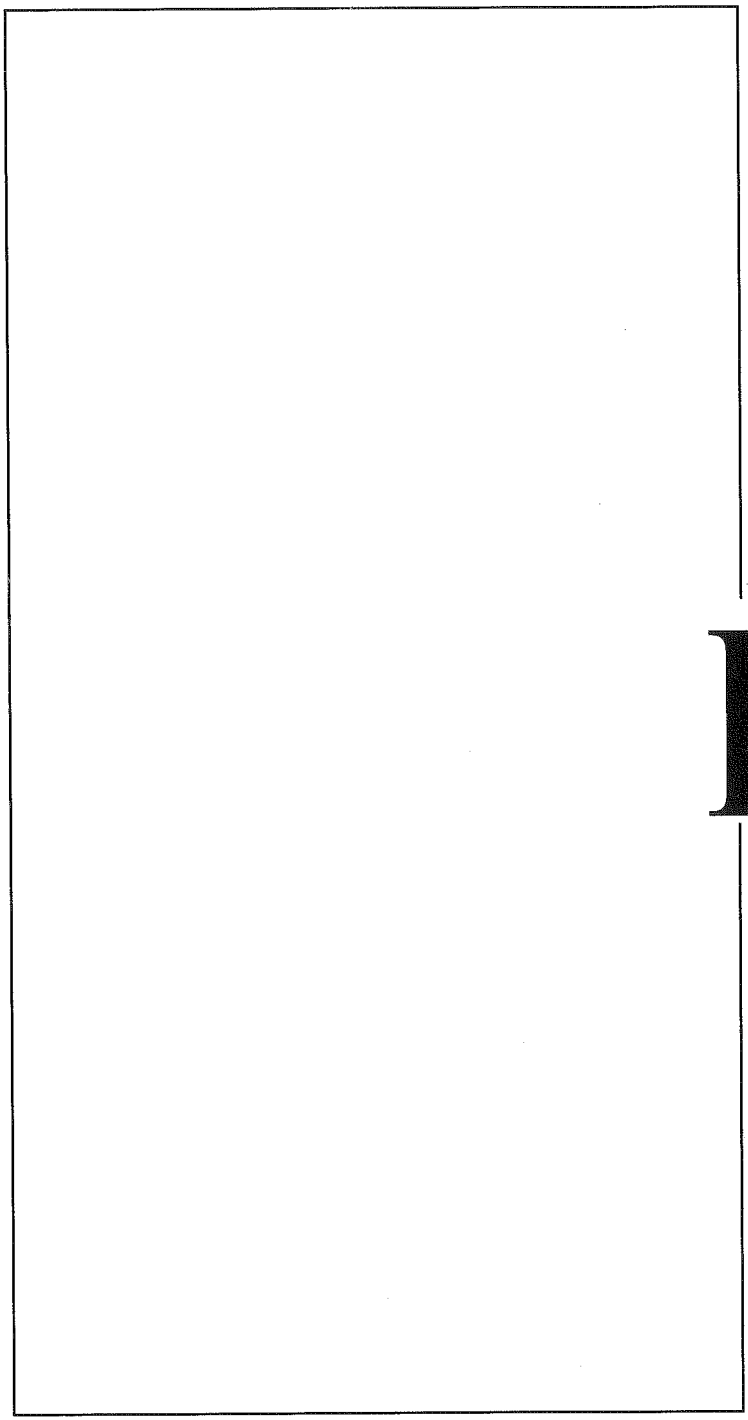
El lector advertirá que no rehuimos las posiciones, que asumimos las críticas cuando juzgamos que la doctrina o la jurisprudencia mayoritarias se han apartado del rigor, y que estamos lejos de pretender ofrecer un manual neutro. Esa neutralidad, en una materia como esta, sería en realidad una forma de complicidad con el estado de cosas. Nuestro deseo es contribuir con un debate más exigente, más informado y menos coyuntural sobre cómo el Derecho Penal puede combatir eficazmente la corrupción sin convertirse, en el proceso, en herramienta de su propia degradación garantista. Si este trabajo provoca lectura crítica, contradicción y –cómo no– refutaciones, entonces este esfuerzo editorial también habrá quedado más que compensado.

Dino Carlos Caro Coria
Luis Miguel Reyna Alfaro

En San Isidro, en el otoño austral de dos mil veintiséis.

PRIMERA PARTE

CUESTIONES DOGMÁTICAS FUNDAMENTALES RELACIONADAS CON LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



CAPÍTULO I

LA FUNCIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO EN EL TÍTULO XVIII, DEL LIBRO II, GENÉRICAMENTE PROTEGIDO DEL CÓDIGO PENAL

I. LA NOCIÓN DE "ADMINISTRACIÓN PÚBLICA" EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y SU IRRADIACIÓN EN EL PROCESO DE IDENTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es cierto que recurrir a la sistemática del Estatuto Penal no revela con exactitud cuál es el interés jurídico cuya protección subyace a cada tipo penal[1]. Sin embargo, dicho dato puede servir de pauta de orientación en aras a establecer cuál es –en efecto– el bien jurídico protegido penalmente[2]. Ello [la identificación del bien jurídico], como veremos, tendrá consecuencias aplicativas y forenses significativas.

El Título XVIII del Libro II del Código Penal ha sido denominado por el legislador "*Delitos contra la Administración Pública*"[3], lo que nos indica que la protección que desea proporcionar el Derecho Penal en esta parcela se dirige justamente a ese ámbito o sector, la *Administración Pública*.

Como vemos, el análisis de los tipos penales protectores de la Administración Pública supone una obligada remisión al concepto de "Administración Pública", lo que a su vez exige previamente conocer qué entendemos como tal y cuáles son

1 Al respecto, con relación a los delitos contra la familia: Reyna Alfaro, L. M. (2004): *Delitos contra la familia* (pp. 23-24).

2 Correctamente sostiene Olaizola Nogales que "las rúbricas de los títulos tienen una importancia relativa en cuanto a la interpretación de los preceptos que los integran. Es decir, esta nueva rúbrica –la del Código Penal español de 1995– no va a solucionar de manera automática los problemas de delimitación y acotamiento del bien jurídico protegido"; véase, Olaizola Nogales, I. (1999): *El delito de cohecho* (p. 79) (entre líneas nuestro).

3 El Código Penal peruano de 1924 [de aquí en adelante CP24] tenía una denominación distinta para los delitos contra la Administración Pública: "Delitos contra la autoridad pública" (Sección Duodécima) y "Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales" (Sección Décima Cuarta). Este cambio tiene trascendentes repercusiones, como demostraremos más adelante, de cara a la articulación del sistema penal de protección de la Administración Pública.

las funciones de aquella, pues esto se traducirá finalmente en la cobertura que se proporcione, ya en sede interpretativa, a los tipos penales[4].

Ahora bien, la Administración Pública desde una perspectiva jurídico-formal es un "órgano gubernamental del Estado ubicado dentro de la estructura del llamado poder ejecutivo" (Moreno Rodríguez: 1980, p. 91), lo que excluiría del concepto tanto a los órganos que integran el Poder Legislativo como los que forman parte del Poder Judicial (Garrido Falla: 2002, pp. 42-44). Este concepto, claramente insuficiente, requiere ulteriores precisiones.

La *Administración Pública* es el conjunto de instrumentos o medios destinados a la realización de los fines políticos del Gobierno (Nava Negrete: 1991, p. 17). Desde esa perspectiva, aunque es cierto que el concepto *Gobierno* alude esencialmente al Poder Ejecutivo, también lo es que para el logro de tales fines la funcionalidad del Poder Legislativo y el Poder Judicial resulta un instrumento necesario y medial para la satisfacción de los fines gubernamentales (Garrido Falla: 2002, pp. 51-52).

Lo antes expuesto termina necesariamente reconduciéndonos a las funciones que la Administración Pública desarrolla. Es evidente que las mismas divergen dependiendo de la concepción o ideología de *Estado* que se maneje. Así, por un lado, puede hablarse de una *Administración Pública del Estado de Policía* y, por otro lado, puede aludirse a una *Administración Pública del Estado de Derecho*. A continuación, trataremos las expresiones de Administración Pública antes mencionadas, de cara a reconocer cuál de aquellas resulta más adecuada para los objetivos de la presente obra.

1. La idea de Administración Pública en el Estado de Policía (*Polizeistaat*)

En el Estado de Policía (*Polizeistaat*), característico de las monarquías absolutas y los Estados totalitarios (Garrido Falla: 2002, p. 77), la Administración Pública es objeto de respeto, de adulación por parte del ciudadano, es una especie de *tótem* al que el ciudadano debe idolatrar y guardar reverencia. En este modelo estatal los ciudadanos –carentes de derechos frente al Estado– deben seguir sus fines, en cuya virtud el Estado cuenta, para tales propósitos, con ilimitado poder (Mayer: 1982, p. 48; Gordillo: 2003, p. III).

4 Esto nos lleva a recordar que el bien jurídico no solo cumple una función de garantía, sino que desarrolla también una función de interpretación; al respecto: Fiandaca, G. / Musco, E. (2006): *Derecho Penal. Parte General* (p. 190).

En el ámbito funcionarial, esta idea trasciende tanto a las relaciones internas del funcionario público (con el Estado) como a sus relaciones externas (con los administrados), caracterizadas por la idea de *sujeción hacia la Administración* (Gómez Méndez: Gómez Pavajeeau: 2004, pp. 40 ss.), de modo tal que ambos, funcionario público y administrado, deben someterse al poder de la Administración.

En sus relaciones internas, el ejercicio de la función pública supone la exigibilidad de satisfacer al mayor grado posible los intereses de la Administración; mientras que en el ámbito de las relaciones externas, el funcionario público –como extensión del poder del Estado– cuenta con amplias facultades coactivas (Mayer: 1982, pp. 49-50).

Una relación de este tipo (de sujeción) se vincula al carácter marcadamente intervencionista del Estado totalitario. Lógico, si se quiere desarrollar mayor cantidad de funciones, resulta indispensable asegurar la realización de las mismas a través de una vinculación estricta y radical hacia los intereses estatales.

2. La idea de Administración Pública en el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*)

En el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) la función pública no es más la plasmación de una *especial relación de sujeción* del administrado con la Administración Pública en virtud de la cual los administrados no son ya *objetos de poder* sino *ciudadanos* (Vasconcelos Alburquerque Sousa: 2000, p. 89). En el Estado de Derecho, la Administración Pública asume un papel destinado a la satisfacción de los intereses de la ciudadanía. La Administración Pública cumple un rol prestacional a favor del ciudadano que, a través de la Administración, puede ver satisfechas sus necesidades básicas.

Es necesario recordar que, a partir de los términos del artículo 43 constitucional, nuestro país reconoce la forma de Estado de Derecho, Social y Democrático. A partir de dicha referencia se puede ya advertir que la función que satisface la Administración Pública es eminentemente prestacional; con lo que la Administración Pública termina siendo instrumentalizada. Esta afirmación se muestra coherente con los términos del artículo 39 de la Constitución Política que indica que: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación".

Pues bien, esta instrumentalización de la Administración Pública no puede ser objetada por el Estado de Derecho, por el contrario, "el Estado de Derecho no puede prescindir del funcionamiento ni de la instrumentalización de la Administración en orden a prioridades, me refiero en concreto a los *intereses generales*" (Urquizo Olaechea: 2002, pp. 234-235).

En ese sentido, no le falta razón a Palomar Olmeda cuando –con referencia a Jeze– sostiene que "en todos los países civilizados, la Administración Pública tiene por misión satisfacer las necesidades de interés general" (2000, p. 13). Si tenemos que la misión de la Administración Pública es la de *satisfacción de necesidades o intereses generales*, entonces se produce un quiebre de la idea del *Estado Gendarme* a favor de la idea del *Estado Prestacional*.

Si asumimos que la Administración Pública cumple fundamentalmente objetivos prestacionales, entonces debemos asumir necesariamente que cumple con prestar servicios de naturaleza pública, esto es, *servicios públicos*[5]. Justamente la noción de *servicios públicos* ha permitido "romper con el esquema del Estado gendarme, guardián del orden público, que dejaba la satisfacción de las necesidades públicas al juego libre de las fuerzas sociales" (Palomar Olmeda: 2000, p. 14). En forma similar, sostiene Garrido Falla: "Este tipo de actividad estatal viene a romper el esquema del anterior Estado abstencionista cuya única misión era la de asegurar el orden público mediante una función de policía" (2002ª, p. 381).

El concepto *servicio público* permite dar una nueva fundamentación a la legitimación del Estado (Zegarra Valdivia: 2005, p. 33; Ariño Ortiz: 2004, p. 558) que –como menciona Domenico Sorace–: "viene así caracterizado ya no por su poder de mando en relación de los ciudadanos (...) sino, en cambio, por su estar al servicio de los ciudadanos" (2006, p. 16). Es así que el poder estatal se convierte finalmente en función y el derecho de mandar se transforma en deber de administrar; el ciudadano, así, de súbdito se convierte en usuario de un servicio (Sorace: 2006, p. 16).

Pero esta vinculación de la idea de administración y función pública con el modelo estatal de Derecho permite adicionalmente justificar la necesaria relación entre el ejercicio de la función pública con la realización de los derechos fundamentales de los administrados (Vasconcelos Albuquerque Sousa: 2000, p. 89; Tirado: 2003, pp. 414 ss.). En el Derecho Administrativo del Estado de Policía –indica Mayer– se planteaba una suerte de *eufemismo*, en la medida en que la realidad

5 En este sentido, Creus, C. / Buompadre, J. E. (2007): *Derecho Penal. Parte Especial,* tomo 2 (p. 227); Ferreira, F. J. (1995): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 03); Forero Ramírez, J. C. / Ospina Perdomo, J. M. (2017): *Aspectos penales de la contratación estatal* (p. 153); Benavente Chorres, H. / Calderón Valverde, L. (2012): *Delitos de corrupción de funcionarios* (p. 78); Gálvez Villegas, T. (2001): *Delito de enriquecimiento ilícito* (p. 07); Guimaray, E. (2021): *Delitos contra la Administración Pública y corrupción* (pp. 93-95); Reátegui Sánchez, J. (2015): *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal* (p. 75); Rosales Artica, D. (2021): *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública* (p. 77); Salinas Siccha, R. (2011): *Delitos contra la Administración Pública* (pp. 04-05); Urquizo Olaechea, J. (2002): "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública" (p. 237).

mostraba que "no existe derecho cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito" (1982, p. 68); en la actualidad, sin embargo, las relaciones internas y externas de la Administración Pública se ven necesariamente rodeadas de ese halo de garantías implícito en la idea del Estado de Derecho.

En suma, puede reseñarse que la tutela penal que se proporciona a través de los delitos contra la Administración Pública toma como punto de referencia la concepción prestacional y realizadora de los derechos fundamentales de la Administración Pública[6], que se erige en un *medio* para que el Estado cumpla sus propósitos (Maggiore: 1972, p. 128; Gómez: 1941, p. 457). De allí las expresiones de Buompadre: "El Estado nace y se justifica para el servicio de los individuos. Fuera de esta consideración se transforma en un ente distinto, y, desde luego, muy peligroso" (2001, p. 38).

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CONCEPTO MULTIDIMENSIONAL

La doctrina parece coincidir en el hecho de que la Administración Pública es un concepto de bastante amplitud[7], por lo que del mismo se pueden desprender una serie de aspectos de muy variada índole (Rojas Vargas: 2001, p. 18):

a) Ejercicio de funciones y servicios públicos;
b) Observancia de los deberes del cargo o empleo;
c) Regularidad y normal desenvolvimiento de la función y servicios públicos;
d) Prestigio y dignidad de la función pública;
e) Probidad y honradez de los funcionarios o servidores públicos; y,
f) Protección del Patrimonio estatal, de los símbolos y distintivos estatales.

6 En este sentido: Asúa Batarrita, A. (1997): "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria" (pp. 18-19); Olaizola Nogales, I. (2006): "Los delitos contra la Administración Pública" (p. 362); Urquizo Olaechea, J. (2002): "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública" (p. 244).

7 Romano, M. (2002): *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali* (p. 05); Fontán Balestra, C. (1971): *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo VII (p. 136); Buompadre, J. E. (2001): *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia* (p. 37); Donna, E. A. (2000): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 11); Rojas Vargas, F. (2001): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 20).

La identificación de estos diversos aspectos dentro de la Administración Pública servirá para las posteriores referencias que se harán respecto al bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, pues –como se verá– no todos ellos reciben protección jurídico-penal.

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

La identificación del bien jurídico protegido penalmente a través de los *delitos contra la Administración Pública*[8] ha planteado una discusión que ha discurrido desde posiciones que destacan la lealtad del funcionario para con la Administración Pública hasta las actuales que vinculan el bien jurídico con la funcionalidad de la Administración Pública.

1. La "fidelidad a la Administración Pública" como bien jurídico genéricamente tutelado

Una de las tesis que se han planteado con relación a la identidad del bien jurídico genéricamente protegido en los delitos contra la Administración Pública tiene como eje la existencia de un deber de lealtad o fidelidad por parte del funcionario público hacia la Administración, cuyo quiebre es justamente lo que se quiere evitar a través de estos tipos penales (Cancino Moreno: 1983, p. 13).

Ahora, esta idea supondría reconocer que la Administración Pública posee derechos, lo que es absolutamente inexacto. La Administración Pública, como tal, carece de derechos, por lo que su protección no puede ser articulada de esta forma, pues ello implicaría una absoluta prescindencia del ciudadano y de sus intereses (Urquizo Olaechea: 2002, p. 242).

La propuesta de identificar el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública con la *fidelidad hacia la Administración Pública* tiene también como obstáculo su incapacidad para responder a los atentados contra la Administración Pública realizados por particulares, quienes no tienen ese deber hacia con el Estado (Vizueta Fernández: 2003, p. 203).

8 Conviene no olvidar que hay un sector doctrinal que niega la existencia de un interés jurídico protegido genéricamente en los delitos contra la Administración Pública (Rodríguez Devesa, Muñoz Conde), de modo tal que entre los diversos tipos penales comprendidos como tales no existirían nexos comunes; sobre la cuestión véase Olaizola Nogales, I. (1999): *El delito de cohecho* (pp. 79-80).

Estas posiciones doctrinales se han visto revitalizadas a través de la introducción de los denominados *delitos consistentes en la infracción del deber* en los que la autoría del delito se deriva de la vinculación de sujeción entre el funcionario público y el Estado.

Al subrayarse la relación funcionario-Administración se adopta una posición con claras connotaciones totalitarias. El predominio de la relación funcionario-Administración y su protección penal es característica de modelos estatales autoritarios en donde el ciudadano debe servir a los propósitos de la Administración y no viceversa (Olaizola Nogales: 1999, pp. 80.81; Rodríguez Puerta: 1999, p. 32). La constatación más clara de esta relación *infracción del deber-autoritarismo* es la relevancia que mostraba para el Derecho Penal del nacionalsocialismo la idea de la infracción del deber como *esencia* del injusto penal[9].

Desde una perspectiva legislativa puede entenderse que el cambio de denominación operado en el Código Penal vigente [de aquí en adelante CP], con relación al CP24, ha significado un cambio de orientación político-criminal que impide sostener una tesis de identidad del bien jurídico como la aquí explicada. El uso de la expresión "Delitos contra la Administración Pública" como rúbrica del Título XVIII del Libro segundo del CP impide sostener la tesis de la "fidelidad a la Administración Pública" como criterio identificador del bien jurídico (Rebollo Vargas: 2001, p. 552). Los epígrafes "Delitos contra la autoridad pública" y "Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales" utilizados en las secciones XII y XIV del Libro II del CP24, por el contrario, sí permitían sostener la tesis de la "fidelidad a la Administración Pública" debido a su vinculación a la idea del deber.

Tampoco es que la *infracción del deber* no tenga ninguna relevancia en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública; sin embargo, dicha relevancia se ubica en un plano distinto: en el de distinción entre autoría y participación, tal como desarrollaremos más adelante[10].

9 Lo que ha sido correctamente destacado por Rebollo Vargas, R. (2001): "Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II, del Código Penal español" (p. 552); Vizueta Fernández, J. (2003): *Delitos contra la Administración Pública. Estudio crítico del delito de cohecho* (p. 52).

10 Véase *infra*.

2. La "regularidad en el ejercicio de la función pública" como bien jurídico genéricamente tutelado

Una posición que ha tenido importante nivel de recepción en la doctrina nacional, debido fundamentalmente a la influencia ejercida por la doctrina argentina, receptora a su vez de los desarrollos de la doctrina italiana (Donna: 2000, p. 15), es la que identifica como bien jurídico los delitos contra la Administración Pública la *regularidad en el ejercicio de la función pública*.

En la doctrina italiana, altamente influyente en esta tipología delictiva, Antolisei señala que el objeto de protección penal en estos delitos es, en términos generales, "el buen andamiento" de la Administración Pública dentro de los marcos de probidad, imparcialidad, fidelidad, etc. (Antolisei: 2003, p. 273).

En la doctrina argentina de mediados del siglo pasado, Gómez (1941, p. 457) y Fontán Balestra (1971, p. 134) hacen referencia a la "regularidad funcional de la Administración Pública", como bien jurídico protegido en estos delitos, en tanto que Soler aludía al "normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres poderes" (1973ª, p. 88), postura que se reconoce también en autores recientes como Clemente-Ríos (2011, p. 26) y Forero Ramírez-Ospina Perdomo (2017, p. 156).

Esta tesis ha sido asumida en nuestro país por algún sector de la doctrina, fundamentalmente por el profesor Juan Portocarrero Hidalgo y el publicista Jorge Hugo Álvarez. Aunque en su estudio no desarrolla independientemente la cuestión del bien jurídico protegido a través de los delitos contra la Administración Pública, en la obra de Portocarrero Hidalgo[11] es continua la referencia al "normal desenvolvimiento de la Administración Pública" (1996, p. 121) dentro del cual introduce al propio prestigio de la Administración, haciendo expresa referencia a Soler. Por otra parte, Hugo Álvarez –a pesar de haber carecido del cuidado de abordar la problemática del interés genéricamente tutelado en estos delitos– hace continua referencia a la regularidad y legalidad de la Administración Pública, con cita continua de Carlos Fontán Balestra (2000, p. 22).

El principal déficit que denota esta posición es que la misma plantea –en buena cuenta– reconducir la protección que proporciona el Derecho Penal a la propia "función pública" –como propone Creus (1981, pp. 03-04)– y, ulteriormente, a su prestigio y decoro (Olaizola Nogales: 1999, p. 83) –como sostenía

11 Destaca la vinculación de Portocarrero con las ideas de Manzini y Soler, Bramont Arias, L. (1996): "Prólogo", en Portocarrero Hidalgo, J. *Delitos contra la Administración Pública* (pp. 9-10).

Manzini (1961, p. 03)–. Incurren estas tesis igualmente en el yerro de omitir el hecho –ya constatado– de que la intervención punitiva del Estado en esta parcela se justifica a partir de su referencia a los administrados, esto es, a los ciudadanos, de modo tal que la tutela penal en el ámbito de la Administración Pública se justifica en tanto medio de satisfacción de los intereses prestacionales que dimanan del ejercicio de la función pública (Olaizola Nogales: 1999, p. 84).

3. La "funcionalidad de la Administración Pública" como bien jurídico genéricamente tutelado

En la actualidad ha alcanzado consenso en doctrina[12] y jurisprudencia el entendimiento de que la protección penal que se dispensa a través de los delitos contra la *Administración Pública* se dirige hacia su *correcto funcionamiento* que constituye –además– el bien jurídico protegido por todo el sistema sancionador que tutela intereses vinculados a la Administración Pública (Navarro Cardoso: 2018, p. 22).

La protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública se dirige ya no al deber de lealtad que tienen los funcionarios y ciudadanos para con la Administración, ni al ejercicio regular de la función pública, sino

12 Más allá de las diferentes denominaciones empleadas (funcionalidad, adecuado funcionamiento, buen funcionamiento, normal funcionamiento, etc.), se afilian a esta posición, sin ánimo de exhaustividad, Abanto Vásquez, M. (2001): *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano* (p. 12); Guimaray, E. (2021): *Delitos contra la Administración Pública y corrupción* (p. 107); Frisancho Aparicio, M. (2000): *Delitos contra la administración de justicia* (p. 13); Frisancho Aparicio, M. / Peña Cabrera Freyre, A. (1999): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 115); Pariona Arana, R. (2017): *El delito de colusión* (p. 25); Reátegui Sánchez, J. (2015): *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal* (p. 75); Rosales Artica, D. (2021): *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública* (p. 78); Salinas Siccha, R. (2011): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 5); Ugaz Sánchez Moreno, J. C. / Ugaz Heudebert, C. (2021): *Corrupción y delito en la función pública* (p. 62); Buompadre, J. E. (2001): *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia* (p. 38); Mir Puig, C. (2000): *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal* (p. 19); Etxebarria Zarrabeitia, X. (1997): "Fraude y exacciones ilegales" (p. 205); Olaizola Nogales, I. (1999): *El delito de cohecho* (p. 87); Navarro Cardoso, F. (2018): *El cohecho en consideración al cargo o función* (pp. 22-23); Rodríguez Collao, L. / Ossandón Widow, M. M. (2005): *Delitos contra la función pública* (p. 99); Rodríguez Puerta, M. J. (1999): *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios* (p. 37); Serrano Gómez, A. (2001): *Derecho Penal. Parte Especial* (p. 743); implícitamente, Rojas Vargas, F. (2001): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 18), al sostener que bajo la rúbrica de delitos contra la Administración Pública se protegen una serie de "condiciones ideales de funcionamiento del sistema de la Administración Pública para el logro de los fines del Estado".

al funcionamiento correcto de la Administración Pública[13]. El funcionamiento correcto de la Administración Pública adquiere concreción entonces a partir de su vinculación a los fines ulteriores de satisfacción de los intereses de la ciudadanía con sujeción a la Constitución y la ley (Rebollo Vargas: 2001, p. 553).

Esta identificación del bien jurídico protegido genéricamente a través de los delitos contra la Administración Pública, no obstante, deja como tarea pendiente la identificación del valor concretamente protegido en cada tipo penal. Es que si –como ya se mencionó– el concepto "Administración Pública" es un concepto *multidimensional*, resulta claro que cada tipo penal supondrá la afectación de diversas dimensiones de la Administración Pública (Rojas Vargas: 2001, p. 20; Asúa Batarrita: 1997, p. 22; Frisancho Aparicio: 2000, p. 13).

Por ello no se plantea ninguna contradicción al afirmarse la existencia de un bien jurídico genéricamente protegido y luego identificar un objeto específico de tutela penal en la medida en que este último es siempre un elemento integrador del primero.

Es cierto, como indica Rojas Vargas (2001, p. 19), que el bien jurídico planteado es de carácter funcional, no obstante es incorrecta su consideración respecto a que se trata de un bien jurídico que puede ser lesionado. La *funcionalidad* de la Administración Pública es un bien jurídico de carácter colectivo y por lo mismo no puede ser lesionado, sino únicamente puesto en peligro. La lesión del bien jurídico "*funcionalidad* de la Administración Pública" plantearía la absoluta destrucción del Estado y consecuentemente de la propia sociedad.

En función de lo antes expresado se pone de manifiesto que la protección penal en el ámbito de la Administración Pública debe venir necesariamente articulada mediante la técnica de los tipos de peligro abstracto, conforme ha sabido poner de manifiesto Urquizo Olaechea (2002, p. 236).

IV. EPÍLOGO: SOBRE LA TRASCENDENCIA FORENSE DE LA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PENAL

La identificación del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública tiene una innegable utilidad práctica forense. Se trata de un

13 Entendida, como bien precisa Pagliaro, no en el sentido del Derecho Administrativo ni en el sentido del Derecho Constitucional; de este modo en Pagliaro, A. (2000): *Principio di Diritto Penale. Parte Speciale*, tomo I (p. 4).

elemento que servirá para delinear las estrategias de las partes procesales en el curso del proceso penal. Los vasos comunicantes entre la dogmática penal y el proceso penal se hacen evidentes.

1. Utilidad en el juicio de correspondencia comparativa

En efecto, la doctrina ha sabido resaltar la **función teleológica o interpretativa del bien jurídico**[14], en virtud de la cual la delimitación de la cobertura o alcance del tipo penal dependerá de la identificación del bien jurídico específicamente tutelado por el tipo penal. Esta función es puesta de relieve por Polaino Navarrete cuando refiere que: "El bien jurídico representa, en suma, un postulado de elevada importancia en la determinación del sentido que el ordenamiento general confiere a los singulares tipos penales" (2008, p. 455).

En ese sentido, la identidad del bien jurídico (el concretamente protegido) servirá para establecer el juicio de correspondencia comparativa entre el hecho imputado y el tipo penal (Fernández: 2004, p. 160), cuyos límites son impuestos por el bien jurídico específicamente tutelado.

2. Utilidad en el juicio de verificación sobre la idoneidad de la conducta

Pero la función interpretativa del bien jurídico se vincula no solo con la identificación del bien jurídico inmediato, sino también con el bien jurídico genéricamente protegido y el principio de lesividad penal. En efecto, aunque se suele reducir la trascendencia del bien jurídico genéricamente protegido a la función de sistematización, el jurista uruguayo Gonzalo Fernández ha sabido reconocer la importancia de dicha categoría como factor para establecer el **juicio de verificación de la idoneidad de la conducta para afectar el bien jurídico** (2004, p. 160).

En ese contexto, creemos que el juicio de verificación de la idoneidad de la conducta para afectar el bien jurídico no solo debe desarrollarse atendiendo al bien jurídico específico, sino también que debe considerar el impacto del hecho sobre el bien jurídico mediato. De ese modo se puede reconocer cómo el mencionado juicio o ponderación de la idoneidad lesiva del bien jurídico constituye el medio para reconocer la antijuricidad material del comportamiento que justifica, finalmente, la imposición de la respuesta penal.

14 Especialmente, Mir Puig, S. (2005): *Derecho Penal. Parte General* (p. 169); Regis Prado, L. (2010): *Bien jurídico y Constitución* (p. 56); Urquizo Olaechea, J. (1998): "El bien jurídico" (p. 812).

3. Efectos procesales y estrategia de litigio

Estas consideraciones, de índole dogmático, producen efectos o consecuencias procesales, que se relacionan con la natural relación entre la categoría dogmática (comportamiento típico) y la categoría procesal (objeto de prueba).

Si el proceso penal culmina con una declaración de certeza sobre el hecho imputado y para ello la actividad probatoria que allí se desarrolla tiene propósitos cognitivos, no será difícil reconocer la trascendencia práctica de los límites probatorios (sustentados en el principio de relevancia epistemológica) en tanto herramienta que permitirá que la información que se incorpore al acervo probatorio será solo aquella que servirá para sustentar el razonamiento judicial.

En el propósito de reconocer la información trascendente para el razonamiento judicial (dogmático y probatorio), la determinación de los límites del tipo penal –a partir de la identificación del bien jurídico– será un dato especialmente trascendente para fijar aquellos aspectos fácticos que serán jurídicamente relevantes (por ser parte del hecho típico) y establecer la actividad probatoria que resultará útil para su esclarecimiento.

Las consecuencias procesales antes descritas permiten reconocer vías de litigio estratégico que pueden optimizar –desde la identificación del bien jurídico– los planteamientos de las partes procesales mediante la delimitación del hecho objeto de imputación y, con ello, del *thema probandum*. Ello servirá, colateralmente, para identificar la actividad probatoria idónea o adecuada para acreditar los aspectos fácticos relevantes que servirán para el juicio de correspondencia comparativa y el juicio de verificación de idoneidad de lesividad antes referidos.

De esta forma, se revela la necesidad de que el litigio se desarrolle sobre dos pilares centrales: la dogmática jurídico penal[15] y el derecho probatorio. Estos pilares se complementan con contenidos provenientes del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal general.

§

15 Resaltando la trascendencia de la dogmática penal en este plano, Caro Coria, D. C. (2016): "La enseñanza de la dogmática penal como *conditio sine qua non* para el éxito de la oralidad" (p. 317).

II

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los delitos contra la funcionalidad de la Administración Pública, los atentados más intensos suelen provenir de aquellos sujetos que poseen una relación más cercana con ella, esto es, de los funcionarios o servidores públicos. La articulación de un sistema penal de protección de la funcionalidad de la Administración Pública tiene, por esa razón, como piedra de toque el concepto de "funcionario público".

La determinación del concepto penal de funcionario público tiene relevantes repercusiones de cara a la configuración del sistema de protección penal de la Administración Pública [aunque no exclusivamente en ese ámbito][16], lo que a su vez trasciende al ámbito del tipo penal objetivo, en la medida en que el mismo constituye un elemento normativo cuyo sentido debe ser extraído a partir de valoraciones jurídico-sociales (Gómez Méndez-Gómez Pavajeau: 2004, p. 71; Roca Agapito: 1999, pp. 48-49; Gálvez Villegas: 2001, pp. 48-49; Urquizo Olaechea: 2002, p. 231).

II. CAPACIDAD DE RENDIMIENTO DEL CONCEPTO ADMINISTRATIVO DE "FUNCIONARIO PÚBLICO" PARA EL DERECHO PENAL

El concepto "funcionario público" obtiene carta de naturaleza en el ámbito del Derecho Administrativo, parcela en donde ya se sostiene "que se trata de uno de los conceptos más imprecisos de los que se manejan por la doctrina jurídico-administrativa" (Palomar Olmeda: 2000, p. 273). Similar problemática se plantea, vamos anticipando, en el ámbito del Derecho Penal.

16 Piénsese en la circunstancia agravante prevista en el primer párrafo del artículo 46-A° del CP, que habilita la agravación de la pena en los casos en los que el autor del delito "se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, *funcionario o servidor público*, para cometer un hecho punible".

Pese a la complejidad de la problemática, existe cierto consenso en considerar como funcionario público en el sentido del Derecho Administrativo a "los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública" (artículo 1 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Dec. Leg. N° 276; artículos 2 y 3 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa)[17].

Pues bien, la utilización en sede penal del concepto administrativo de "funcionario público" antes propuesto dejaría serias lagunas de punición, pues el mismo no comprende –por ejemplo– a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú[18], lo que impediría al Derecho Penal cumplir con eficiencia la función de protección de bienes jurídicos que le está asignada.

III. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Por estas razones el legislador nacional, en el CP, estableció una cláusula (la del artículo 425 del CP) de equiparación a determinados sujetos a la condición de funcionarios o servidores públicos. Esta cláusula de equiparación –como el lógico– no coincide con el concepto administrativo, es más extensa[19]. El artículo 425 del CP contiene entonces un catálogo de sujetos a los que, sin ser funcionarios públicos en términos del Derecho Administrativo, les equipara a dicha condición para efectos exclusivamente penales (Urquizo Olaechea: 2002, 250; Rojas Vargas: 2001, p. 34; Cancino Moreno: 1983, p. 22; con matices, Gálvez Villegas: 2001, p. 43).

17 Rojas Vargas, F. (2001): *Delitos contra la Administración Pública* (pp. 33-34); Gálvez Villegas, T. (2001): *Delito de enriquecimiento ilícito* (p. 21).

18 Exclusión hecha expresamente por el artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa.

19 Domenech, E. (2003): "Capítulo II: Responsabilidad penal y función pública" (p. 143); Entrena Fabré, R. (1999): *El delito de malversación* (p. 40); Górriz Royo, E. (2004): "El delito de prevaricación administrativa. (El artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)" (p. 554); Rodríguez Puerta, M. J. (1999): *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios* (p. 166); Serrano Gómez, A. (2001): *Derecho Penal. Parte Especial* (p. 744); Gálvez Villegas, T. (2001): *Delito de enriquecimiento ilícito* (p. 40); Rojas Vargas, F. (2001): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 35); Urquizo Olaechea, J. (2002): "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública" (p. 251).

1. Función pública y trabajadores y empleados de empresas públicas del Estado y las sociedades de economía mixta

Por ello era solo metafórica la antigua (y ya superada) controversia suscitada a nivel jurisprudencial entre los alcances del segundo párrafo del artículo 40 constitucional ("No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta") y el artículo 425 del CP. El precepto penal referido no se opone al precepto constitucional en la medida en que no otorga la condición de "funcionario público" a los sujetos allí indicados, sino que se limita a concederles, en clave penal, *un **tratamiento** de funcionario público.*

De allí la incorrección de la tendencia jurisprudencial vigente por algunos años proveniente de nuestra Corte Suprema en virtud de la cual los términos del artículo 40 constitucional implicaban la tácita derogación del artículo 425 del CP. Esa doctrina jurisprudencial se observa, por ejemplo, en la Ejecutoria suprema del 12 de agosto de 1994[20].

A partir de 1997, la Corte Suprema de la República ha reconocido que los alcances del artículo 40 de la Carta Política no colisionan con la vigencia efectiva del artículo 425 del CP, pues el precepto constitucional establece un marco aplicable únicamente en el ámbito laboral y administrativo, mas no en el penal. Este cambio de doctrina jurisprudencial puede ser observado con claridad en el Acuerdo N° 04 del Pleno Jurisdiccional Penal de 1997 (Arequipa), en el que luego de un debate nada pacífico se declaró (por mayoría de 31 contra 23) que "la prohibición contenida en el artículo 40 de la Constitución Política del Estado tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del Derecho Administrativo y provisional". En es línea evolutiva, paradigmáticas resultan las Ejecutorias Supremas

20 R.N. N° 1888-94-Lima: "Que la Constitución vigente en su artículo cuarenta segundo párrafo, establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, con lo cual se abroga el inciso tercero del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal (...); del 12 de diciembre de 1996 (R.N. N° 710-95B-Ica: "La Constitución del Estado refiere expresamente, en el segundo párrafo del artículo cuarenta que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta (...)"; Rojas Vargas, F. (1999): *Jurisprudencia penal*, tomo I (p. 625 y ss.); también en: Urquizo Olaechea, J. (2002): "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública" (p. 259).

del 27 de noviembre de 1997[21]; 14 de abril de 1998[22]; 12 de junio de 1998[23] y 03 de agosto de 1998[24].

2. Concepto amplio de funcionario público. Reconocimiento jurisprudencial

De tal manera, en la actualidad se reconoce que, aunque existan sujetos que –en puridad– no poseen relación laboral o administrativa con la Administración Pública pueden, en virtud de los alcances del artículo 425 del CP, ser considerados funcionarios públicos para propósitos penales (Urquizo Olaechea: 2002, pp. 258-260). Se adopta, de este modo, una noción amplia del funcionario público que se aprecia ya en la Ejecutoria Suprema del 13 de junio del 2000[25] y que Corte Suprema de Justicia ha desarrollado con claridad en las decisiones del 5 de noviembre de 2018 (Revisión de Sentencia N° 503-2017, Callao, Sala Penal Permanente)[26]

---

21 Sala Penal C, R.N. N° 4874-96: "El artículo cuarenta de la Constitución Política del Estado, rige para los efectos de beneficios sociales, mas no para la determinación de funcionarios públicos que incurren en responsabilidad penal, lo que si establece el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal"; disponible en Rojas Vargas, F. (1999): *Jurisprudencia penal*, tomo I (p. 628).

22 Sala Penal C, por mayoría, R.N. N° 5522-97-Lima: "El artículo cuarenta de la Constitución Política del Perú y según aparece de su texto, rige únicamente para fines laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad penal de quienes manejan fondos públicos".

23 Primera Sala Penal Transitoria, R.N. N° 154-97-Callao, en Rojas Vargas, F. (1999): *Jurisprudencia penal*, tomo I (pp. 499-505).

24 Sala Penal C, por mayoría, R.N. N° 251-98-Loreto, en Rojas Vargas, F. (1999): *Jurisprudencia penal*, tomo I (p. 629).

25 "Si bien el contrato de servicios no acarrea vínculo laboral para los fines de las leyes sociales, sin embargo, vincula al acusado para los fines de su función pública, toda vez que el servicio corresponde a la función pública, bajo contraprestación del Estado y con responsabilidades de administración de bienes y fondos públicos", en Segura Salas, C. / Villalta Infante, M. (2004): *Repertorio de jurisprudencia penal* (pp. 135-136).

26 "QUINTO. (...) En esta perspectiva penal, **el artículo 425 del citado Código incorpora una noción amplia de funcionario o servidor público**, pues no solo comprende a los que integren la carrera administrativa, a los que desempeñan cargos políticos o de confianza y a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; sino también: (i) a los que, con independencia del régimen laboral, presten servicios en organismos públicos en general –incluidas empresas públicas y sociedades de economía mixta– y en su mérito ejerzan funciones en ellas, y (ii) a los designados por autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. **Esta amplitud permite reconocer que el Código Penal acoge un concepto amplio, situándose un poco más allá del Derecho Administrativo** a la hora de fijar este elemento normativo –es un concepto funcionarial autónomo y exclusivo del Código Penal–. Como acota la STSE 793/2006, de catorce de julio, *'Se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige atribuir la cualidad de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del Derecho Penal, no siempre coincidentes con el Derecho Administrativo'*".

y 27 de octubre de 2021 (Recurso de Nulidad N° 774-2019, Huánuco, Sala Penal Transitoria[27]).

3. Conexión del concepto de funcionario público con el principio de lesividad

Pero la amplitud del concepto de funcionario público no debe llevar a ignorar un aspecto asociado al principio de lesividad: el funcionario público debe intervenir en el marco de la prestación de servicios públicos. En ese sentido, la Ejecutoria Suprema del 27 de octubre de 2021 (Recurso de Nulidad N° 774-2019, Huánuco):

> "(...) En conclusión, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda **aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad**; esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativo, debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal".

Esta vinculación funcionario público-prestación de servicios públicos resulta predominante en supuestos problemáticos como aquel abordado en la Ejecutoria Suprema del 5 de noviembre de 2018 (Revisión de Sentencia N° 503-2017, Callao) en la que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que los bomberos deben ser tratados jurídicopenalmente como funcionarios públicos –pese a que existe expresa declaración en el artículo 3 del Dec. Leg. N° 1260[28] de que los bomberos "no son considerados como funcionarios ni servidores públicos" (artículo 3)–.

En este caso, la Corte Suprema resalta la indicación normativa prevista en el artículo 3 del Dec. Leg. N° 1260 de que los bomberos "prestan servicio público de manera voluntaria y *ad honorem*", a partir de lo cual se precisa que la determinación de su condición de funcionarios públicos depende de un análisis del "*status*

27 "(...) Al respecto, es pertinente precisar que el funcionario o servidor público es un ciudadano que por el estatus institucional que ostenta se encuentra vinculado al Estado mediante nombramiento, delegación o elección popular. Sin embargo, **el concepto dogmático normativo previsto en el artículo 425 del CP no responde a una definición específica, sino que el legislador utiliza una terminología en sentido amplio y genérico o una 'extensión penal normativa'** (...). Tal concepto, para efectos penales, debe interpretarse sistemática, teleológica y de conformidad con los preceptos normativos de la Constitución que regulan la función pública y los alcances del Derecho Administrativo (...)".

28 Decreto legislativo que fortalece el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú como parte de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana y regula la Intendencia Nacional de Bomberos del Perú.

integral de su función, la naturaleza del servicio de la institución y las reglas jurídicas respecto de los bienes asignados para el cumplimiento de sus funciones". Desde esta premisa, la mencionada ejecutoria suprema refiere: "los bomberos participan en el ejercicio de la función pública; y (...) tienen un título de habilitación debidamente estructurado por la ley e integran, por lo demás, un cuerpo jerarquizado (...); asimismo, los bienes de la institución tienen un fin determinado y están sujetos a control gubernamental".

4. Influencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción

En este desarrollo, han tenido influencia significativa tanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción conforme ha resaltado la Corte Suprema en las decisiones del 27 de octubre de 2021 (Recurso de Nulidad N° 774-2019, Huánuco)[29] y del 11 de marzo de 2022 (Casación N° 1781-2019, Áncash)[30].

Esta influencia, como veremos reflejado al momento de examinar la cuestión del *concepto anticipado de funcionario público*, deberá circunscribirse al plano de la interpretación de la ley penal.

5. Requisitos y concepto funcional de funcionario público

El artículo 425 del CP asume, por tanto, una visión eminentemente funcional de funcionario público en virtud de la cual, para propósitos jurídico-penales, serán tratados como tales quienes reúnen las siguientes condiciones: a)

29 "21. Esta interpretación no queda limitada a la normatividad interna, sino que debe interpretarse de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución, que señala que los tratados en vigor forman parte del Derecho interno. En tal sentido, el concepto dogmático de funcionario y servidor público del Estado, **debe interpretarse de conformidad con las definiciones que contienen tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.** La primera, en su artículo I entiende por 'función pública', toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; y, por 'funcionario público', 'oficial gubernamental' o 'servidor público', cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos".

30 "13.4. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el tercer artículo refiere que funcionario público 'es toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público'. **En ese sentido, se advierte que en el artículo 425 del Código Penal (...) se realiza un listado sobre los sujetos que se encuentran comprendidos como funcionarios y servidores públicos (...). De la revisión del listado se advierte que esta es una relación abierta y comprende al personal de la carrera pública administrativa.** (...)".

poseen título habilitante o de incorporación; y, b) ejercen función pública (Olaizola Nogales: 1997, p. 79; Olaizola Nogales: 1999, p. 143; Roca Agapito: 1999, p. 90; Rodríguez Puerta: 1999, p. 163; Donna: 2000, p. 27; Gómez Méndez-Gómez Pavajeau: 2004, p. 74). Se trata pues de requisitos concurrentes o *coconstitutivos* del concepto de funcionario público que propone el Derecho Penal (Roca Agapito: 1999, p. 96). Estos elementos han sido resaltados también por la jurisprudencia nacional.

A este respecto, tenemos que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la decisión del 05 de noviembre de 2018 (Revisión de Sentencia N° 503-2017, Callao) ha señalado:

> "(...) Desde el Derecho Penal se exige, entonces, para ser considerado funcionario o servidor público (i) un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas; y (ii) un título de habilitación de dicha participación, que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente -determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta".

5.1. El título habilitante

El título que permite o faculta el ejercicio de una función pública puede provenir de tres diversas fuentes: la ley, la elección o el nombramiento o delegación de autoridad competente.

Justamente es la existencia del título legitimante la que da origen al ejercicio de la función pública; en otras palabras: "el modo de incorporación resulta constitutivo de la cualidad de funcionario público y le dará el sentido real de elemento normativo en cuanto ejercicio real de la función pública" (Urquizo Olaechea: 2002, p. 269). Por ende, el título habilitante es un factor constitutivo y no meramente declarativo de la posición funcional y sin el cual el sujeto no puede ejercer función pública.

Por ese motivo es correcta la advertencia de Rodríguez Puerta en el sentido de que solo a través del título habilitante resulta posible "vincular jurídicamente a un sujeto con la organización estatal" (1999, p. 165).

5.1.1. La ley

Esta referencia a la ley como fuente de procedencia del título habilitante para el ejercicio de la función pública tiene su origen en el *principio de legalidad* que ilumina el Derecho Administrativo.

Con relación a la ley como fuente del título habilitante, existen dos posiciones encontradas en doctrina: una de carácter restrictivo y otra de carácter extensivo.

La postura de **carácter restrictivo** considera que el término "ley" debe ser utilizado en sentido estricto; es decir, debe comprender solo aquellas normas que provengan del Poder Legislativo, excluyendo otras fuentes normativas. Se trata, en buena cuenta, de la exigencia de *reserva de ley*.

La segunda posición, de **carácter extensivo**, entiende por "ley" a todas aquellas disposiciones de carácter general, lo que permite incluir a los decretos y los reglamentos (Olaizola Nogales: 1999, pp. 149-153), no provenientes del Poder Legislativo. En nuestro país, dada la profusión del uso de disposiciones de menor jerarquía, esta es la posición adoptada mayoritariamente (Rojas Vargas: 2001, p. 36).

Coincido con aquellos autores que reconocen que la referencia a la ley como fuente de procedencia del título habilitante del funcionario público comprende en sí misma las restantes fuentes (elección y el nombramiento o delegación), pues aquellas proceden finalmente de la ley (Abanto Vásquez: 2001, p. 19; Górriz Royo: 2004, p. 555).

5.1.2. La elección

Otra de las fuentes de adquisición de la condición de funcionario público viene dada por la elección, tanto directa como indirecta (Rojas Vargas: 2001, p. 37).

La **elección directa** es la elección popular que en nuestros sistemas de orden democrático es de carácter universal (Alonso Pérez: 2000, p. 35): órganos de gobierno nacional, regional o municipal y el Congreso de la República. La **elección indirecta** es aquella que se confía a ciertos poderes del Estado; en este ámbito se comprende, por ejemplo, la elección de los integrantes del Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, entre otros.

Un punto especialmente problemático es el de determinación del momento desde el cual el Derecho Penal considera al sujeto como funcionario público. En efecto, queda claro que, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, el ejercicio de la función pública se produce recién cuando el funcionario electo asume oficialmente el cargo; sin embargo, la cuestión a determinar es si dicha lógica es también aplicable en el ámbito del Derecho Penal (Abanto Vásquez: 2001, p. 21). Dentro del halo de posibilidades existen algunas que no resultan defendibles: el momento de la votación o la promulgación extraoficial de los resultados. Otras, como aquella que sostiene que dicha condición se ostenta desde la proclamación oficial por parte de la autoridad competente, resultan plausibles desde la perspectiva de protección de bienes jurídicos. Sobre esto profundizaremos más adelante.

5.1.3. El nombramiento o delegación de autoridad competente

En doctrina se suele admitir la posibilidad de que las competencias funcionariales puedan ser delegadas (Gordillo: 2003, pp. 14, XII ss.). La delegación de competencias –como destaca Rojas Vargas– resulta la "fuente más numerosa y extendida que informa la existencia del funcionariado" (Rojas Vargas: 2001, p. 37; también, Gálvez Villegas: 2001, p. 24); el consenso, sin embargo, desaparece al momento de establecer los supuestos en los cuales se puede admitir la delegación de competencias funcionariales.

Refería Creus, con relación al peculado, que la titularidad de las funciones públicas relacionadas al patrimonio del Estado debe ser determinada por la ley, reglamento o la orden legalmente formulada por autoridad competente (1981: p. 327). Con esto se quiere decir –correctamente– que toda delegación de competencias debe encontrar sus orígenes en la legalidad, que se erige como uno de los principios limitadores de la actuación de la Administración Pública. En virtud del principio de legalidad de la administración estatal, esta no puede actuar a partir de su propia autoridad, sino que debe hacerlo bajo el amparo de la ley (García de Enterría-Fernández: 2001, p. 435).

La referencia a la estricta vinculación de la Administración Pública a la legalidad tiene que ver con el hecho de que solo esta (la ley) atribuye potestades a la Administración Pública. Es la ley la que establece los ámbitos de actuación de la Administración Pública y solo es ella la que fija sus límites (García de Enterría-Fernández: 2001, p. 441).

Si tenemos que los ámbitos de actuación o competencias dentro de la Administración Pública se determinan legalmente, pues su origen –como adecuadamente sostienen García de Enterría-Fernández– es "legal y no negocial" (2001, p. 443), entonces estas potestades administrativas son "inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. *El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio*" (García de Enterría-Fernández: 2001, p. 443).

Lo antes precisado supone la posibilidad de admitir la delegación de potestades o competencias dentro del ejercicio de la función pública, pero bajo el límite que es la propia ley. En efecto, solo cuando la ley asigne al funcionario delegante facultades de delegación, será viable la delegación de potestades o competencias.

Esta permisibilidad del acto de delegación de competencias funcionales se encuentra –como ya mencionamos– íntimamente vinculada al principio de legalidad administrativa de modo tal que se excluye cualquier posible acto de delegación cuando esta se encuentra prohibida por ley o cuando el órgano o

funcionario delegante carece de las respectivas competencias para ello. Quien excede los ámbitos de su competencia funcional es absolutamente incompetente desde la perspectiva del Derecho Administrativo (Garrido Falla: 2002, pp. 593-594).

Delimitado el ámbito de la delegación de competencias, se debe mencionar que el funcionario público delegante mantiene un ámbito de responsabilidad penal residual. El funcionario público delegante mantiene un poder jerárquico sumamente amplio que incluye no solo la capacidad de dar indicaciones o instrucciones al funcionario público delegado respecto al modo en que aquel ejercerá la competencia delegada, sino que comprende la posibilidad de dar órdenes concretas dado que la competencia delegada es una competencia propia del funcionario público delegante (Gordillo: 2003, p. 17-XII). Esto es importante pues permite sostener la responsabilidad penal del funcionario público delegante no solo a título comisivo, sino también a título omisivo.

5.2. El ejercicio de función pública

Esta segunda exigencia deriva del concepto funcional adoptado en virtud del cual, además de la existencia de un título habilitante, es indispensable que el autor –de hecho– ejerza funciones en la Administración Pública. Esto es fundamental dada la articulación funcional que se da a los delitos contra la Administración Pública.

Ahora, la doctrina discute aún si el ejercicio de funciones en la Administración Pública debe ser apreciado desde perspectivas teleológicas (actuación conforme al bien común), formales (actuación dentro del régimen de Derecho Público) o mixta (Abanto Vásquez: 2001, p. 25).

Sobre este elemento, la Sentencia Casatoria del 28 de junio de 2016 (Casación N° 634-2015, Lima) ha optado por recurrir a los contenidos de la Convención Interamericana contra la Corrupción:

> "TERCERO. Que a este respecto es imprescindible tener en cuenta la Convención Interamericana contra la Corrupción (...). El artículo I de la Convención entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; y, por funcionarios o servidor público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluso los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos (...)".

6. La cuestión de la responsabilidad penal del funcionario "de hecho"

La problemática de la imputación penal del funcionario o servidor público "de hecho" reside en la ausencia del título habilitante, siendo, por lo tanto, un supuesto de ejercicio irregular de la función pública (Olaizola Nogales: 1999, p. 155). El funcionario de facto cumple con la condición de ejercicio o participación en la función pública, encontrándose ausente el elemento "título habilitante" que permita considerarlo funcionario público para propósitos penales.

Los ámbitos conflictivos en esta constelación de casos pueden ser separados, como propone Roca Agapito, en dos grupos: (i) en un primer grupo se ubica el caso de los particulares que asumen a iniciativa propia funciones públicas; en tanto que (ii) un segundo grupo de casos comprende a quienes han accedido legítimamente al ejercicio de la función pública, pero carecen de las condiciones exigidas por ley para el nombramiento (1999, p. 104). Esta posición es seguida en nuestra doctrina –sin referencia a la fuente– por Nakazaki Servigón (2006, p. 779).

Pues bien, la complejidad de la problemática es solo aparente.

En el **primer caso**, resulta indudable que, a pesar del ejercicio de funciones pública por el particular, carece del respectivo título habilitante que permita considerarlo como funcionario público –siquiera de hecho– para propósitos jurídico-penales. El particular aparece entonces como un auténtico "usurpador de funciones"[31].

En el **segundo caso**, la cuestión se plantea de un modo distinto pues estamos ya no frente a una ausencia del título habilitante sino ante una impropiedad del mismo. Esta impropiedad, sin embargo, se encuentra exclusivamente referida al Derecho Administrativo, de modo tal que la referencia a la condición de "funcionario de hecho" se debe entender únicamente con relación al Derecho Administrativo, en tanto que para el Derecho Penal quien ejerce la función pública a partir de un título habilitante impropio para el Derecho Administrativo sigue manteniendo la condición de funcionario de derecho a efectos penales[32]. Esto debido a que al Derecho Penal no le interesa tanto la relación interna hacia con

31 Descartando –respecto del delito de peculado– que el usurpador de funciones pueda considerarse autor del delito: Buompadre, J. E. (2001): *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia* (p. 255); Cancino Moreno, A. (1983): *El delito de peculado en el nuevo Código Penal. Análisis histórico y dogmático* (p. 27); Gómez Méndez, A. / Gómez Pavajeau, C. (2004): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 89).

32 De esta opinión: Cancino Moreno, A. (1983): *El delito de peculado en el nuevo Código Penal. Análisis histórico y dogmático* (pp. 26-27); Gómez Méndez, A. / Gómez Pavajeau, C. (2004): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 89); Roca Agapito, L. (1999): *El delito de malversación de caudales públicos* (pp. 105-106); Abanto Vásquez, M. (2001): *Los delitos contra la Administración Pública en*

la administración sino la relación externa (Abanto Vásquez: 2001, p. 23) y el funcionario público de facto es externamente un funcionario público.

Esta orientación doctrinal respecto del concepto de funcionario público de hecho se aprecia con claridad en la Sentencia Casatoria del 11 de diciembre de 2019 (Casación N° 442-2017, Ica) en la que se sostiene:

> "40. (...) la doctrina mayoritaria nacional y la jurisprudencia judicial, han asumido una posición restringida, respecto a quienes pueden ser considerados funcionarios de hecho. **Se hace necesario un acto de nombramiento o conferimiento de la función, pero que por ser irregular no le otorga al designado la condición de funcionario de *jure***; puesto que la falta absoluta de la investidura, daría lugar al supuesto de usurpador y no de funcionario de hecho.
>
> 41. Se debe resaltar que, de conformidad con el Acuerdo Plenario N° 12010/CJ-116, **esta designación, nombramiento o conferimiento de la función se puede realizar hasta de manera verbal**; sin embargo, es imprescindible este requisito –aunque irregular–, pues caso contrario se colegiría que cualquier ciudadano, sin vinculación con la Administración Pública, puede constituirse como funcionario de hecho, lo cual es un absurdo; máxime si existen otros tipos penales destinados a sancionar la conducta de particulares que usurpan funciones públicas".

En la distinción entre el funcionario público de hecho y el usurpador de funciones no entran en consideración elementos subjetivos. Aunque para un sector de la doctrina nacional resulta factor central de la condición de funcionario público de hecho su desconocimiento de la ilegitimidad de su actuación funcionarial[33], este elemento de carácter subjetivo no tiene por qué jugar ningún papel en la determinación de la condición de funcionario público de facto ni en su distinción con el usurpador de funciones (Olaizola Nogales: 1999, p. 166).

Se ha planteado el debate respecto a la sujeción al principio de legalidad de la incorporación del *funcionario de hecho* como auténtico funcionario público

el Código Penal peruano (p. 23); Rojas Vargas, F. (2001): *Delitos contra la Administración Pública* (pp. 40-41).

33 Abanto Vásquez, M. (2001): *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano* (p. 24); Gálvez Villegas, T. (2001): *Delito de enriquecimiento ilícito* (p. 35). Por su parte, la sentencia casatoria del 11 de diciembre de 2019 (Casación N° 442-2017-Ica) resalta la trascendencia de la buena fe en el funcionario público de hecho: "(...) 43. A ello se agrega que el funcionario de hecho es aquella persona física o natural que, con un nombramiento nulo o irregular –aunque para ella el nombramiento sea válido lo ejerza de buena fe–, ejerza funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica o continuada. (...)".

para efectos penales por parte de la doctrina (Nakazaki Servigón: 2006, p. 789). Sin embargo, dicho discurso se encuentra ya superado.

Ahora, la jurisprudencia ha resaltado un dato relevante: el funcionario de hecho es un concepto que proviene del Derecho Administrativo. Este dato es relevante, pues fortalece las posiciones que niegan el efecto de su aplicación en el principio de legalidad. En ese sentido, se ha expresado la Sentencia Casatoria del 11 de diciembre de 2019 (Casación N° 442-2017, Ica):

> "32. El concepto de funcionario de hecho tiene su fuente en el Derecho Administrativo. Para su comprensión debe contextualizarse en atención a lo que se define como funcionario público *de iure*, que es el que ingresa a la Administración Pública, respetando o cumpliendo todos los requisitos establecidos en el derecho objetivo (...). En esa dirección, si dichos requisitos, o alguno, o algunos de ellos, no son observados o respetados por alguien que ingresa a la función pública, entonces estamos ante el supuesto de un funcionario de hecho".

IV. LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 425 DEL CÓDIGO PENAL

Justamente por su condición de "elemento normativo" es que se ha tratado –a través del artículo 425 del CP– de establecer una definición (por llamarlo de algún modo) *normativo funcional* del *funcionario* o *servidor público* aplicable al Derecho Penal.

Ahora, no creo que sea adecuado considerar –como postula Cancino Moreno (1983)– que una cláusula de este tipo puede abonar a favor de la función de garantía implícita en los tipos penales, pues la utilización de elementos normativos no pone necesariamente en entredicho dicha función; no obstante, debe reconocerse que cumple una función en el proceso de interpretación del precepto penal que necesariamente incide en la seguridad jurídica que es el plano al que se encuentra necesariamente vinculada la función de garantía de los tipos penales (Abanto Vásquez: 2001, p. 29).

El artículo 425 del CP contiene una disposición común al título "Delitos contra la Administración Pública", lo que evidencia un grave error de técnica legislativa en la medida en que se limitan los alcances del concepto penal de funcionario público propuesto por el mencionado dispositivo a la tipología de los delitos contra la Administración Pública. Preferible hubiera sido –como bien destaca Caro Coria (2002, p. 161)– recurrir a una cláusula de aplicación general contenida en la Parte General que solucione los problemas de interpretación del elemento normativo "funcionario o servidor público" de modo global.

El artículo 425 del CP no proporciona una definición de funcionario o servidor público, limitándose a establecer un listado de niveles funcionariales que permiten la imputación a título de funcionario o servidor público (Caro Coria: 2002, p. 166). Esta cláusula de limitación de sujetos que responden como funcionarios o servidores públicos debe necesariamente ser complementada con las limitaciones que se puedan extraer de cada tipo penal. Así, algunos tipos penales además de establecer una punición limitada a los funcionarios o servidores públicos restringen más la punición al indicar que funcionarios o servidores públicos pueden ser castigados. Por ejemplo, el artículo 376 del CP establece el castigo del funcionario público que "ordena" un acto arbitrario en perjuicio de alguien; autor de este delito no es cualquier funcionario público, sino solo aquel que puede "ordenar". Un ejemplo similar se plantea con el delito de peculado del artículo 387 del CP, que fija una limitación en razón del cargo (Urquizo Olaechea: 2002, p. 270).

El recurso a una enumeración de orden taxativo tiene que ver con razones de tipo pragmático: no existen criterios vinculantes y unificadores en el ámbito del Derecho Público. Por ese motivo, una fórmula como la del artículo 425 del Código Penal resulta más flexible (Urquizo Olaechea: 2002, p. 252).

Conforme se desprende de su redacción, todos los sujetos calificados o tratados como funcionarios o servidores públicos para efectos penales tienen títulos de legitimación o habilitación en el ejercicio de la función pública (Urquizo Olaechea: 2002, p. 269).

1. Párrafo 1°: los que están comprendidos en la carrera administrativa

El ámbito de sujetos comprendidos como funcionarios públicos, a efectos penales por el párrafo 1° del artículo 425 del CP, es precisamente el correspondiente al Derecho Administrativo (Abanto Vásquez: 2001, p. 33; Gálvez Villegas: 2001, p. 50). En efecto, el mencionado párrafo cumple, en primer lugar, con incorporar dentro del concepto penal de funcionario público a quienes lo son para el Derecho Administrativo.

La utilización del elemento normativo "carrera administrativa" suponía –en el surgimiento del CP (1991)– remitirse a los alcances del Decreto Legislativo N° 276, del 24 de marzo de 1984, el mismo que debía ser concordado con el artículo 2 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que es su reglamento (Rojas Vargas: 2001, p. 47; Gálvez Villegas: 2001, p. 50; Urquizo Olaechea: 2002, p. 271). Actualmente, esa relación normativa debe ser planteada con la Ley del Servicio Civil N° 30057, que identifica –entre otros– a

los *servidores civiles de carrera* (particularmente en los artículos 65 a 72 de la mencionada Ley).

2. Párrafo 2º: los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular

Se aluden aquí a dos clases distintas de sujetos: aquellos que desempeñan cargos políticos (incluso si emanan de elección popular) y aquellos que desempeñan cargos de confianza. Estos no son funcionarios públicos en el sentido del Derecho Administrativo, pero sí reciben tal tratamiento en el plano del Derecho Penal.

2.1. Los funcionarios públicos que ejercen cargos políticos

Los funcionarios públicos –como expresa el artículo 51 de la Ley del Servicio Civil– ejercen atribuciones de tipo político, normativo y administrativo. Las atribuciones políticas, a la sazón de dicho dispositivo legal, se relacionan con la facultad de diseñar y aprobar políticas de carácter general.

Dentro de los cargos políticos se pueden distinguir –conforme al artículo 52 de la Ley del Servicio Civil– entre funcionarios públicos de designación o remoción regulada, funcionarios públicos de libre designación o remoción y los funcionarios públicos de elección popular, directa y universal.

2.1.1. Cargos políticos por designación o remoción regulada

Se trata de las posiciones funcionariales que tienen una norma con rango de ley que regula de forma particular o específica los requisitos del puesto, el proceso de acceso, su vigencia y su remoción. El artículo 52 de la Ley del Servicio Civil –que propone esta fórmula– identifica los funcionarios públicos de designación y remoción regulados: (i) magistrados del Tribunal Constitucional; (ii) Defensor del Pueblo y Defensor adjunto; (iii) Contralor General de la República y Vicecontralor; (iv) presidente y miembros del Jurado Nacional de Elecciones; (v) miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; (vi) director general y miembros del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura; (vii) titulares, adjuntos, presidentes y miembros de órganos colegiados de los organismos constitucionalmente autónomos; (viii) titulares, adjuntos y miembros de órganos colegiados de entidades que cuenten con disposición expresa sobre la designación de sus funcionarios; (ix) los jueces que integren el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial; (x) fiscal de la Nación del Ministerio Público; (xi) presidente de la Corte Suprema; (xii) rectores y vicerrectores de las universidades públicas; (xiii) titulares, adjuntos, presidente y miembros del consejo directivo de los organismos técnicos especializados y reguladores y tribunales administrativos; (xiv) gobernadores; y,

(xv) aquellos señalados por norma con rango de ley, siempre que cumplan con lo dispuesto en los artículos 53 y 54 de la Ley del Servicio Civil.

2.1.2. Funcionario público de libre designación y remoción: los servidores de confianza

Se trata de funcionarios estatales cuyo acceso a la función pública corresponde a la decisión libre del funcionario público que le designa. Es aquel cuyo acceso al Servicio Civil se realiza por libre decisión del funcionario público que lo designa. La designación se sustenta en la confianza que genera el funcionario público designado para realizar funciones de naturaleza política, normativa o administrativa.

La nota más relevante de esta clase de funcionarios públicos (funcionarios de confianza) se relaciona con el nivel de discrecionalidad que existe para su nombramiento o designación. Esta particularidad podría llevar a considerar –erróneamente– que la asignación de dicha posición en la gestión pública resulte carente de controles o límites.

En el caso de cargos de confianza, podemos apreciar referencias normativas a los mismos en la Ley del Servicio Civil que define al "servidor de confianza" al que "forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Ingresa sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa" (artículo 3).

Ahora, la referencia legal a que su acceso se vincula al "poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa" no puede llevarnos a conjeturar erróneamente que se trata de un tipo de funcionario público cuyo acceso y permanencia en la Administración Pública depende exclusivamente del decisionismo o arbitrio del funcionario público al cual se le designaría el servidor de confianza.

El "poder discrecional" al que hace referencia la ley tiene limitaciones previstas también legalmente como el cumplimiento del "perfil de puesto". En efecto, el artículo 8 de la Ley del Servicio Civil indica que el proceso de selección e incorporación del servidor de confianza "se limita al cumplimiento del perfil establecido para el puesto y no requieren aprobar un concurso de méritos".

Ahora, estas reglas de acceso a la función pública no pueden hacernos pensar que el ejercicio de la función pública por parte de los servidores de confianza no deba someterse a los mismos deberes que corresponden a cualquier otro tipo de funcionario público. Este razonamiento se sustenta en el contenido del artículo 39 de la Ley del Servicio Civil que identifica las obligaciones de los servidores civiles (y el servidor de confianza es servidor civil) sin hacer ninguna clase de distinción entre los distintos tipos de aquellos.

Dentro de los funcionarios públicos de libre designación y remoción se encuentran: (i) ministros de Estado; (ii) viceministros; (iii) secretarios generales de ministerios y aquellos que por ley expresa tengan igual jerarquía; (iv) titulares, adjuntos, presidentes y miembros de los órganos colegiados de libre designación y remoción; (v) gerente general del Gobierno Regional; (vi) gerente municipal.

2.2. Cargos políticos por elección popular, directa y universal

El legislador penal hace referencia a quienes acceden a cargos públicos a través de proceso electoral popular, directo y universal conducido por la autoridad competente para dicho propósito.

En estos casos, la fuente de referencia normativa para el acceso, permanencia y conclusión del ejercicio de la función pública es la propia Constitución Política del Perú y las leyes de la materia.

Son funcionarios públicos de elección popular, directa y universal: (i) presidente de la República; (ii) vicepresidentes de la República; (iii) congresistas de la República y del Parlamento Andino; (iv) presidentes, vicepresidentes y consejeros regionales; (v) alcaldes, tenientes alcaldes y regidores.

3. Párrafo 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

A través de esta cláusula se cataloga como funcionarios o servidores públicos, para efectos penales, a quienes para el Derecho Administrativo no lo son (Rojas Vargas: 2001, p. 49). En efecto, administrativamente son considerados funcionarios públicos quienes se encuentran comprendidos en la carrera administrativa; sin embargo, los regímenes de contratación de personal al servicio de la Administración Pública son mucho más variados pues, además del régimen previsto en la Ley del Servicio Civil (Ley N° 30057), comprende el régimen laboral

privado (Decreto Legislativo N° 728), el régimen de contratación de servicios no personales conforme al Código Civil (Gálvez Villegas: 2001, p. 51; Tassano Velaochaga: 2004, p. 331), el régimen especial de contratación administrativa de servicios (Decreto Legislativo N° 1057 y sus modificatorias)[34].

La decisión político-criminal de incluir a estos sujetos dentro del concepto penal de funcionario público se origina en su efectiva participación en el ejercicio de la función pública (Gálvez Villegas: 2001, p. 51) y, por ende, en su capacidad para lesionar el bien jurídico. Sin embargo, como se dijo anteriormente, ni la responsabilidad penal ni la administrativa depende del régimen de contratación (Martín Tirado: 2001, p. 312); en ese contexto, se comprenden, por ejemplo, los asesores, los servidores judiciales, etc.

4. Párrafo 4°: los administradores o depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares

Se plantea aquí una discusión respecto a los límites de este dispositivo.

Según un sector de la doctrina nacional, este dispositivo se encuentra destinado a los particulares que, circunstancialmente, debido a la designación de autoridad competente, asumen deberes de custodia de patrimonios (Gálvez Villegas: 2001, p. 52; Rojas Vargas: 2001, p. 50). Para otro sector de la doctrina patria, por el contrario, este párrafo se encuentra dirigido a los funcionarios públicos –en sentido penal– que eventualmente actúan como depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente (Abanto Vásquez: 2001, pp. 34-35).

5. Párrafo 5°: los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

Según la Ley de la Carrera Administrativa los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú no son funcionarios públicos en el sentido del Derecho Administrativo; sin embargo, atendiendo al rol designado constitucionalmente a la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas en la preservación del orden interno y externo, conforme a sus particulares atribuciones, forman parte de la actividad prestacional desarrollada por el Estado y, por ello, sus integrantes pueden afectar sus finalidades.

La ubicación jerárquica tendrá relevancia al momento de establecer los concretos márgenes de imputación.

34 Conviene recordar que la cuarta disposición transitoria final de la Ley del Servicio Civil habilita el traslado de esos regímenes contractuales al previsto en el Ley del Servicio Civil.

6. Párrafo 6°: los demás indicados en la Constitución Política y la ley

Este párrafo incorpora una cláusula de cierre que permite superar el riesgo de obsolescencia de la ley penal derivada de algún cambio normativo en el plano del derecho de la función pública.

V. CONCEPTO ANTICIPADO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

La doctrina penal nacional ha discutido vivamente si, en el contexto del párrafo 6 del artículo 425 del CP, es sostenible de *lege lata* la admisión del *concepto anticipado de funcionario público* propuesto por la Convención Interamericana contra la Corrupción o si, por el contrario, se trata de una propuesta defendible de *lege ferenda*.

El sector de la doctrina penal nacional que propone la efectiva vigencia del concepto anticipado de funcionario público en nuestro ordenamiento penal sostiene que, al amparo del contenido del artículo 55 constitucional, la Convención Interamericana contra la Corrupción forma parte del Derecho nacional y, por lo tanto, siendo ley en rigor en nuestro país, su contenido puede complementar la cláusula abierta del párrafo 6° del artículo 425 del CP (Gálvez Villegas: 2001, p. 57; Rojas Vargas: 2004ª, p. 239).

Otro sector de la doctrina considera que la incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción al Derecho interno peruano no implica que aquella resulte inmediatamente aplicable (Nakazaki Servigón: 2003, p. 268). La incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción al Derecho interno nacional se produce a partir de su aprobación (Resolución Legislativa N° 26757, del 13 de marzo de 1997), su ratificación (Decreto Supremo N° 012-97-RE, del 24 de marzo de 1997) y su entrada en vigor (Oficio RE GAC B° 0-4-A/0316c.a., a partir del 4 de julio de 1997), en tanto que la aplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción requeriría, conforme al mandato establecido en el artículo 56 constitucional, de medidas legislativas que instrumentalicen su ejecución.

La cuestión que aquí se debate –esto es, si las normas de Derecho Internacional público resultan *self-executing* o si requieren que el Derecho interno implemente medidas para hacerlas ejecutables en el país– no es *baladí* y puede tener efectos generales en la cobertura o amplitud del Derecho Penal de la función pública e incidir negativamente en las proyecciones que dimanan del principio de legalidad como herramienta de seguridad jurídica.

Aunque los efectos relacionados a la ampliación del marco de cobertura del Derecho Penal de la función pública puedan ser justificados en clave político-criminal –atendiendo a la considerable importancia de los bienes jurídicos tutelados y al impacto que este tipo de criminalidad genera en el ámbito colectivo– parece sumamente discutible que dichos aspectos prevalezcan sobre la necesaria predictibilidad que provoca una regulación penal precisa y cierta.

Asumir que la adopción de obligaciones internacionales tiene –como efecto inmediato– la transmutación de la regulación nacional de los delitos contra la función pública supone olvidar cómo es que el principio de legalidad penal (y particularmente las exigencias de *ley cierta* y *ley expresa*) condiciona la aplicación de la ley penal a los límites propios de una metodología de interpretación de la misma conforme a su *sentido literal posible*.

Por ende, no resulta defendible la eficacia absoluta e inmediata de los contenidos de la Convención Interamericana contra la Corrupción y su traslado instantáneo al Código Penal, pues, aunque en virtud de los términos del artículo 55 constitucional posea rango de ley, dicho dispositivo no ubica a la Convención Interamericana contra la Corrupción en una posición de preferencia normativa respecto al Estatuto penal.

Por otro lado, es importante advertir que la posible utilidad interpretativa de la Convención Interamericana contra la Corrupción se encuentra sujeta a los estrictos límites que presupone el principio de legalidad penal.

VI. LA DISTINCIÓN ENTRE "FUNCIONARIO PÚBLICO" Y "SERVIDOR PÚBLICO"

El artículo 425 del CP alude, en su parte inicial, al "funcionario público" y al "servidor público", con lo cual parece reconocer una diferencia conceptual entre uno y otro término.

Para el Derecho Administrativo, la expresión *funcionario público*, en sentido estricto, comprende únicamente a quienes tienen funciones directivas y/o resolutivas, en contraposición al agente estatal que cumple funciones ejecutivas, a quien se le conoce como servidor público (Caldera Delgado: 1979, p. 286; Patrón Faura-Patrón Bedoya: 2004, pp. 159-160; Gálvez Villegas: 2001, p. 20). Sin embargo, la doctrina más actual del Derecho Administrativo reconoce las deficiencias de dicha distinción.

En efecto, si la distinción entre "funcionario público" y "servidor público" se sustenta en la potestad decisoria de uno y su ausencia en otro; la misma pierde

sentido en un contexto en que no existen más agentes públicos que tengan exclusiva capacidad decisoria ni existen quienes tengan exclusivamente funciones ejecutivas; por esa razón destaca la doctrina la carencia de sustento jurídico y material en una distinción de este tipo (Gordillo: 2003, pp. 1-XIII).

A esto debe agregarse el cambio terminológico producido en sede constitucional y en el Derecho Administrativo.

En efecto, el artículo 39 de la Constitución Política utiliza el término "trabajador público", a diferencia de los artículos 58 y 60 de la Constitución Política de 1979, que usaban el término "servidor público" utilizado por el artículo 425 del CP. Del mismo modo, las diversas normas de Derecho Administrativo revisadas a lo largo de este capítulo prescinden de esa distinción o criterio distintivo y se decantan en favor del uso más general de la expresión "servidor público".

Por todas estas razones se entiende la crítica hecha por la doctrina del Derecho Administrativo y del Derecho Penal a la desprolija utilización de términos como "funcionario público", "trabajador público" o "empleado público" que ha producido, a nivel legislativo, una confusión generalizada de sus contenidos (Arósteguí Sánchez: 2006, p. 656; Rojas Vargas: 2001, p. 41).

Intentando dar una respuesta a esta cuestión, debo coincidir con Abanto Vásquez (2001, pp. 36-37) respecto a la inutilidad práctica de la distinción funcionario público-servidor público-trabajador público. Aunque la redacción de los delitos de funcionarios públicos en el Código Penal peruano suele establecer aparentes diferencias a nivel de autoría al utilizar los términos *funcionario público* o al *servidor público*, lo cual daría cuenta de una diferencia legislativa entre ambos conceptos, lo cierto es que el contenido del artículo 425 del CP esclarece cualquier duda al tratarlos como sinónimos.

§

III

CAPÍTULO III

LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

I. LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS DE DOMINIO Y DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER. SU PARTICULAR IMPORTANCIA EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La doctrina penal dedicada a distinguir la autoría y la participación en el Derecho Penal ha transitado por un largo y sinuoso camino que la ha llevado a transcurrir por tesis diversas[35] hasta el total –aunque no exento de objeciones– predominio de la *teoría de dominio del hecho* cuyas raíces se ubican en los trabajos de Hans Welzel.

En virtud de la teoría del dominio del hecho, la autoría del delito corresponde a quien ostente "*el señorío del suceso típico*", es decir, es autor el "señor y dueño de la decisión y su ejecución, y con esto, dueño y señor de 'su' hecho, al cual le da forma conscientemente en su existencia y en su forma" (Welzel: 2015, pp. 82-83). Sin embargo, la coherencia y la capacidad de rendimiento de la autoría construida sobre la base de la *dirección final del hecho típico* parecían mostrar grietas en ciertos contextos particulares (como el de participación del instrumento doloso no cualificado)[36], lo que motivó el surgimiento de propuestas de complementación como la desarrollada por Claus Roxin en su *Täterschaft und Tatherrschaft* en la que incorpora la distinción entre delito de dominio (*Herrshaftsdelikte*) y delitos de infracción del deber (*Pfichtdelikte*)[37].

35 Sobre las mismas, Maurach, R. / Gössel, K. H. / Zipf, H. (1995): *Derecho Penal. Parte General*, tomo 2 (p. 301); Bacigalupo, E. (1999): *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición (pp. 489-494); Díaz y García Conlledo, M. (1991): *La autoría en Derecho Penal* (*passim*); López Barja de Quiroga, J. (1996): *Autoría y participación* (*passim*).

36 No resta razón a Bacigalupo Saggese, S. (2007): *Autoría y participación en los delitos de infracción del deber* (p. 22), cuando sostiene que la teoría de los delitos de infracción del deber surge por necesidad ante la insuficiencia de la teoría del dominio del hecho.

37 Resalta la idea de complementación, particularmente, Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2003): "Delitos de infracción del deber" (p. 279).

Claus Roxin, en 1963, supo reconocer la existencia de expresiones del tipo penal en las que el dominio del hecho resultaba un criterio insuficiente. La autoría no tiene como único fundamento *el dominio del hecho*, sino que –en algunos supuestos– el fundamento de la punición a título de autor radica en un criterio distinto, el de *infracción del deber* (Roxin: 1998, p. 385; Bacigalupo Saggese: 2007, p. 53).

La teoría de los delitos de infracción del deber se ha transformado –como refiere correctamente Gómez Martín– en una herramienta de innegable utilidad en la práctica forense debido a la sencillez con la que permite solucionar escenarios complejos que no podrían ser resueltos adecuadamente sin contar con su soporte (2006, p. 137).

Ahora, en la medida en que los delitos contra la Administración Pública se configuran, por lo general, como *delitos consistentes en la infracción de un deber*[38], reduciremos el análisis a esa particular tipología delictiva. Si el lector desea contrastar los contenidos que aquí se proponen sobre la teoría de los delitos de infracción del deber, con los propios de la teoría del dominio del hecho, se recomienda recurrir a nuestra *Parte General* (Caro Coria-Reyna Alfaro: 2023, pp. 421 ss.).

II. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER: PLANTEAMIENTO GENERAL

En los delitos de infracción del deber es autor quien interviene en el hecho punible mediante la infracción de un deber jurídico extrapenal, sin importar si tiene el dominio fáctico sobre el suceso típico.

El sustento de la punición a título de autor en estos casos radica en la infracción de un deber, pero no de cualquier deber, sino aquellos de carácter extrapenal antepuestos a la norma que subyace al tipo penal y cuyo origen se encuentra fundamentalmente en otras ramas del orden jurídico (Roxin: 1998, p. 385). El deber extrapenal alude a la existencia de una obligación de tutela de un bien que recae en cierto grupo de personas (Jakobs: 1997, p. 791; Suárez González: 2001, p. 150; García Cavero: 2003, p. 330) y no al deber general (exigible a todo ciudadano) de no dañar bienes ajenos.

38 Precisamente por ese motivo Roxin, C. (1998): *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (p. 384), recurre a esa tipología para ejemplificar el contenido de los delitos de infracción del deber, aspecto que resalta también, en ese sentido, Bacigalupo Saggese, S. (2007): *Autoría y participación en los delitos de infracción del deber* (p. 56); Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2004): *El denominado "delito de propia mano"* (p. 134); Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2004ª): *Atribuciones normativistas en Derecho Penal* (p. 33); Caro John, J. (2003ª): "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción del deber" (p. 61).

Se trata, como se puede ir reconociendo, de deberes que: (i) son distintos de aquellos que son propios de la infracción de las normas de prohibición que subyacen tras la realización del tipo de injusto (deber genérico propio de la realización de todo comportamiento antijurídico); (ii) que resultan previos a la norma penal; y, (iii) que se relacionan con la posición del sujeto en el ordenamiento jurídico (Bacigalupo Saggese: 2007, p. 57; Polaino Navarrete: 2015, pp. 602-603).

Ahora, la identificación del deber extrapenal que permite distinguir entre autor y partícipe se ubica en el propio tipo penal. En efecto, a partir del análisis del respectivo tipo penal será posible reconocer si estamos frente a un delito de dominio o frente a un delito de infracción del deber. Se trata, conforme se va evidenciando, de un criterio vinculado directamente con el principio de legalidad.

En el tipo penal es donde aparece precisado –con menor o mayor dificultad según el caso– cuál es el deber extrapenal que identifica al autor del hecho (Roxin: 1998, p. 417; Bacigalupo Saggese: 2007, p. 54). De este modo, el tipo penal identifica el grupo o círculo de personas a las que les alcanza el referido deber extrapenal (Sánchez-Vera Gómez-Trelles: 2004, p. 133; Suárez González: 2001, p. 150; Salazar Sánchez: 2007, p. 559) y que, por ende, se ubican en relación directa con el bien jurídico (Jakobs: 1997, p. 791).

La autoría en los delitos de infracción del deber, al igual que en los delitos de dominio, se conecta con la función de protección de bienes jurídicos (Caro Coria-Reyna Alfaro: 2023, p. 465); sin embargo, difiere en la forma en que "el sujeto accede a la posibilidad de lesionar el bien jurídico" (Meini Méndez: 2014, p. 95). Por ende, se trata de tipos de delitos (los de dominio y los de infracción del deber) que responden a distintas fórmulas o mecanismos de imputación de la responsabilidad penal (Suárez González: 2001, p. 149).

El involucramiento o "inmersión" del sujeto en el deber extrapenal (Sánchez-Vera Gómez-Trelles: 2004, p. 134) le imponen al mismo obligaciones distintas a aquellas que corresponden al *extraneus* y que derivan de diversas instituciones positivas (una de ellas es la Administración Pública). Esa vinculación o relación impone al sujeto obligaciones de cuidado, fomento y de inviolabilidad del bien jurídico (Bacigalupo Saggese-Sánchez-Vera Gómez-Trelles: 2005, pp. 21-22; Bacigalupo: 2004, p. 480; Sánchez-Vera Gómez-Trelles: 2003, p. 275) que, precisamente, son aquellas que le confieren un estatus especial (Sánchez-Vera Gómez-Trelles: 2004[a], p. 32) y que le ubican como *responsable prioritario* del hecho punible (Jakobs: 1997, p. 363) al transformarse en la figura central del hecho delictivo. Este "involucramiento" del sujeto en el deber extrapenal genera una expectativa social respecto del modo en que el sujeto especial se organizará (Suárez González: 2001, p. 150), con lo cual reivindica su posición de personaje central del hecho punible.

Pues bien, esta inmersión del sujeto en la institución positiva supone la asunción libre, racional y razonable de las obligaciones de protección del bien jurídico que dimanan de la particular posición que el sujeto ocupe en la misma (Sancinetti: 2003, p. 71). Esta idea es formulada por Jakobs a partir del concepto de *competencia.*

En efecto, junto con los deberes negativos (de no lesionar a terceros y no entrometerse en ámbitos de organización ajenos) existen deberes positivos "para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales" (Salazar Sánchez: 2007, p. 557). La asignación de dichos deberes positivos, conforme al maestro de Bonn, parte de la asunción de un rol especial que implica que el sujeto asuma *competencia por no mejorar la situación* (competencia institucional). En la propuesta de Jakobs todo el sistema de responsabilidad jurídico penal se sustenta en la noción de quebrantamiento del rol (Jakobs: 2000, p. 193).

Es importante advertir que –ya en su mismo enunciado– el tipo penal servirá para identificar o reconocer el deber extrapenal, pero su contenido se encontrará generalmente en otros ámbitos del ordenamiento jurídico (Roxin: 2014, p. 179; Gracia Martín: 1983, p. 317; Suárez González: 2001, p. 153; Caro John: 2003, p. 144). Esto supone que estamos ante auténticos tipos penales abiertos[39].

Esta última afirmación tampoco debe sorprendernos ni llevar a cuestionar la legitimidad de la teorización sobre los delitos de infracción del deber. En primer lugar, porque el concepto mismo de autor termina siendo un concepto abierto; en segundo término, porque la utilización de conceptos abiertos no implica ningún tipo de mácula particular en términos de seguridad jurídica, circunstancia que explica su utilización recurrente en el Derecho Penal (como ocurre con las leyes penales en blanco); y, finalmente, porque como tales se distinguen claramente de los conceptos jurídicos indeterminados (Roxin: 1998, p. 385).

Es necesario destacar –con Roxin– que la infracción del deber es el elemento que define la autoría, pero no es el fundamento de la punición[40]. En tal virtud, como indicamos anteriormente, la idea de la infracción del deber no identifica el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública y, por lo tanto, cualquier intento de reconducir el bien jurídico a la noción de *infracción del deber* deriva

39 Sobre las dificultades que esto pueda generar profundizaremos más adelante.

40 Bacigalupo Saggese, S. (2007): *Autoría y participación en los delitos de infracción del deber* (p. 21). Ya Gimbernat Ordeig, E. (1966, 2012): *Autor y cómplice en Derecho Penal,* (pp. 102, 118-119), resaltaba los cuestionamientos que se hacía sobre el criterio del dominio del hecho al que se le cuestionaba su "vaguedad tornasolada". Similar, Pérez Alonso, E. (1998): *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal* (pp. 181-182), quien resalta cómo es que dicho cuestionamiento fue formulado también respecto del criterio del dominio del hecho.

de una absoluta confusión en los planos de análisis. Precisamente por ese motivo es que resulta incorrecta la crítica formulada por algunos autores en el sentido de que la adopción de los delitos de infracción del deber podría significar la renuncia al principio de protección de bienes jurídicos (Roxin: 1998, p. 403)[41], pues la adopción de la infracción del deber como factor determinante de la autoría no se realiza renunciando al principio de lesividad (Bacigalupo Saggese: 2007, p. 101).

En los delitos de infracción del deber, conforme hemos podido reconocer, el dominio del hecho constituye un factor completamente irrelevante para identificar al autor del hecho punible. De esta forma se aprecia cómo es que, en esta tipología de delitos, los criterios ontológicos (de dominio del suceso típico) ceden ante el criterio normativo de la ostentación del deber extrapenal (Roxin: 2014, pp. 179-180). Esta pauta se advierte con claridad en las SSTS español 327/ 2007, del 27 de abril, y 152/ 2912, de 2 de marzo, en las que se afirma: "lo decisivo de la imputación típica no es el movimiento corporal del operador (...) sino la infracción de los deberes legales y reglamentarios que incumben al titular de la organización respecto de los bienes ajenos que pueden ser lesionados" (referidas por Guanarteme Sánchez Lazaro: 2016, p. 174).

Precisamente por estas razones es que la expresión naturalista de la infracción del deber es intrascendente (Gracia Martín: 1983, p. 317). Si la infracción del deber se produce por *acción* u *omisión* resulta absolutamente irrelevante y esto –como refiere Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2004ª, p. 116)– ya no es una cuestión de orden dogmático, sino de orden lógico.

Finalmente, corresponde resaltar que la infracción del deber, al constituir un criterio que no permite graduaciones, no habilita espacios de diferenciación cuantitativa que justifiquen la distinción entre autores y partícipes (García Cavero: 2008, p. 577; Rodríguez Collao-Ossandón Widow: 2005, p. 133).

III. DELITOS ESPECIALES Y DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER

No es extraño observar cierta confusión doctrinal al identificar los delitos especiales con los delitos de infracción del deber, pese a que dicha identidad debe ser recusada (García Cavero: 2014, p. 630). Ahora, esta posible confusión no debe extrañar si reconocemos las ciertas similitudes o semejanzas existentes

41 De opinión divergente Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2004): *El denominado "delito de propia mano"* (p. 153), para quien la existencia del deber fundamenta la punibilidad del comportamiento.

entre los delitos especiales, los delitos consistentes en la infracción de un deber y los delitos de omisión[42].

Los delitos especiales pueden ser entendidos, de cierta forma y parcialmente, como *precursores* de los delitos de infracción del deber (Bacigalupo Saggese: 2007, p. 35). En su conceptualización tradicional, se entiende que estamos ante delitos en los que "no toda persona puede ser autor" (Gimbernat: 1966, 2012, p. 199), sino únicamente aquella designada en el respectivo tipo penal.

Quizás la forma más adecuada de reconocer los diversos planos en que interactúan ambas categorías sea partiendo de la distinción hecha por Gómez Martín (2006) entre el *concepto simple de delito especial* y el *concepto complejo de delito especial.*

El *concepto simple* de delito especial se construye en torno a dos elementos fundamentales: (i) se trata de un tipo de delito que limita el espectro de autores al requerir que en ellos concurran ciertos elementos exigidos por el tipo penal; y, (ii) la ausencia de referencia a las razones que justifican esa restricción de autoría (Gómez Martín: 2006, p. 16).

Por su parte, el *concepto complejo* de delito especial corresponde a aquellos en los que más allá de la configuración gramatical del tipo penal y la restricción en dicha configuración del círculo de sujetos que pueden realizarlo, predomina la existencia de un deber que sirve de fundamento o razón de ser a dicha restricción (Gómez Martín: 2006, p. 23). Los delitos de infracción del deber responderían al concepto complejo del delito especial.

No obstante, existen otros criterios de distinción entre estas categorías, el factor común en las mismas y el que resulta determinante a entender de Melendo Pardos (2013: p. 96) es la *razón o motivo* por el que se produce la limitación del círculo de autores, esto es, el fundamento de la restricción del círculo de autores. En algunos casos, esa distinción es meramente formal y, en otros casos, la distinción de carácter axiológico o de fondo (Silva Sánchez: 2025, p. 1270).

En el caso de los delitos de infracción del deber, el fundamento de la limitación del círculo de autores se vincula a la asunción de deberes positivos, en tanto que en los delitos especiales, el fundamento de la limitación del círculo de

42 En ese sentido, Bacigalupo, E. (2004): *Derecho Penal. Parte General* (p. 469); Bacigalupo Saggese, S. (2007): *Autoría y participación en los delitos de infracción del deber* (p. 35); Suárez González, C. (2001): "Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios" (p. 158); Pérez Alonso, E. (2010): "Autoría y participación" (p. 408).

autores responde a la descripción típica de los elementos personales de autoría (Caro John: 2003ª, p. 63).

De hecho, Roxin reconoce que todos los delitos especiales serían delitos de infracción del deber, siempre que la restricción del ámbito de autoría guarde relación con la existencia de un deber jurídico especial. En caso contrario, estaríamos ante un auténtico delito de dominio (Gómez Martín: 2006, p. 139).

Esa misma línea lógica se aprecian los desarrollos de Martínez Buján Pérez quien distingue entre delitos especiales de dominio (en los que no existe deber jurídico especial sobre el autor) y los delitos especiales de infracción del deber (auténticos delitos de infracción del deber) (adoptada también en Font de Mora y Saínz: 2025, p. 234). Tampoco es distante la posición adoptada por el profesor Silva Sánchez, quien distingue entre *delitos especiales "de posición"* y *delitos especiales "de infracción del deber"* (Silva Sánchez: 2025, pp. 1276-1277).

IV. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER: CRÍTICAS

La admisión de la categoría de delitos de infracción del deber no ha sido pacífica en la doctrina, siendo objeto de múltiples críticas[43] que trataremos de dar cuenta en las líneas siguientes.

1. Críticas vinculadas a la imprecisión de la categorización de los delitos de infracción del deber

Se critica a la teoría de los delitos de infracción del deber las dificultades para reconocer cuáles serían los delitos que, en sentido estricto, podrían ser considerados dentro de dicha categorización. Precisamente por ese motivo, Martínez Buján Pérez resalta no solo la diversidad de opiniones que al respecto existen en la doctrina, sino que enfatiza que, conforme al Derecho positivo español, serían escasos los delitos que se calificarían como delitos de infracción del deber (2019, p. 98).

Esta dificultad es también advertida por Gómez Martín quien, desde los planteamientos del mismo Roxin, reconoce que existen delitos en los que su identificación como delitos de infracción del deber no sería evidente, sino más bien oculta y respondería, más bien, a "un proceso básicamente intuitivo y generador de un elevado nivel de inseguridad jurídica" (2006, p. 142).

43 Una exposición de las mismas puede verse en Hernández Plascencia, J. (1996): *La autoría mediata en Derecho Penal* (p. 315).

Precisamente por esta razón Martínez Buján Pérez (2019) resalta que esta categorización parecería estar más bien vinculada a fórmulas típicas mixtas debido a que "además del componente de infracción del deber, describen *acciones* que deben ser *realizadas o ejecutadas* (...) por el sujeto al que incumbe dicho deber" (p. 99). Esta cuestión será retomada en líneas posteriores.

2. Críticas vinculadas a sus efectos sobre la autonomía del Derecho Penal

Otra de las críticas que recaen sobre la categoría de los delitos de infracción del deber se vincula a los efectos que su utilización tendría respecto a la autonomía de la disciplina. Si se sostiene que el deber que sustenta la autoría es de carácter extrapenal, tendría que admitirse la sumisión del Derecho Penal a otras ramas del orden jurídico e incluso en planos extrajurídicos (como la moral) en donde se hallarían identificados los deberes.

Respecto a esta crítica, creo correcta la precisión hecha por Hernández Plasencia en el sentido de que el énfasis en la *infracción del deber* para distinguir entre autoría y participación no supone la prescindencia de los restantes elementos del tipo (1996, p. 315).

3. Críticas vinculadas al principio de legalidad penal

Un sector relevante de la doctrina española critica esta teoría de que la autoría en los delitos de infracción del deber prescindiría de la *realización de los actos típicos* lo que implicaría la vulneración del principio de legalidad penal (Mir Puig: 2005, p. 378). Ahora, esta crítica, como advertía Mir Puig, dependerá finalmente de qué entendemos por *realización del hecho típico*.

Por otra parte, contra los delitos de infracción del deber pueden reconocerse otros aspectos controvertidos vinculados al principio de legalidad y, en particular, con el mandato de determinación y de taxatividad. Estas críticas se reconocen en autores como Gallas y Engish, y son abordadas en la doctrina española especialmente por Silva Sánchez (2025) y Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2003).

En virtud de estas posiciones críticas, dado que los deberes positivos se encontrarían fundamentalmente en el plano moral, no sería difícil reconocer cierto entrometimiento de criterios de este tipo en el Derecho Penal (Sánchez-Vera Gómez-Trelles: 2003, p. 278). No obstante, conforme acertadamente refuta Sánchez-Vera, los deberes positivos –pese a su posible origen en el plano moral– tienen relación con alguna clase de institución vinculada con alguna libertad individual

que nuestros modelos de Estado de Derecho (social y democrático) reconocen constitucionalmente (2003, p. 279).

Silva Sánchez (2025) resalta las dificultades derivadas de la imprecisión en la labor de identificación de las fuentes institucionales del deber y que, difícilmente, tienen una clara y notoria regulación jurídica (pública o privada). Sin embargo, Silva Sánchez recuerda cómo es que una exigencia de dependencia de una regulación legal de los deberes institucionales podría derivar en un formalismo que llevaría a la desmaterialización del injusto penal (pp. 1273-1274).

4. Críticas vinculadas al principio de ofensividad

Un sector importante de las críticas se vincula a los riesgos de extensión del poder punitivo que podría derivar de un uso irracional de esta fórmula dogmática.

En esa línea, Silva Sánchez (2025) resalta cómo la reconducción de la responsabilidad por autoría en la existencia de deberes institucionales podría implicar la anticipación de la respuesta penal en la medida en que la orientación de la responsabilidad penal hacia la infracción del deber podría suponer que se prescinda de la lesión del bien jurídico. La razón es muy sencilla: la infracción del deber ocurre siempre antes de la lesión del bien jurídico.

En esta línea crítica, se dirigen también los cuestionamientos relacionados a la aproximación de la teoría de la infracción del deber con los planteamientos extensivos de autor. En efecto, si reconocemos que existen contextos –como las organizaciones públicas y privadas– en los que los múltiples esquemas de coordinación (horizontales y verticales) se definen en función de deberes de actuación o de control, será sumamente difícil encontrar zonas en los que tales deberes no existan. En este contexto, si la aplicación de la ley penal por parte de jueces o fiscales no responde a criterios técnicos idóneos, corremos el riesgo de una *autoría ad infinitum* en la que todo aquel que tenga alguna clase de deber con relación al comportamiento típico podría ser calificado como autor del delito.

5. Críticas formuladas contra la versión jakobsiana de la teoría de los delitos de infracción del deber

Existen también críticas focalizadas en la teorización particular de los delitos de infracción del deber formulada por Jakobs. Una de las versiones más acidas de ese sector crítico proviene de Schünemann quien cuestiona la utilidad de la *competencia* como factor sobre el que se deba construir una teorización de los delitos de infracción del deber. Un concepto de este tipo, sostiene el autor muniqués, propone un argumento tautológico que "no aporta nada para explicar los presupuestos de la autoría" (2005, p. 986).

6. Síntesis: predominio de su recepción jurisprudencial

Los planteamientos críticos antes descritos, parecen superarse con la utilidad práctica de la teorización formulada por Roxin. Como resalta Gómez Martín "el criterio de referencia constituye, sin duda, un utilísimo mecanismo para resolver, de forma sencilla, una de las más complejas constelaciones de supuestos prácticos que plantearían los delitos especiales: en los casos de 'instrumento doloso no cualidad'" (2006, p. 137)[44].

Precisamente por este motivo no debe extrañar que se trate de una categoría que ha alcanzado consenso a nivel jurisprudencial[45], aunque sin una suficiente reflexión en torno a la congruencia de su aplicación con el principio de legalidad.

A nivel jurisprudencial, existen decisiones que han enfatizado la operatividad de la infracción del deber como criterio determinante de la condición de autoría en los delitos contra la Administración Pública. Este predominio jurisprudencial en nuestro país parece discrepar de la reflexión hecha por Roxin (2014, p. 180) respecto a la escasa recepción de dicha doctrina en la jurisprudencia alemana o por Martínez Buján Pérez (2019, p. 98), en el sentido de que los postulados de dicha teoría no conectarían directamente con la configuración de la parte especial en el Derecho español.

En ese contexto, tiene especial trascendencia la sentencia casatoria del 19 de agosto de 2020 (Casación N° 1749-2018/Cañete) que señala:

> "En los delitos de infracción del deber no basta con poseer la condición de funcionario o servidor público para inferir inmediatamente su condición de autor del delito. A la condición objetiva especial –la de funcionario o servidor público– debe agregarse el vínculo especial. En el delito de peculado, por ejemplo, se exige, además de la condición especial de funcionario o servidor público, el vínculo funcional con el objeto (caudales o efectos) de custodia, percepción o administración. En general, la vinculación funcional del sujeto activo con el bien jurídico se expresa típicamente con los términos 'abusando de sus atribuciones', 'valiéndose de su condición de funcionario o servidor público', 'por razón de su cargo' o 'de su función', 'violación de sus obligaciones', o 'abuso de su cargo'. El común denominador de todas estas frases típicas es que dejan trasuntar, en el plano normativo, deberes jurídicos que solo pueden ser cumplidos por quienes tienen una vinculación funcional específica. Se trata de deberes de garante, que surgen a partir de las

44 Similar, Salinas Siccha, R. (2014): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 17).

45 En ese sentido, Salinas Siccha, R. (2014): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 20); Vílchez Chinchayán, R. (2021): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 106).

funciones específicas del funcionario o servidor público, en un contexto institucional determinado. La vulneración de este deber le da el título de autor. Aquellos que no tengan esta relación especial con los caudales o efectos, aun cuando sean funcionarios o servidores públicos, responderán eventualmente como autores, por un delito común, equivalente o por el mismo delito, como partícipes".

V. ESTRUCTURA DE LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER CON ESPECIAL APLICACIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ahora, siguiendo la secuencia explicativa adoptada, resulta innecesario reiterar el modo en que se articula la autoría directa en los delitos de infracción del deber, por lo que nos limitaremos a examinar los tópicos problemáticos.

1. La autoría mediata en los delitos de infracción del deber

Como sabemos, en los delitos de dominio, la autoría mediata se produce cuando el dominio del hecho no lo posee el ejecutor directo de la acción, sino otra persona que le instrumentaliza. Autor, en estos casos, según los planteos de la teoría del dominio del hecho, resulta ser el *hombre de atrás* por poseer un dominio del hecho a través del *dominio de la voluntad del ejecutor*. Este dominio del hecho por dominio de voluntad se alcanza por coacción, por error o en virtud de la existencia de un aparato organizado de poder.

En los *delitos consistentes en la infracción de un deber* la condición de autor mediato se determina también recurriendo a la idea de la *infracción del deber*, soslayándose totalmente la idea del dominio del hecho (Roxin: 1998, p. 392). Aplicada esta idea al ámbito de los delitos contra la Administración Pública, la cuestión se plantea del siguiente modo: cuando un funcionario o servidor público determina a un particular a ejecutar una acción típica, aquellos responden siempre a título de autores mediatos, en tanto que el particular responde únicamente a título de cómplice.

En este ámbito es absolutamente irrelevante si el particular es o no un instrumento doloso. Esto por una cuestión absolutamente lógica: si el fundamento de la autoría es la infracción del deber extrapenal, no el dominio del hecho, el dolo del instrumento no cualificado es totalmente irrelevante, en la medida en que aquel no tiene ninguna utilidad para distinguir al autor del partícipe (Roxin: 1998, p. 402; Bacigalupo Saggese: 2007, p. 63).

1.1. La problemática del instrumento doloso no cualificado

Quizás uno de los aspectos de más difícil solución en la práctica es aquel que se vincula a la responsabilidad penal del instrumento doloso no cualificado, que corresponde a un grupo de casos en particular: cuando el agente ejecuta la acción típica dolosamente pero no tiene la condición especial requerida por el tipo penal que –se entiende mayoritariamente– no sería transmitible por tener carácter personal (Gimbernat Ordeig: 1966, 2012, p. 200).

Este grupo de casos nos enfrenta a varios dilemas: (i) cómo justificar la punición del *intraneus* pese a no intervenir ontológicamente en la ejecución del comportamiento típico; y (ii) cómo justificar la punición del *extraneus* que domina el hecho, pero no ha infringido el deber especial extrapenal.

(i) La punición del *intraneus* pese a no intervenir ontológicamente en la ejecución del comportamiento típico

Respecto de esta cuestión parece haberse encontrado solución mediante el entendimiento de que la configuración de la autoría en los delitos de infracción del deber prescinde de referencias ontológicas y, por ende, el *intraneus* que infringe (por omisión) los deberes especiales extrapenales, vinculados a su particular posición, responderá siempre como autor (mediato) del delito.

Sin embargo, esta solución enfrenta problemas cuando se reconoce que existen diversos tipos penales en los que la descripción típica incorpora con claridad un comportamiento positivo, como ocurre particularmente en los delitos de mano propia (Gimbernat Ordeig: 1966, 2012, p. 202; Martínez Buján Pérez: 2019, p. 99). Esta circunstancia dificultaría obtener una respuesta coherente con el principio de legalidad.

Ante esta dificultad, Roxin (2014, p. 187) recurre a la idea –ya resaltada– del no relacionamiento de la realización del comportamiento con la configuración externa del mismo. Esto, sin embargo, como reconoce el mismo Roxin (2014), dependerá de un aspecto vinculado al principio de legalidad: la punición del *intraneus* como autor dependerá de si la redacción del tipo penal permite reconocer indicadores del principio general de infracción del deber y con que "legitima su aplicación también cuando el tipo no equipara *expressis verbis* todas las contribuciones al hecho" (p. 180).

(ii) La punición del *extraneus* que domina el hecho, pero no ha infringido el deber especial extrapenal

Pero esta cuestión se proyecta en la segunda cuestión: responsabilidad penal del *extraneus*.

En efecto, si se examina el problema desde el prisma de la teoría del dominio del hecho, se incurre el riesgo –advertido por Roxin (2014)– de proponer la impunidad tanto del *intraneus* (por no participar ontológicamente en el comportamiento) como del *extraneus* (por carecer de la condición especial de autoría) y arribar a una solución político criminalmente insatisfactoria.

La discusión dogmática respecto a la viabilidad de castigar al particular como partícipe de los delitos cometidos por funcionarios públicos se desarrolla en torno a los alcances de la cláusula de *incomunicabilidad de circunstancias personales* a las que alude el artículo 26 del Código Penal. Este no es un debate entre impunidad y castigo, sino sobre el título de imputación que deberá aplicarse a quien carece de la condición especial de autoría.

En ese contexto, la discusión de si el particular responde como partícipe del delito de infracción del deber o como partícipe del delito común (al que el delito de infracción del deber se encuentra relacionado) dependerá de si se considera que las *circunstancias personales* que no pueden ser comunicadas se refieren a aquellas referidas a la tipicidad o si son aquellas vinculadas a la responsabilidad o culpabilidad.

La doctrina penal dominante ha sostenido que la referencia prevista en el artículo 26 del Código Penal solo comprende aquellas referidas a la responsabilidad o culpabilidad. Por ende, la aplicación del delito consistente en la infracción del deber al sujeto no cualificado que actúa como partícipe resulta perfectamente viable. Este sector de la doctrina se apoya en consideraciones de orden político-criminal orientadas a proyectar una punición más intensa (Caro Coria: 2002, pp. 233-234; Reaño Peschiera: 2002, pp. 271-272; Salinas Siccha: 2014, p. 23, quien recurre a la expresión –de marcada significación político-criminal– *lucha contra los actos de corrupción*), y en las dificultades –especialmente procesales– de una doble tipificación derivada de un mismo hecho (Salinas Siccha: 2014, p. 21). Esta solución es la que ha sido asumida por nuestros Tribunales (García Cavero: 2014, p. 628).

2. La coautoría en los delitos de infracción del deber

En los delitos de infracción del deber, la condición de autor viene determinada necesariamente por la ostentación del deber cuya infracción fundamenta la autoría (Roxin: 1998, p. 386). No será el codominio del suceso típico derivado de un esquema de división del trabajo el que determine la condición de autor, sino la ostentación conjunta del deber extrapenal (Bacigalupo Saggese: 2007, p. 59).

Esto quiere decir –en el ámbito de los delitos funcionariales, por citar un ejemplo– que si el dominio del hecho es ostentado conjuntamente por un particular

y un funcionario público, la condición de autor recae únicamente en aquel sobre el que recaiga el deber extrapenal cuya infracción se castiga penalmente, esto es, sobre el funcionario público. El particular solamente responde a título de partícipe, aunque haya ostentado el dominio del hecho.

Tenemos, en suma, que la coautoría en los delitos de infracción del deber se produce cuando existe un "quebrantamiento conjunto de un deber –extrapenal– común" (Roxin: 1998, p. 389) en los casos en que "determinado ámbito de asuntos está confiado a varias personas a la vez" (Roxin: 1998, p. 389).

3. La participación en los delitos de infracción del deber

Partiendo de los criterios ya expuestos a lo largo de este capítulo y siguiendo la conceptualización propuesta por Silvina Bacigalupo, es posible sostener que la participación "no se definirá ya como una 'cooperación *sin* dominio del hecho', sino como una *'cooperación sin infracción del deber'*" (2007, p. 71).

3.1. La accesoriedad de la participación

Existe consenso en doctrina de que la participación es accesoria de la autoría, lo que guarda relación con la adopción de un sistema restrictivo de autoría. De aquello se deriva la imposibilidad de sostener que exista participación delictiva sin autoría (Hurtado Pozo: 2005, p. 856).

Esto supone que solo es posible la participación en delitos de infracción del deber si existe un sujeto cualificado que *infringa el deber especial* y que responda como autor del hecho punible. En ese sentido, la sentencia casatoria del 19 de agosto de 2020 (Casación N° 1749-2018/Cañete) refiere:

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

Conforme se ha reconocido a lo largo de nuestra exposición, el particular responderá por el mismo tipo de delito por el que responde el autor (unidad del título de imputación).

Ahora, los posibles cuestionamientos que pueden reconocerse en clave dogmática a la aplicación de la unidad del título de imputación han sido solucionados normativamente a través de la reforma del artículo 25 del Código Penal, producida mediante el Decreto Legislativo N° 1351, del 7 de enero de 2017, que incorporó un párrafo tercero en virtud del cual: "El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él". De este modo, se pone fin a las dudas respecto a la fórmula dogmática adoptada de *lege lata* en la redacción original del Código Penal.

La unidad del título de imputación, sin embargo, puede generar problemas en clave de proporcionalidad en la medida en que podría derivar en respuesta punitiva equivalente entre autor y partícipe y ello podría significar una respuesta no proporcionada, si se toma en consideración que el comportamiento del partícipe –como indica Silva Sánchez (2025, p. 1271)– carece del "plus de antijuricidad" que se aprecia en el autor. En el partícipe no concurre ninguna clase de deber especial y por ello debe merecer una pena menos intensa que en el autor.

§

IV

CAPÍTULO IV

LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más problemáticos dentro del discurso jurídico-penal de la actualidad se relaciona con la imputación del hecho relevante penalmente al autor y sus partícipes, lo que adquiere especial relevancia en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública. Esto debido a que la Administración Pública –como bien ha recalcado Urquizo Olaechea– "presenta un cuadro organizacional donde quedan establecidas las líneas jerárquicas y la forma y modo de presentación de su servicio. Esto indica que cuenta con agentes dentro de su organización y que estos agentes asumen responsabilidad por las funciones que ejercen" (2002: p. 230).

La complejidad de la organización estatal y, en particular, el predominio de esquemas de coordinación y comunicación, desarrollados en el contexto de actividades regidas por el principio de división (horizontal y vertical) del trabajo, plantean problemas para determinar los límites y alcances de la imputación jurídico-penal. En ese contexto, quisiera iniciar el desarrollo de este tópico destacando la necesidad de proponer un concepto restringido de participación, pues solo de ese modo podrá realizarse el paradigma de un Derecho Penal *mínimo* que proteja los espacios de libertad individual (Frisch: 2004, p. 86; Feijoó Sánchez: 2002, pp. 75-76). En este sentido, Frisch ha sabido poner de manifiesto el impacto sobre los espacios de libertad individual que puede tener una desaprobación general de toda creación de riesgos: "en un mundo plagado de infinidad de riesgos, prácticamente todo comportamiento comporta algún riesgo, una prohibición de conducta que incidiera sobre todo riesgo conduciría a coartar absolutamente la libertad de acción" (2004, p. 86).

Por otro lado, una *expansión irracional* de los espacios de los comportamientos penalmente relevantes puede generar el incremento de *falsos positivos*, es decir, casos perseguidos penalmente –por considerarse supuestos de intervención delictiva– que culminan en el sobreseimiento del proceso precisamente porque los aportes del sujeto no eran relevantes penalmente. Los delitos contra la Administración Pública –por involucrar intereses institucionales y por tener la capacidad de impactar colectivamente– son terreno fértil para el surgimiento de propuestas

expansivas de aplicación de la ley penal, especialmente en la aplicación de expresiones amplificadas del tipo penal. La persecución penal dirigida a *falsos positivos* no solo genera una percepción de ineficacia del sistema de administración de justicia penal que le desacredita colectivamente, sino que supone un uso ineficiente de los recursos (escasos) con que este cuenta.

II. LA COMPLICIDAD (NECESARIA Y SECUNDARIA) EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La complicidad ha sido magistralmente definida por Claus Roxin como "un *incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico*" (1998ª, p. 403). A partir de esta definición, trataremos de establecer las exigencias que debe satisfacer una aportación para ser considerada constitutiva de complicidad.

Antes de ingresar de lleno al tema que nos convoca, debemos reconocer la existencia de cierto consenso doctrinal respecto a la necesidad de integrar los contenidos de la teoría de la imputación objetiva con los desarrollos de la teoría de la participación delictiva (Bacigalupo: 1999, p. 530; Blanco Cordero: 2001, pp. 16 ss.; Muñoz Conde-García Arán: 2000, p. 514; Caro John: 2003ᵇ, p. 25; Reaño Peschiera: 2004, p. 62), lo que hace perfectamente válido el recurso a ciertas nociones propias de la teoría de la imputación, como la causalidad, la imputación objetiva o la creación o elevación del riesgo, que deben ser apreciadas en el marco de una visión del Derecho Penal configurada en torno a la idea de tutela de bienes jurídicos. Ahora, esta relación es plenamente lógica si advertimos que estamos –en el plano de la autoría y la participación– frente al dilema de determinar el alcance normativo del tipo penal (incluyendo el amplificado).

En las líneas que siguen, reconoceremos los factores que determinan que un comportamiento constituya un acto de intervención delictiva a título de complicidad.

1. El aporte debe ser causal para el resultado típico

Del mismo modo en que se recurre a la causalidad como paso previo a la verificación de la imputación al tipo objetivo (Puppe: 2003, p. 61), la determinación de si un aporte constituye o no complicidad exige también establecer si el mismo es causal al hecho principal. La causalidad aparece entonces como "presupuesto fundamental de imputación para todo delito de comisión consumado" (Roxin: 1998ª, p. 404; similar, Blanco Cordero: 2001, p. 18).

Se plantea entonces la necesidad de establecer una vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice (Jescheck-Weigend: p. 1037). Esto supone que para sostener la intervención delictiva es necesario establecer la relación de causalidad entre la acción del cómplice y el hecho que se reprocha penalmente al autor para poder afirmar que se "prestó auxilio para la realización del hecho punible", en el sentido que propone el artículo 25 del Código Penal. Correctamente sostiene Jakobs a este respecto que "la 'acción que realiza el tipo' no cabe favorecerla sino mediante la causalidad por el resultado" (1997, pp. 812-813).

Por tal motivo es que se plantea la exigencia de recurrir al requisito de *causalidad de la complicidad*, el mismo que se supera cuando la acción del cómplice ha "posibilitado, facilitado, incrementado o intensificado el hecho principal" (Jescheck-Weigend: p. 1037; Bacigalupo: 1999, p. 530; Calderón Cerezo-Choclán Montalvo: 2001, p. 406). Sin esa vinculación causal se diluye la posibilidad de lograr la punición del partícipe por tratarse de una complicidad *tentada* impune (Maurach-Gössel-Zipf: 1995, p. 456).

La utilidad de la determinación de la causalidad del aporte al hecho típico está referida, en realidad, no solo a la complicidad, sino también a la autoría; por ello tiene razón López Peregrin cuando sostiene que la causalidad es el "primer criterio válido para distinguir entre conductas de intervención indiferentes al Derecho Penal y conductas merecedoras de pena" (1997, p. 215).

Según planteamientos mayoritarios (Maurach-Gössel-Zipf: 1995, p. 457; López Peregrín: 1997, p. 229; Calderón Cerezo-Choclán Montalvo: 2001, p. 406), la verificación del requisito de causalidad de la complicidad no se satisface únicamente con que el hecho de que el cómplice suponga una elevación del riesgo de lesión del bien jurídico, sino que –en efecto– ese peligro se haya concretamente realizado.

Esta exigencia de vinculación causal entre el aporte del cómplice y el hecho principal es igualmente válida, tanto para la complicidad primaria como para la complicidad secundaria y es justamente la que excluye la posibilidad de considerar aportes constitutivos de complicidad aquellos realizados cuando el delito se ha consumado (De la Mata Barranco: 1997, p. 108; López Peregrín: 1997, p. 304).

Del mismo modo quedan excluidos los aportes que se realizan en momentos previos al comienzo de la ejecución del delito, es decir, mientras el *iter criminis* permanezca en fase preparatoria, esto es, en tanto estemos ante meros actos preparatorios (López Peregrín: 1997, p. 303). Esta afirmación tiene sustento en los términos del artículo 25 del Código Penal que exige que los actos de auxilio sean "para la *realización* del hecho punible", que debe ser entendida como aquella fase del *iter criminis* con relevancia jurídico-penal (Donna: 2002, pp. 108-109).

Ahora, conviene precisar que una vez iniciada la ejecución del delito es posible incorporar esos aportes como supuestos de intervención delictiva.

Se ha precisado que todo aporte que pretenda ser calificado como acto de complicidad debe ser causal al hecho principal y se han dado algunas pautas –en negativo– sobre los aportes que no pueden ser considerados como causales al hecho principal, sin embargo, no se ha determinado qué fórmula utilizar para considerar un aporte "causal" al hecho del autor.

Esto es trascendente en la medida en que la doctrina aún no es capaz de delimitar cuál de las diversas teorías sobre la causalidad permite la solución más coherente en la determinación del nexo causal[46]. Sin afán de tratar de eludir la problemática, creo que los aspectos problemáticos que presenta la determinación del *nexo causal* en sede de imputación objetiva son menos intensos en el ámbito de la complicidad. Es que mientras que en sede de imputación objetiva la disquisición sobre la causalidad tiene por objetivo determinar cuál de una serie de condiciones es causa del resultado, en sede de complicidad, la pretensión es mucho menor y supone únicamente determinar al menos si el aporte es *condición del resultado*. Por ello Roxin sostiene que "la complicidad no tiene que ser una conditio sine qua no para el resultado en el sentido de que éste no se hubiera producido sin aquella. La complicidad *puede* ser una condición indispensable para el resultado (...) Pero no tiene que serlo" (1998ª, p. 404).

Ahora bien, el modo en que esta relación de causalidad entre el aporte del cómplice y el hecho del autor se expresa varía según la concreta forma de complicidad que se alegue, recordando que existen dos diversas formas de complicidad: la complicidad física y la complicidad psíquica.

Si la complicidad es de carácter físico, la constatación de la relación causal será entre la contribución del cómplice y la realización del tipo penal; se puede decir, en términos de Blanco Cordero, que: "El examen de la conexión causal es –en estos casos– de carácter científico natural" (Blanco Cordero: 2001, p. 18).

De modo distinto, la complicidad psíquica exige ya no una conexión naturalística entre aporte y conducta típica, sino una vinculación entre el aporte del cómplice, su influjo en la psique del autor y la realización del tipo penal (Blanco Cordero: 2001, p. 19).

46 Sobre las mismas, Roxin, C. (1997): *Derecho Penal. Parte General I* (p. 346 y ss.); Luzón Peña, D. M. (1999): *Curso de Derecho Penal. Parte General I* (p. 365).

2. El aporte debe incrementar y realizar el riesgo jurídicamente desaprobado

Como en el ámbito de la imputación objetiva, en la complicidad la vinculación causal del aporte al hecho principal no es suficiente para afirmar la concurrencia de complicidad, es además necesario superar la barrera que impone la idea del *incremento del riesgo jurídicamente desaprobado.*

En efecto, en el contexto de la interacción social se reconoce al riesgo como uno de sus ineludibles componentes, al punto de que ciertos comportamientos riesgosos resultan tolerados socialmente. Este *riesgo permitido* comprende fundamentalmente dos grandes bloques de casos: los comportamientos riesgosos tolerados en circunstancias específicas comprendidas en reglamentaciones expresas, como ocurre en el tráfico motorizado o en la actividad deportiva, o normas de cuidado, como la *lex artis* médica; así como los casos en los que el comportamiento se ubica en el ámbito de la normalidad social (Cancio Meliá: 2001, p. 74).

Esto supone que el aporte causal al hecho principal debe venir configurado como un aporte incrementador del riesgo que provoque que la *vinculación fáctica* existente entre el aporte del cómplice y el hecho del autor (relación causal) sea también una vinculación de carácter teleológico o normativo (Blanco Cordero: 2001, p. 21).

Esta *vinculación normativa* entre al aporte del cómplice y el hecho del autor se producirá determinando si el primero de aquellos cumple con los *parámetros normativos* de realización del tipo objetivo (Cancio Meliá: 2001, p. 73) de participación. Esta exigencia se deriva del propio texto del artículo 25 del Código Penal, pues el incremento de riesgo para la víctima supone el aumento de las posibilidades del autor y con ello se le *presta auxilio* o *asistencia*, en el sentido del texto legal.

La introducción del elemento *aumento de riesgo* en el ámbito de la complicidad se debe a un aporte de Schaffstein[47] e implica –precisa Roxin– su reconducción al fundamento de la participación (Roxin: 2009ª: p. 420), que es precisamente el riesgo de lesión del bien jurídico que la intervención delictiva propicia.

Pues bien, la referencia a la creación o aumento de riesgo en el ámbito de la participación impone la tarea de delimitar cuándo un aporte delictivo es *peligroso*. En ese contexto la doctrina en materia de imputación objetiva ha recurrido a la idea de la *previsibilidad objetiva de realización del delito*, que viene determinada a

47 Quien, sin embargo, prescindía de la exigencia de la relación de causalidad; al respecto, Blanco Cordero, I. (2001): *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito* (p. 21).

través de "juicio de pronóstico *ex ante* desde la perspectiva del observador objetivo situado en la posición del autor" (Blanco Cordero: 2001, pp. 150-151).

Ahora, el *incremento del riesgo* debe ir acompañado de la verificación de la realización de ese riesgo en el resultado, esto es, de la constatación de que el particular riesgo generado por el agente se haya materializado o expresado directamente en el resultado (en manos del autor).

3. Supuestos de desarrollo conjunto de riesgos

Dentro del ámbito del riesgo permitido se identifican dos supuestos de desarrollo conjunto no planificado de riesgos que resultan particularmente problemáticos en el plano de la práctica forense. Uno, conocido como *principio de confianza*, corresponde a los supuestos en los que se pretende determinar si el que realiza un aporte resulta responsable por aquello que realizó previamente el tercero; el otro, abordado bajo el rótulo de *prohibición de regreso,* busca determinar el espacio de responsabilidad de aquel que realiza un aporte y este es utilizado delictivamente por un tercero (Jakobs: 1997, p. 215).

Una aplicación excesiva de las reglas de intervención delictiva puede provocar, como correctamente advierte Jakobs (1997, p. 216), el riesgo de habilitar la imposición unilateral y arbitraria de *comunidades delictivas.*

3.1. El "principio de confianza". Aplicación en los delitos contra la Administración Pública

Dentro del ámbito del *riesgo permitido* tiene relevancia el denominado *principio de confianza* configurado, en términos generales, del modo siguiente: quien realiza un comportamiento, incorporado en un esquema de coordinación más amplio (de división del trabajo), parte de la expectativa de actuación correcta de terceros, pues como adecuadamente refiere Feijoó Sánchez (2003): "No se puede exigir la previsión de todo lo que es posible prever" y, ello, como es lógico, llevará en algún momento a asumir el comportamiento negligente del tercero. Precisamente por esta razón "no existe un deber general de prever la comisión de comportamientos antijurídicos" (p. 344).

El principio de confianza, así visto, es propio de todo esquema de división del trabajo que resulta predominante en la modernidad, conforme ha destacado la sentencia casatoria del 16 de mayo de 2017 (Casación N° 2323-2016, Ica, apartado 4.45). En ese sentido, no será difícil reconocer, por tanto, su especial trascendencia en organizaciones de estructuración jerarquizada –como la Administración Pública– en las que predomina la división del trabajo (vertical)

que se operativiza mediante esquemas de delegación de responsabilidades (Feijoó Sánchez: 2007, pp. 188-189).

El principio de confianza, supuesto específico de actuación dentro del *riesgo permitido*, no es un supuesto absoluto o ilimitado en tanto resulta inaplicable en ciertos casos, subsumibles en la siguiente idea general: el principio de confianza no opera cuando el actor evidencia o deduce que el tercero no actuará conforme a la expectativa de comportamiento. Esto quiere decir que si el sujeto cuenta con indicadores objetivos que revelan la posibilidad de que la persona con la cual interactúa no ha actuado conforme a sus obligaciones, no puede asumir que el contacto será inocuo (Paredes Vargas: 2017, p. 209).

Ahora, lo antes indicado permite ir reconociendo que el principio de confianza no es un supuesto de permisión apriorísticamente determinado. La efectiva aplicación del principio de confianza requiere su concreción en función de la problemática específica y el análisis específico de los datos objetivos con los que contó la persona para determinarse en favor de la confianza respecto a la inocuidad del aporte de otro. En ese sentido, va quedando en evidencia que la aplicación del principio de confianza requiere del análisis del contexto propio y de los terceros (Feijoó Sánchez: 2007, p. 193).

Ese análisis del contexto debe comprender la identificación del tipo de esquema de división del trabajo respecto del cual corresponderá evaluar la aplicación del principio de confianza (división vertical u horizontal del trabajo), pues los esquemas de coordinación en cada situación se rigen por criterios distintos. Mientras en los supuestos de división vertical predomina la *jerarquía,* en los esquemas de división horizontal los esquemas de coordinación se realizan entre iguales.

Es de advertir, sin embargo, que la referencia al predominio de la jerarquía no supone admitir ni menos aún propugnar una visión basada en la mayor posición jerárquica del agente, pues aquella sería claramente vulneratoria del principio de responsabilidad personal y tornaría completamente ineficaz la idea misma de la división del trabajo, conforme ha destacado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la sentencia casatoria del 16 de mayo de 2017 (Casación N° 23-2016, Ica).

La práctica forense, sin embargo, parece haber comprendido incorrectamente los alcances del principio de confianza. Cuando se realiza el proceso de subsunción típica respecto de aportes integrados dentro de esquemas de coordinación horizontales o verticales, en lugar de partir de la regla de confianza, impera como premisa la sospecha de involucramiento doloso. Esta visión es la que explica los motivos por los que la capacidad de rendimiento de defensas técnicas orientadas

a proponer la ausencia de tipicidad por actuación bajo el principio de confianza es mínima.

En favor de estas percepciones –de aplicación limitada del principio de confianza y, por tanto, de predominio de la desconfianza– juega la consideración de que la posición y deberes propios del funcionario público determinan una especie de *obligación general de control o supervisión* que no solo carece de sustento normativo expreso, sino que ubicaría a la Administración Pública en un escenario de sospecha permanente en el que todos deberían desconfiar de todos y en el que parecería existir el deber general de tratar a los subordinados como personas irresponsables o incapaces para el cumplimiento diligente de sus obligaciones (Feijoó Sánchez: 2007, p. 195). Este escenario, además, provocaría espacios de ineficiencia absoluta, pues la desconfianza permanente impediría el cumplimiento efectivo de las funciones centrales asignadas a la persona; de este modo –como recuerda Jakobs– "nadie llegaría a cumplir con plena dedicación sus propias obligaciones" (1997, p. 219). Este razonamiento ha sido asumido por la sentencia casatoria del 16 de mayo de 2017 (Casación N° 23-2016, Ica) que indica al respecto "si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario público ubicado en un nivel jerárquicamente inferior o en un nivel horizontal al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias funciones. De ahí que se parte de una presunción: todo funcionario con el que se interactúa obra en cabal cumplimiento de sus funciones" (fundamento jurídico 4.47).

La articulación de los mencionados esquemas de delegación no puede implicar la merma de las funciones de control y aseguramiento de las fuentes de riesgo o el incremento de la exposición al riesgo de las víctimas potenciales (Feijoó Sánchez: 2007, p. 190). En estos casos, los deberes del delegante no se extinguen, sino que se transforman (Feijoó Sánchez: 2007, pp. 194-195).

Evidentemente, por las características de la Administración Pública, la delimitación de las funciones de control dependerá en gran medida de los ámbitos de competencias funcionariales, los que deben reconocerse en los respectivos manuales de organización y funciones y reglamentos de organización y funciones institucionales. Esta aproximación ha sido adoptada por la sentencia casatoria del 16 de mayo de 2017 (Casación N° 23-2016, Ica) que señala: "solo será posible atribuir responsabilidad en el ámbito funcionarial por el quebrantamiento de las expectativas de conducta que formen parte del ámbito de competencia delineado por la normativa de la referencia (...). Solamente se ha responder por las consecuencias que deriven de los propios actos delineados normativamente en el MOF y en el ROG".

3.2. La situación de las acciones cotidianas o conductas neutrales

Existe una parcela de comportamientos que encajan dentro de lo que comúnmente se conoce como *acciones cotidianas* o *conductas standard* que no son sino acciones que, aunque son inicialmente inocuas, pueden ser incorporadas por el autor a su plan delictivo, con lo cual quedarían "formalmente" integradas por los tipos penales amplificados (Blanco Cordero: 2001, pp. 02 ss./ 08, 09; Rueda Martín: 2003, p. 100).

La problemática que acarrea para el Derecho Penal esta clase de conductas ha sido puesta de manifiesto por la doctrina (Ransiek: 2003, p. 333; Wohlers: 2003, p. 424; García Cavero: 2003, p. 498) y se puede sintetizar en la siguiente interrogante formulada por Wohlers: "¿es suficiente la existencia de un aporte causal del cómplice para la realización del hecho principal, o si dentro del grupo de aportes causales para la comisión de un delito es posible hacer una selección de criterios valorativos (normativos)?" (Wohlers: 2003, p. 428). La respuesta puede formularse en los siguientes términos: no toda aportación causal al hecho principal puede propiciar la imputación a título de complicidad (primaria o secundaria), las aportaciones neutras valorativamente son penalmente irrelevantes.

Pero con esta respuesta en realidad no se avanza mucho, pues la referencia a la irrelevancia penal a título de complicidad –primaria o secundaria– de las aportaciones causales de carácter neutral deja por delimitar cuáles son esos aportes valorativamente neutros y cuáles son los fundamentos de esta neutralidad valorativa.

La doctrina ha intentado responder a la cuestión, ubicando la respuesta en los siguientes niveles:

3.2.1. La prohibición de regreso

Esta postura parte de una reformulación, atribuible fundamentalmente a Jakobs y seguida en nuestro país por García Cavero (2005, p. 68) y Caro John (2003[b], *passim*), de la antigua teoría de la prohibición de regreso para establecer los límites de la participación delictiva.

La reformulación de la *prohibición de regreso* se apoya principalmente en la lógica propia del principio de exclusiva responsabilidad por los hechos propios, que permite distinguir situaciones que posibilitan, favorecen o provocan que un tercero realice el tipo penal, pero que no se integran al tipo penal amplificado debido a que la lesión del bien jurídico resulta atribuible a ese tercero (Frisch: 2004, p. 254; Feijóo Sánchez: 2002, p. 56).

El espacio que comprende este grupo de casos particulares es –como refiere Frisch– proteico y sumamente variado (2004, p. 249). Por ese motivo, aunque

el principio de responsabilidad personal resulta un punto de partida razonable para la solución de los dilemas que puedan producirse, no permite la solución de la totalidad de casos problemáticos de creación mediata de riesgos (p. 261).

En ese contexto, un primer factor para determinar si el aprovechamiento delictivo de la conducta propia conduce a integrarla en la realización del tipo de participación es el de **seriedad del peligro**. Tal como destaca Frisch, darles significación jurídico-penal a aportes que solo proyectan la posibilidad teórica de aprovechamiento delictivo de la conducta propia por parte de un tercero, además de afectar la libertad de acción generaría espacio de desconfianza generalizada (2004, p. 285). Por ello es que un primer filtro vendrá conformado por el reconocimiento de *indicios concretos* de una *resolución delictiva cognoscible o de clara inclinación a perpetrar el hecho* que impide que la persona no pueda sostener razonablemente que podía confiar en que el tercero no daría un aprovechamiento delictivo a su comportamiento (Frisch: 2004, p. 287).

Es importante, sin embargo, resaltar que ese primer factor es aún insuficiente, especialmente con relación a las acciones cotidianas. Una prohibición global de actuar sostenida en la existencia de indicios reconocibles de la decisión delictiva de terceros, como bien refiere Frisch (2004, p. 289), conduce a una *sociedad de la desconfianza* "en la que todo el mundo, al obrar, tendría que pensar en alguna medida, o indagar, si el otro, o cualquier otro, no abrigan malas intenciones, si podrían poner en riesgo a otros, etc.". Precisamente por esa razón, Frisch resalta que el objetivo de protección de bienes jurídicos debe concentrarse en comportamientos que revelen especial nocividad, por ello los criterios de delimitación de la relevancia penal de los actos de aprovechamiento delictivo del comportamiento de terceros deben orientarse en ese sentido (2004, p. 300).

La solución, por tanto, tendría relación con la intensidad con que el aporte se relaciona o integra con el hecho del autor. La realización del tipo de participación se producirá cuando el aporte se dirige –de modo inequívoco– a facilitar el hecho delictivo, por lo que no es posible distanciarlo del mismo (Frisch: 2004, pp. 301, 303). Se trata de determinar si el comportamiento ostenta *referencia de sentido delictivo* de facilitación para la realización de comportamientos delictivos ajenos.

La construcción de esta fórmula se aprecia con claridad en la siguiente expresión de Frisch, quien aludiendo a los comportamientos normales de la vida cotidiana, señala: "aun cuando posibiliten la comisión de delitos o faciliten a terceros su ejecución, quedan descartados del ámbito de las creaciones de riesgo desaprobadas y por tanto del comisión típico en sentido amplio (...), dicho de otro modo, no puede fundamentarse por esta vía una creación de riesgo típicamente desaprobada en casos de venta, alquiler o préstamo de objetos aprovechables delictivamente que se puedan conseguir en cualquier momento de otro modo mediante

los correspondientes negocios jurídicos, las prestaciones de servicios disponibles en general o el conocimiento procurable también en cualquier momento en otro sitio; las prestaciones de ésta índole ni son esencialmente delictivas o configuradas delictivamente, ni el que las realiza cumple llevándolas a cabo la petición de orden delictivo; estas prestaciones, más bien, satisfacen la petición de creación de estados absolutamente ajustados a Derecho (...), aun cuando a su vez de estos pueda hacerse un uso abusivo" (2004, p. 316). Ahora, queda por delimitar cuándo es que los comportamientos adecuados a derecho carecen de *referencia de sentido delictivo*.

Esta delimitación requiere reconocer si el comportamiento habitual o cotidiano –aprovechado por el tercero– carece de elementos específicos *solo explicables delictivamente* y si aquellos se encuentran ajustados a derecho (Frisch: 2004, p. 317).

La verificación de la referencia de sentido delictivo no puede sostenerse únicamente en criterios meramente subjetivos, como la intención, pues –como destaca Frisch (2004, p. 319)– ello supondría una aproximación peligrosa al derecho penal de la actitud.

Esta referencia delictiva de sentido aparece en los comportamientos "que se encuentran en una conexión espacio-temporal con el comportamiento antijurídico del autor. Los comportamientos que posibilitan o facilitan el ataque del autor, a la vista de la conexión con éste, son portadores de la referencia delictiva de sentido" (Blanco Cordero: 2001, p. 62). La intervención delictiva tendrá lugar entonces cuando la conducta del partícipe tenga por sí misma el significado objetivo de contribución en la realización del tipo penal (Feijóo Sánchez: 2002, p. 63).

3.2.2. El rechazo a la prohibición de regreso: la posición de Roxin

Desde su desarrollo particular de la teoría de la imputación objetiva, Roxin sostiene que la punición a título de complicidad se alcanza cuando el aporte del presunto partícipe supone un incremento causal doloso del nivel del riesgo. Partiendo de esta lógica, resulta evidente que la determinación del carácter punible del aporte neutral pasa por establecer si el mismo incrementa los niveles de riesgo jurídicamente permitidos.

La problemática de los comportamientos estandarizados se ubica a nivel del *riesgo permitido* y, en específico, el principio de confianza (Roxin: 2007, pp. 125-126), no en la *prohibición de regreso*, una teoría que según Roxin se *aferra tercamente a la vida* (Roxin: 2007, p. 115). Aunque un importante sector de la doctrina cuestiona la actitud crítica de Roxin en tanto su propuesta argumentativa de la solución a la problemática de los comportamientos cotidianos mediante el *riesgo permitido* llega a soluciones similares que las que derivan de la aplicación

de la *prohibición de regreso* (Feijoó Sánchez: 2002, p. 59), hay que reconocer que el propio Roxin ha admitido dicha coincidencia de resultados y dirige sus críticas directamente a la fundamentación, con lo que elude cuestionamientos con relación a un posible *fraude de etiquetas* (Roxin: 2007, pp. 125-126).

La necesidad de recurrir a un concepto distinto a la prohibición de regreso se ubicaría en la inflexibilidad de la misma, en su carencia de límites (Roxin: 2007, p. 127).

Según la tesis de Roxin, la neutralidad de un comportamiento puede desvanecerse a partir del conocimiento de los fines subsecuentes a la acción neutral del partícipe. Este conocimiento es el que otorga *referencia de sentido delictiva* a la acción cotidiana que no es otra cosa que una *inclinación reconocible hacia el hecho delictivo.*

3.2.3. Aproximación a la posición de la jurisprudencia de la Corte Suprema

El análisis de la jurisprudencia sirve para reconocer una marcada tendencia a hacer depender el carácter neutral de un comportamiento al conocimiento que tiene la persona sobre el futuro aprovechamiento de su aporte con fines delictivos. Ese conocimiento se entiende como una expresión de adhesión al proyecto criminal conjunto.

En esa línea se pronuncian las sentencias casatorias del 17 de febrero de 2025 (Casaciones N° 2452-2023/ Nacional; y, 3182-2023/ Nacional) en las que se afirma: "El carácter neutral de la conducta llegará a alcanzar relevancia típica cuando el agente conoce el aprovechamiento delictivo de su comportamiento por parte de otro, si a él le consta su futuro uso delictivo (...)". Ese conocimiento sería el que determinaría que aquella pueda ser calificada como "una conducta inequívoca de adaptación específica, ajuste o acoplamiento al concreto hecho delictivo cometido, y pasa entonces a contribuir específicamente al mismo y a integrarse en él".

Esta lógica no debe sorprender si apreciamos que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema ha sostenido que la determinación del carácter neutral de un comportamiento requiere de un análisis bifronte objetivo-subjetivo. Desde la perspectiva objetiva, se requiere información sobre el contexto particular en el que se desarrolla el comportamiento; en tanto que, desde la perspectiva subjetiva, se requiere el conocimiento sobre dicho contexto (sentencia casatoria del 17 de febrero de 2023, Casación N° 526-2022/ Corte Suprema, fundamento jurídico sétimo).

3.2.4. Estado de la cuestión: el predominio de la prohibición de regreso como fundamento de la irrelevancia penal de las acciones neutrales

Antes de ahondar en la problemática de las acciones neutrales es necesario establecer qué condiciones debe reunir un comportamiento para ser calificado como *neutral* y, por lo tanto, penalmente irrelevante. Pues bien, creo que la determinación del carácter neutral de un comportamiento se relaciona necesariamente con el rol del sujeto, de modo tal que solo los comportamientos que no se ajustan al rol del individuo pierden neutralidad y adquieren relevancia penal.

El fundamento de esta respuesta tiene relación con lo expresado por Feijóo Sánchez al afirmar que la selección y la determinación del carácter típico de un comportamiento requieren de su confrontación con el sentido y fin de los tipos penales de modo teleológico a través de la idea del *fin de protección de la norma* (2002ª, p. 26). De este modo, reitera el autor antes citado: "Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes para el Derecho Penal" (2002ª, p. 26).

Para que un aporte material pueda adquirir relevancia típica a título de complicidad (primaria o secundaria) es necesario confrontar la aportación con *su sentido social*, lo que supone excluir de relevancia típica aquellas aportaciones que tienen una valoración positiva y son admitidas por las leyes, pues siendo así ellas carecen de relación delictiva y tienen más bien una *relación legal de sentido* (Roxin: 1998ª, p. 428). Con esto se descarta el errado entendimiento de que basta la constatación de la causalidad y la finalidad para afirmar la realización del tipo penal, es necesario introducir criterios de orden normativo (Feijóo Sánchez: 2002ª, p. 26).

Puede afirmarse entonces que la punición por colaboración se limita exclusivamente a las acciones de favorecimiento del hecho principal que, además de creadoras y realizadoras de un riesgo jurídico-penalmente relevante, puedan ser consideradas manifestación de una organización conjunta del comportamiento entre el autor y el partícipe en donde este último se solidarice objetivamente (no subjetivamente) con el hecho principal (Feijóo Sánchez: 2002, pp. 78-79; García Cavero: 2005, p. 68). Ahora, esto tampoco significa que todo comportamiento o acción cotidiana o estándar sea *per se* neutral. La neutralidad del comportamiento se sostiene luego de la valoración de su sentido social, esto es, del análisis de si aquel supone un aporte específico hacia el hecho punible (Jakobs: 2007, p. 217; García Cavero: 2005, pp. 70-71).

Estamos frente a una cuestión que corresponde al tipo objetivo y, por lo tanto, las referencias de orden subjetivo, además de alterar la sistemática del análisis, son absolutamente irrelevantes y podrían provocar –de asumirse– una "proximidad

peligrosa al Derecho Penal de ánimo" (Wohlers: 2003, p. 427) e incluso al de autor (Caro John: 2003[b], p. 61). De este modo, si el realizador de una conducta neutral o cotidiana conocía su posterior utilización con propósitos ilícitos, persiste la imposibilidad de permitir la imputación de complicidad en el hecho principal (Feijóo Sánchez: 2002, p. 74), pues esto supondría introducir elementos subjetivos en el análisis de cuestiones eminentemente objetivas.

En ese contexto, no es defendible la tesis de Roxin, en virtud de la cual el reconocimiento del propósito ilícito que desencadenará su aportación le da una *relación delictiva de sentido* que le hace perder neutralidad y convierte al aporte en un ataque al bien jurídico (1998[a], p. 429). Roxin considera que la noción "acción cotidiana" carece de márgenes que lo hagan delimitable, lo que hace necesario recurrir a la "relación delictiva de sentido"; sin embargo, la idea de *relación delictiva de sentido* tampoco parece tener márgenes muy definibles, sujetándose a la misma crítica que para Roxin merece recurrir a una idea predeterminada de "acción cotidiana".

Menos problemático es el rechazo de la punición por complicidad en supuestos de aportes causales en los que si bien el tercero desconoce la resolución delictiva del autor, este toma en cuenta la posibilidad de que su aportación sea utilizada con propósitos delictivos. En estos casos se excluye la punición por complicidad por ausencia de riesgo no permitido a partir del principio de confianza (Roxin: 1998[a], p. 433). La regla social de la confianza, propia de los esquemas de coordinación horizontal y vertical, es la que impide asignar sentido delictivo al aporte causal.

§

V

CAPÍTULO V

LA REGULACIÓN DEL DELITO CONTINUADO

DIFICULTADES OPERATIVAS E INCONGRUENCIAS PARTICULARMENTE EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto proponer ciertas reflexiones en torno a los elementos identificadores del llamado *delito continuado*, una de las figuras dogmáticas de la Parte General del Código Penal que mayores *dudas* genera en su aplicación práctica pese a su notorio impacto en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, particularmente en ciertos delitos (dentro de los que se encuentran los delitos contra la función pública). No en vano el maestro chileno Novoa Monreal (1960, 2005: p. 236) refería "no hay concepto más confuso y anárquico" que el delito continuado.

Es que –conforme se desprende del artículo 49 del Código Penal, que regula dicha institución jurídica– la verificación de una situación de continuidad delictiva no solo impacta en la determinación del marco penal aplicable, sino que influye en la determinación del inicio del cómputo del plazo de prescripción, conforme se verifica en el artículo 82.3 del Código Penal. Esta innegable trascendencia práctica no parece haber ido acompañada de un desarrollo teórico que neutralice los riesgos de utilización arbitraria de esta fórmula legal, particularmente en escenarios –como el de los delitos funcionariales– en los que existe una alta demanda social por reacción punitiva.

Ahora, el problema que reconocemos –al menos como hipótesis inicial y que precisamente justifica el abordaje de esta institución– es que esa utilización arbitraria contradice la *esencia originaria* del delito continuado.

Conforme a la doctrina dominante la figura del delito continuado es consecuencia de la dogmática desarrollada por los prácticos medievales. En efecto, el origen del delito continuado en el Derecho italiano de los siglos XV y XVI –particularmente Julio Claro y Próspero Farinaccio– tuvo por motivo evitar la aplicación de la pena de muerte ante el delito recurrente de hurto –el *tertium furtum*[48]–,

48 Maggiore, G. (1951, 1972): *Derecho Penal. Parte General*, vol. II (p. 172); Padovani, T. (2004): *Diritto Penale* (p. 366); Antolisei, F. (1980, 1988): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (p. 371); Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. (1999): *Derecho Penal. Parte General* (p. 781); Jiménez de Asúa, L. (1959): *La ley y el delito* (p. 529); Fontán Balestra, C. (1970): *Tratado de Derecho Penal. Parte General,*

y neutralizar formas de reacción penal excesivamente severas y aberrantes, consecuencia de la acumulación de penas propia del principio *quot delicta, tot poenae* (cuantos delitos, tantas penas)[49]. Otros autores (Núñez: 1960, p. 228) destacan las referencias históricas al trabajo de los glosadores y posglosadores, especialmente Bartolo (1314-1357), en tanto que otros autores reconocen los problemas para precisar su génesis (Manzini: 1941-1949, p. 415).

Fueron, como se va reconociendo, razones prácticas (Bacigalupo: 2004, p. 550; Cerezo Mir: 2006, p. 1174), sostenidas en criterios de humanidad (Cerezo Mir: 2006, p. 1174) las que dieron origen a su surgimiento y adopción jurisprudencial y doctrinal, incluso en ausencia de sustento legal (Manzini: 1941-1949, p. 416; Polaino Navarrete: 2015, p. 639).

Hoy en día, como anticipamos en líneas previas, no solo parece reconocerse cierta orientación hacia el uso del delito continuado para intensificar y prolongar la persecución penal, sino que en dicho propósito parece ignorarse la posición jurídica de la víctima del delito. Nuestras reflexiones tratarán de profundizar sobre las dicotomías que resultan de su formulación legal.

II. EL DELITO CONTINUADO EN EL CÓDIGO PENAL

El delito continuado fue introducido en nuestro ordenamiento penal a través del artículo 107 del Código Penal de 1924 (Bramont Arias: 1966, pp. 232 ss.) y –como resaltan autores como Jiménez de Asúa (1926: p. 67), Benites Sánchez (1958, p. 188) y Hurtado Pozo (2005, p. 946)– ha seguido la influencia de la legislación penal italiana.

El delito continuado cuenta actualmente con amparo legal en el artículo 49 del Código Penal (1991), por tanto, forma parte de las reglas sobre aplicación de la pena contenidas en el Capítulo II del Título III del Código Penal. Precisamente,

---

tomo III (p. 58); Novoa Monreal, E. (1960, 2005): *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General,* tomo II (p. 236); Soler, S. (1973): *Derecho Penal argentino,* tomo II (pp. 302-303); Benites Sánchez, S. (1958): *Derecho Penal peruano,* tomo I (p. 187); Bramont Arias, L. (1966): *Código Penal anotado* (p. 232); Villavicencio Terreros, F. (2006): *Derecho Penal. Parte General* (p. 685); Alcócer Povis, E. (2014): *Introducción al Derecho Penal. Parte General* (p. 187).

49 Manzini, V. (1941, 1949): *Tratado de Derecho Penal,* vol. III (p. 415); Maggiore, G. (1951, 1972): *Derecho Penal. Parte General,* vol. II (p. 173); Antolisei, F. (1980, 1988): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (p. 371); Mantovani, F. (2001): *Diritto Penale. Parte Generale* (pp. 509-510); Zaffaroni. E. R. / Alagia, A. / Slokar, A. (2005): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (p. 671); Peña Cabrera, R. (1999): *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (p. 630).

por ese mismo motivo –como hemos indicado– tiene efectos periféricos a nivel de prescripción de la acción penal, conforme se verifica en el artículo 82 del Código Penal.

Ahora, conforme se reconocerá posteriormente, en la medida en que constituye una institución relacionada a la aplicación de la pena y la determinación de su medida, deberá estar sometida en su aplicación a los criterios diseñados para evitar la imposición desmedida de la sanción [como la prohibición de doble valoración].

1. Fórmula legal

El artículo 49 del Código Penal, conforme a la Ley N° 26683, del 11 de noviembre de 1996, describe el delito continuado en los siguientes términos:

> "Cuando **varias** violaciones de la **misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza** hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos **de una misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave.** Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.
>
> La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos".

2. Definición

La dogmática jurídico penal ha definido el delito continuado como la institución jurídico penal que habilita que una pluralidad de acciones semejantes (objetiva y subjetivamente) sean valoradas de forma integral o unitaria (Castiñeira Palou: 1977, p. 15). El *delito continuado* no es, por tanto, un propio tipo penal o un título de delito por sí mismo (Manzini: 1941-1949, p. 420).

Conforme a esta institución jurídico penal, varios comportamientos penalmente relevantes son tratados como una *unidad jurídica*[50], aunque no exista una unidad natural u ontológica entre los hechos (Bacigalupo: 2004, p. 551).

50 Mezger. E. (2010): *Tratado de Derecho Penal,* tomo 2 (p. 295); cercanos, Núñez, R. (1960): *Derecho Penal argentino. Parte General,* tomo II (p. 258); Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. (1999): *Derecho Penal. Parte General* (p. 781).

Esta *unidad jurídica* provoca que la antijuricidad material sea también determinada unitaria o integralmente (Quintero Olivares: 2000, p. 750; Quintero Olivares: 1983, p. 106). Lo indicado, como es lógico, determina "un mayor contenido de injusto de la conducta" (Zaffaroni-Alagia-Slokar: 2005, p. 671) que justifica el incremento de la punición en esos casos.

De ese modo, el delito continuado permite sustraerse de las reglas del concurso[51], en particular del *concurso real homogéneo*[52]. Por ese motivo, aunque no sea una afirmación que compartamos, se entienden las razones por las que Quintero Olivares (2000, p. 749) sostiene que estamos en realidad ante una "subespecie del concurso real de delitos".

Como reconoce la doctrina penal mayoritaria, el delito continuado es una *ficción jurídica* (teoría de la ficción) fundada en el principio *favor rei*[53] en virtud de la cual –conforme refiere Castiñeira– "varios hechos delictivos que por determinadas razones, variables en cada ordenamiento, son tratados como si constituyeran un solo delito" (Castiñeira Palou: 1977, p. 17). Como agrega Castiñeira: "No existe, según esta concepción, una realidad que pueda calificarse de delito continuado, sino que ante una realidad delictiva plural el derecho actúa como si se hallara ante un delito único" (Castiñeira Palou: 1977, p. 17).

3. Elementos configuradores

Requiere, por tanto, la concurrencia de cuatro elementos: (i) uniformidad de sujeto activo; (ii) pluralidad de acciones u omisiones que deben constituir individualmente delito o falta; (iii) infracción del mismo tipo para cada una de las acciones u omisiones; (iv) conexión temporal entre las acciones u omisiones delictivas; y, (v) el elemento subjetivo de una misma resolución criminal (Castiñeira Palou: 1977, pp. 15-16; Posada Maya: 2012, pp. 43 ss.).

---

51 Manzini, V. (1941, 1949): *Tratado de Derecho Penal*, vol. III (p. 420); Mantovani, F. (2001): *Diritto Penale. Parte Generale* (p. 510); Fiandaca, G. / Musco, E. (2006): *Derecho Penal. Parte General* (p. 657); Marinucci, G. / Dolcini, E. (2004): *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale* (p. 318); Quintero Olivares, G. (1983): "Parte General", en Quintero Olivares, G. / Muñoz Conde, F. *La reforma penal de 1983* (p. 106); Villavicencio Terreros, F. (2006): *Derecho Penal. Parte General* (p. 686).

52 Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. (1999): *Derecho Penal. Parte General* (p. 781); Escuchuri Aisa, E. (2016): "Capítulo 22: El concurso de leyes y de delitos (p. 334); Bramont-Arias Torres, L. M. (2002): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (p. 389).

53 Manzini, V. (1941, 1949): *Tratado de Derecho Penal*, vol. III (p. 418); Maggiore, G. (1951, 1972): *Derecho Penal. Parte General*, vol. II (p. 172); Quintero Olivares, G. (1983): "Parte General" (p. 106); Bramont-Arias Torres, L. M. (2002): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (p. 384).

Se reconocen así los ámbitos objetivos [i-iv] y subjetivo del delito continuado [v] que examinaremos a continuación y que revelan la adopción, por parte del legislador peruano, de una teoría objetivo-subjetiva del delito continuado (en su favor, Fontán Balestra: 1970, p. 56).

3.1. Elementos objetivos del delito continuado

3.1.1. Pluralidad de acciones u omisiones que deben constituir individualmente delito

Es importante resaltar que la referencia a pluralidad de acciones u omisiones que la doctrina identifica como elemento constitutivo del delito continuado debe ser entendida en clave normativa. En tal virtud, corresponde entender el delito continuado no como sucesión de actos físicos, sino como pluralidad de hechos delictivos (Maggiore: 1951-1972, p. 175; Núñez: 1960, p. 231).

En efecto, ontológicamente muchos actos físicos podrían configurar un solo (e incluso ningún) hecho delictivo, por ello resulta más adecuado adoptar una visión normativa en virtud de la cual resulten más idóneas las referencias hechas por Manzini (1941-1949, p. 424) a "varias violaciones de ley" o por Fiandaca-Musco (2006, p. 660) a "episodios delictivos". Precisamente, por ese motivo el maestro nacional Benites Sánchez (1958, p. 187) refería que cada uno de esos episodios son "actos de ejecución parcial de un solo y único delito".

La fórmula legal nacional, incluso aquella adoptada por el artículo 107 del CP de 1924, evita el dilema identificado anteriormente haciendo referencia –seguramente influenciado por Manzini– a "varias violaciones de la ley penal".

Se deduce, con claridad, que no es factible postular delito continuado cuando concurran violaciones de la ley penal y de la ley administrativa, pues se trata de regímenes sancionatorios que –desde el rigor de la garantía del *ne bis in ídem*– difícilmente podrían coexistir. Esta regla, sin embargo, parece tener matices en el caso de los delitos de contrabando fraccionado (García Cavero: 2008, p. 662). En efecto, el artículo 3 de la Ley N° 28008 (Ley de los delitos aduaneros) plantea una especie de *regla de excepción* a la circunstancia de levantamiento de pena vinculada al importe o cuantía del objeto del comportamiento típico (fijado en monto superior a dos unidades impositivas tributarias) en virtud de la cual cuando el agente **con unidad de propósito realice el contrabando en forma sistemática por cuantía superior a dos unidades impositivas tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno, aisladamente serían consideradas infracciones administrativas vinculadas al contrabando.** Desde la logicidad y congruencia es posible reconocer notorias dificultades de sostenibilidad de la fórmula legal.

Conforme ha referido acertadamente Garofoli (2005), este requisito particular del delito continuado cumple una doble función: (i) sirve para diferenciar el delito continuado del concurso aparente de leyes penales; y, (ii) sirve para distinguir el delito continuado de los supuestos de delito único.

Ahora, esta exigencia obliga –conforme se infiere de los planteos de Carnelutti (1952)– a la valoración individual de cada uno de sus hechos "según las circunstancias propias, tanto impeditivas, agravantes o atenuantes, como determinativas; y las circunstancias cualquiera que sea la categoría a que pertenezcan, no se comunican de un acto a otro". No se trata, por ende, de una fórmula que habilite la imputación o la acreditación de la imputación "en bloque". Cada uno de los hechos no solo deben representar por sí mismos la realización de un mismo tipo penal o de tipos penales similares (Gil Gil-Núñez Fernández: 2013, p. 149), sino que cada uno de ellos debe encontrarse suficientemente descrito en la imputación (principio de imputación necesaria) y debe encontrarse acreditado *más allá de toda duda razonable* (principio de presunción de inocencia).

3.1.2. Identidad o semejanzas del tipo penal

Con esta exigencia se hace referencia a la homogeneidad de los hechos delictivos como factor que conecta (jurídicamente) un suceso con otro (Mezger: 2010, p. 296). La homogeneidad de los comportamientos delictivos se erige como dato indicador de la *unidad del fin o de designio criminal* (Carnelutti: 1952, p. 260; Welzel: 1969, 2011, p. 335).

Conforme se desprende del contenido del artículo 49 del Código Penal, se requiere que los diversos hechos supongan la realización del mismo tipo penal o de "igual o semejante naturaleza". El factor de semejanza debe ser extraído de la identidad del bien jurídico, en virtud de lo cual la realización del tipo penal debe implicar la afectación del mismo bien jurídico[54]. En este sentido, es la identidad del bien jurídico la que sirve "para concretar la igualdad o semejanza entre los preceptos" (Escuchuri Aisa: 2016, p. 334).

Con base en las consideraciones precedentes, la homogeneidad de los hechos delictivos es, en la expresión utilizada por Mantovani, *homogeneidad*

54 Jescheck, H. H. / Weigend, T. (2014): *Tratado de Derecho Penal. Parte General II* (p. 1069); Bacigalupo, E. (2004): *Derecho Penal. Parte General* (p. 551); Hurtado Pozo, J. (2005): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I (p. 949); Villavicencio Terreros, F. (2006): *Derecho Penal. Parte General* (p. 691); Alcócer Povis, E. (2014): *Introducción al Derecho Penal. Parte General* (p. 188).

funcional (2001, p. 515) en la medida en que los hechos delictivos que se unifican en el delito continuado deben realizar tipos penales que tengan la misma orientación funcional (de protección de los mismos bienes jurídicos).

Por ese motivo, la utilización de distintos medios comisivos entre los delitos respecto de los cuales se plantea la continuidad delictiva no la excluye (Manzini: 1941-1949, p. 428).

Distinto es el caso en el que la imputación subjetiva entre un hecho y otro varíe (no puede existir continuidad delictiva entre un hecho doloso y otro culposo). Tampoco puede existir continuidad delictiva cuando se trata de hechos previstos en diversas leyes (Manzini: 1941-1949, p. 433; Maggiore: 1951-1972, p. 177) o cuando uno de los hechos constituye delito y el otro, falta.

3.1.3. Conexión temporal entre las acciones u omisiones delictivas

Estamos frente a un elemento de acotación de la pluralidad de acciones u omisiones que deben constituir individualmente delito o falta. Para postular la concurrencia de un delito continuado debe existir una relación de cierta inmediatez entre un suceso y otro. Se trata, como resalta Garofoli (2005, p. 660), de un límite lógico a la exigencia de pluralidad de episodios delictivos que ocurren en momentos distintos. Es evidente –como resalta Manzini (1941-1949, p. 425)– que si los sucesos delictivos se producen simultáneamente no podría sostenerse la continuidad delictiva.

Ahora, en nuestra opinión, este resulta ser el factor que permite afirmar –como indica expresamente el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 [que trata el asunto de la prescripción de la acción penal]– que entre las conductas exista una "relación de continuidad" que permita percibir los diversos eventos como "parte de un único fenómeno global" o, utilizando expresiones de José Hurtado Pozo, como "fases de la realización de una misma empresa delictiva" (2005, p. 954).

Si la relación o conexión temporal entre las acciones u omisiones delictivas fuera excesivamente amplia –como resaltan Fiandaca-Musco (2006, p. 660)– las dificultades probatorias se incrementarían, particularmente respecto del elemento subjetivo del delito continuado (también Garofoli: 2005, p. 660).

Aunque algunos autores (Castiñeira Palou: 1977, p. 169) incorporan como presupuesto del delito continuado la conexión espacial (además de la temporal) entre los hechos, las características de las sociedades de la información y, en particular, la globalización y mundialización hacen especialmente dificultoso sostener que la continuidad delictiva dependa imperativamente de la conexión espacial entre las acciones u omisiones. La conexión entre acciones u omisiones delictivas que

genera esa *relación de continuidad* sería, como ya lo ha resaltado el maestro Carnelutti (1952, p. 258) y ha asumido un sector significativo de la doctrina (Cerezo Mir: 2006, p. 1179), la de temporalidad.

Nótese las dificultades consustanciales a la identificación de los límites temporales entre los diversos eventos que integran la sucesión delictiva.

3.2. Elemento subjetivo del delito continuado: unidad de resolución criminal

Respecto al elemento subjetivo del delito continuado [concurrencia de "una misma resolución criminal" en nuestro texto legal], que identifica el elemento subjetivo del delito continuado, puede sostenerse que este es el factor determinante y condicionante de la calificación de una pluralidad de hechos como un delito continuado. Esto tiene mucho que ver –como resalta Posada Maya (2012, p. 95)– con el hecho de que aquel "comporta la unidad de desvalor de acción personal del DC".

La importancia del elemento subjetivo era ya resaltada en Von Liszt (1917-1999, p. 150), quien encontraba en el elemento subjetivo uno de los factores de *homogeneidad* que justificaba la calificación de una sucesión delictiva como delito continuado (similar, Soler: 1973, p. 303). Por ese motivo es que Castiñeira Palou señala que el elemento subjetivo, al funcionar como "abrazadera", permite el tratamiento conjunto de acciones varias (Castiñeira Palou: 1977, p. 91). En sus palabras "es el elemento subjetivo el que unifica las diversas acciones y hace posible que estas puedan ser consideradas por el derecho como una unidad" (Castiñeira Palou: 1977, p. 95).

Este elemento constituye también un factor diferenciador del delito continuado con los supuestos de concurso real de delitos (Garofoli: 2005, p. 665).

La trascendencia actual de este elemento en particular es mayor incluso tomando en consideración que en ciertas realidades legislativas comparadas, como la italiana, en la que la fórmula legal del delito continuado le identifica como el *criterio de acumulación jurídica* (Fiandaca-Musco: 2006, p. 659) al ser el único elemento que identifica dicho instituto jurídico.

En la doctrina predominante a mediados del siglo XX este elemento era identificado como *unidad de designio criminal* (Maggiore: 1951-1972, p. 178; Núñez: 1960, p. 235) y que resulta bastante cercana a la referencia a la *unidad de diseño criminal* o *plan criminal* que prevalece actualmente en la doctrina italiana (Mantovani: 2001, pp. 510-511).

Sobre este último criterio, algunos autores identifican la *unidad de diseño criminal o plan criminal* con la inicial programación y deliberación genérica de la realización futura de una pluralidad de delitos orientadas a una finalidad suficientemente específica (Mantovani: 2001, p. 512; Fiandaca-Musco: 2006, p. 661; Marinucci-Dolcini: 2004, p. 318). Como se aprecia, un elemento determinante de la idea de *unidad del diseño o plan criminal* resulta ser la *unicidad del fin* que supone que todos y cada uno de los eventos que conforman la sucesión delictiva forman parte de un único objetivo criminal. Para la verificación de esta *interdependencia funcional orientada a un fin único* debe contarse –como adecuadamente resaltan Fiandaca-Musco (2006, p. 661)– con "signos reconocibles exteriormente".

Como se va observando, esta *unidad del diseño o plan criminal* no supone una representación anticipada y detallada de cada uno de los elementos específicos de realización de cada uno de los *episodios* del delito continuado (Marinucci-Dolcini: 2004, p. 319), sino únicamente la representación futura de la realización de una pluralidad de comportamientos alineados en función de una finalidad común.

Un sector relevante de la doctrina penal se ha decantado en favor de identificar el elemento subjetivo del delito continuado con el dolo. Según esta postura, los diversos episodios de la continuidad delictiva deben encontrarse vinculados por el dolo que debe ser *unitario* (Jescheck-Weigend: 2014, p. 1069).

El dolo –conforme refiere Escuchuri Aisa (2016, p. 334)– puede ser verificado ya sea: (i) cuando existe un plan criminal preconcebido (expresado en un dolo conjunto o unitario) o (ii) cuando se aprovecha una idéntica ocasión delictiva (expresado en el aprovechamiento consciente de la oportunidad delictiva). Nuestra doctrina ha recepcionado positivamente esta posición (de relacionar la unidad de resolución criminal con el dolo)[55]. Pese a ello, existe una marcada tendencia –especialmente en la doctrina italiana– a rechazar la identificación de este elemento con el dolo[56].

El sector de la doctrina penal más ortodoxa –aquel que adoptaba la teoría objetiva pura del delito continuado (entre otros, Mezger: 2010, p. 298)– ciertamente rechaza la existencia de dolo como presupuesto del delito continuado a

55 García Cavero, P. (2008): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (p. 663); también, Villavicencio Terreros, F. (2006): *Derecho Penal. Parte General* (p. 693); Paredes Pérez, J. (2023): *Comentarios al Código Penal,* tomo I (p. 571); Alcócer Povis, E. (2014): *Introducción al Derecho Penal. Parte General* (p. 189); Reátegui Sánchez, J. (2014): *Manual de Derecho Penal. Parte General,* tomo II (p. 1065).

56 Manzini, V. (1941, 1949): *Tratado de Derecho Penal,* vol. III (p. 436); Maggiore, G. (1951, 1972): *Derecho Penal. Parte General,* vol. II (p. 180); Fiandaca, G. / Musco, E. (2006): *Derecho Penal. Parte General* (p. 661); Marinucci, G. / Dolcini, E. (2004): *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale* (p. 318); Hurtado Pozo, J. (2005): *Manual de Derecho Penal. Parte General,* tomo I (pp. 953-954).

partir de reconocer que ese factor, más que provocar la atenuación de la responsabilidad penal, debería provocar su agravación (Mezger: 2010, p. 298).

4. Distinciones con el delito permanente

A diferencia del delito continuado, en el que la concurrencia de una serie de circunstancias o elementos configuradores son los que determinan que se les trate de forma unitaria, en el delito permanente existe un solo hecho jurídicamente relevante que –aunque proyectado en el tiempo al mantener un particular estado antijurídico– no deja de ser un solo suceso. En el delito permanente existe una actividad delictiva única cuyos efectos antijurídicos no se han visto interrumpidos por la consumación del delito (Peña Cabrera: 1999, p. 546), lo que sí ocurre en el delito continuado (Manzini: 1941-1949, p. 426; Maggiore: 1951-1972, p. 176; Reátegui Sánchez: 2014, p. 1056).

En efecto, conforme ha sabido reflejar Carnelutti (1952, p. 259), en el delito permanente *no cesa el hecho delictivo* mientras que en el delito continuado existe "un cesar y un reanudarse" persistente del hecho delictivo. Precisamente por ese motivo el maestro italiano señalaba: "el delito permanente es (naturalmente) único, el delito continuado es (jurídicamente) *unificado*; por tanto, donde hay permanencia no puede haber continuación, ni el delito permanente puede nunca ser delito continuado".

5. Circunstancia de exclusión del delito continuado

Existe una serie de supuestos en los que se debe rechazar la aplicación de las reglas de continuidad delictiva: las faltas, los delitos culposos y los delitos que afecten bienes jurídicos eminentemente personales correspondiente a diversos sujetos.

En ese contexto, debemos afirmar la **no viabilidad de la aplicación del artículo 49 del CP respecto de las faltas**. En efecto, aunque un sector minoritario de la doctrina lo postula (Fiandaca-Musco: 2006, p. 662), resultaría particularmente dificultoso aplicar la continuidad de las faltas si se consideran las reglas particulares de prescripción y de dosimetría penal previstas en el artículo 440 del CP. Una opción a favor de la aplicación de la continuidad en las faltas sería difícilmente articulable en términos compatibles con el principio de taxatividad.

Ahora, dadas las diferencias estructurales entre el delito culposo y los elementos configuradores del delito continuado, tampoco sería defendible su aplicación

en el ámbito de la *criminalidad culposa*[57]. Esto es particularmente notorio a partir de la contrastación de los tipos penales culposos con el elemento subjetivo del delito continuado.

Finalmente, y por así establecerlo expresamente el artículo 49 del CP, no es aplicable la figura del delito continuado cuando el bien jurídico afectado sea de *naturaleza eminentemente personal* y que, a su vez, afecten a *sujetos distintos*. Las razones de esta decisión legislativa se vinculan en gran medida a aspectos de orden procedimental: los delitos que afectan bienes jurídicos eminentemente personales suelen condicionar el ejercicio de la acción penal a la intervención de la víctima (ejercicio privado de la acción), por ende, incorporar un hecho delictivo dentro de una cadena de continuidad delictiva, podría suponer una imposición gravosa o perjudicial a los intereses de la víctima del delito (pues aquella podría no tener interés en ejercitar la acción penal).

6. Distinciones entre el delito continuado y los delitos asociativos

Otro de los problemas que surgen en la doctrina del delito continuado se vincula con sus relaciones y diferencias con los delitos asociativos (organización criminal, asociación para delinquir y banda criminal). No le faltan motivos a Mantovani (2001) para sostener que se trata de un espacio nebuloso y de particular incertidumbre.

Sin embargo, la configuración –ya observada– de la *unidad de diseño o plan criminal* en el delito continuado –siempre específica y vinculada a una serie de comportamientos sucesivos concretos– se muestra manifiestamente incompatible con el acuerdo programático general que es propio de los delitos asociativos (Garofoli: 2005, p. 671).

III. DOSIMETRÍA PENAL EN EL DELITO CONTINUADO

La calificación de una sucesión de hechos como *delito continuado* determina la aplicación de dos reglas de dosimetrías penal: (i) la regla general; y, (ii) la regla particular en caso de pluralidad de víctimas.

57 Marinucci, G. / Dolcini, E. (2004): *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale* (p. 321); Garofoli, R. (2005): *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale* (p. 667); Villavicencio Terreros, F. (2006): *Derecho Penal. Parte General* (p. 694).

La regla general de dosimetría penal viene conformada por la aplicación de la *regla de la absorción de las penas* (López Barja de Quiroga: 2002, p. 256) en virtud de la cual se aplica la pena aplicable será aquella que corresponden al hecho sancionado más gravosamente y, en consecuencia, las penas correspondientes a los restantes hechos delictivos son absorbidas por el primero. Esa regla general es asumida por el artículo 49 del CP al señalar que los hechos delictivos "se sancionarán con la pena correspondiente al más grave".

La regla particular opera –conforme al texto legal antes citado– cuando "el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas". En estos supuestos, se aplicará la pena del delito más grave incrementada en un tercio.

Como se va reconociendo, la dosimetría penal en el delito continuado resulta menor de aquella que corresponde si se aplicasen las reglas del concurso real (Righi-Fernández: 2005, p. 336) y ello parece revelar cierta ilogicidad sistémica pues genera lo que Jescheck-Weigend (2014, p. 1067) denominan una *benevolencia inoportuna*.

En efecto, tras los cambios producidos en las reglas de individualización judicial de la pena en los casos de concurso real de delitos, la aplicación de la fórmula del delito continuado resulta más ventajosa para el ofensor penal. Si se aplicasen las reglas penológicas del concurso real, conforme al artículo 50 del CP, deberían sumarse las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de los hechos punibles (hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave y siempre que no se excedan los 35 años), tendríamos una respuesta penal claramente más intensa que si se aplicasen aquellas previstas para el delito continuado.

Aunque la doctrina –especialmente la italiana– ha sostenido que esa punición aligerada (del delito continuado con relación al concurso de delitos) responde a que la reprobabilidad o reprochabilidad del agente resulta "comprensiva" en el delito continuado y, por ello, resultaría menor que en el caso del concurso (Mantovani: 2021, p. 510; Fiandaca-Musco: 2006, pp. 657-658; Garofoli: 2005, p. 657; Marinucci-Dolcini: 2004, p. 318), creemos que esta visión no solo resulta artificiosa, sino que no parece reflejar diferencias notorias entre la reprobabilidad o reprochabilidad subyacente a la continuidad delictiva y aquella que corresponde a los concursos reales.

Por otro lado, la *inoportuna benevolencia* de la pena en el delito continuado parece mostrar indiferencia con los intereses de la víctima del delito, particularmente cuando aquella sufre directamente varias victimizaciones sucesivas.

Ahora, nuestra posición, resulta discrepante con la defendida por García Cavero (2008, p. 660), quien sostiene que la adopción del sistema de acumulación de penas es la que justifica su permanencia en el ordenamiento jurídico vigente, en

tanto mecanismo de racionalización del marcado punitivismo en nuestro ordenamiento penal. En efecto, aunque coincidimos con el diagnóstico formulado por García Cavero respecto al sistema nacional de determinación legal de la pena y en la necesidad de introducir mecanismos de contención, dichos objetivos no deberían ser alcanzados afectando la esencia propia de ciertas instituciones dogmáticas.

IV. EFECTOS PROCESALES DE LA APLICACIÓN DE LA CONTINUIDAD DELICTIVA

No es posible ignorar las consecuencias o efectos procesales de la aplicación de la continuidad delictiva. Precisamente esos "efectos" parecen explicar ciertas orientaciones de la práctica jurisprudencial. En efecto, ya lo advertía Welzel (1969, 2011: p. 338): los tribunales de justicia suelen asumir que la aplicación de la figura del delito continuado les "dispensa" de ciertas consecuencias procesales derivadas de su utilización.

La aplicación del delito continuado no puede suponer el relajamiento de las exigencias de precisión de los hechos que se conectan mutuamente (imputación suficiente), pues allí donde esa individualización no se produzca la subsunción típica no será viable (Bacigalupo: 2004, p. 553), ni menos aún implica liberarse de las cargas propias del principio de presunción de inocencia, ni siquiera con relación a los elementos más dificultosos del delito continuado –como es el caso de la *unidad de diseño o plan criminal*– (Marinucci-Dolcini: 2004, p. 320).

Esto supone, por ende, que la aplicación del delito continuado no aligera las obligaciones o cargas procesales del órgano acusador, sino que las multiplica en proporción al número de eventos delictivos cuya continuidad se sostiene.

V. LA IMPORTACIÓN DEL "DELITO CONTINUADO" AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La institución dogmática del delito continuado ha sido trasladada *pretorianamente* hacia las parcelas del Derecho Administrativo Sancionador. El análisis que se sugiere a continuación tiene por propósito examinar la sostenibilidad jurídica de la aplicación de la institución de la continuidad delictiva, proveniente del Derecho Penal, al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, tomando como situaciones de referencia aquellas correspondientes a los procedimientos administrativo-sancionadores iniciados ante el Indecopi por infracciones de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Nuestras apreciaciones tendrán como eje de desarrollo los contornos del principio de legalidad que rige la operatividad del Derecho Penal y la del Derecho Administrativo Sancionador conforme se reconocerá en el curso del presente capítulo.

1. La prohibición de analogía en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador

Cualquier pretensión de ejercicio del *ius puniendi* estatal [que comprende tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador] debe ser sometida al imperio del principio de legalidad, con basamento constitucional y en la regulación ordinaria.

En efecto, tanto el artículo 2.24, literal d) de la Constitución Política del Perú como los artículos II y III del Título Preliminar del Código Penal y IV del Título Preliminar y 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General reconocen el imperio del principio de legalidad y, con ello, una de sus expresiones más trascendentes, la del principio [o subprincipio] de taxatividad y la prohibición de analogía que de aquel deriva (Reyna Alfaro: 2012, pp. 233 ss.).

Es de resaltar que el vigor del principio de taxatividad y la prohibición de analogía tiene pleno consenso doctrinal y cuenta con la validación de la doctrina del Tribunal Constitucional. Esa línea jurisprudencial se ejemplifica en la STC del 8 de agosto de 2012 [Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, Lima, caso "Tineo Cabrera"] que, entre otros aspectos, refiere:

> "En la STC 02050-2002-AA/TC este Tribunal Constitucional precisó que '**los principios de** culpabilidad, **legalidad**, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del Derecho Sancionador, que **no sólo se aplican en el ámbito del Derecho Penal, sino también en el del Derecho Administrativo Sancionador**'.
>
> [...] El **subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo**, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo [...].
>
> **En sede administrativa sancionatoria, estos dos principios se encuentran previstos en los artículos 230.1 y 230.4 de la Ley N° 27444**".

Estos datos normativos y jurisprudenciales no resultan intrascendentes pues marcan la pauta de actuación razonable de la administración de justicia penal y

sancionatoria que debe delimitar su actuación a esos parámetros, sobre todo si se considera que dentro de las fuentes del procedimiento administrativo sancionador [artículo V del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General] no se reconocen fuentes ajenas a la ley.

Todo lo explicado en líneas anteriores permite reconocer que la interpretación y aplicación de cualquier institución penal o sancionatoria debe partir del contenido de la ley de la que se trate y a partir de aquella determinar su ámbito de aplicación razonable. En ese contexto, corresponde evaluar la corrección de la aplicación por parte de los órganos competentes del Indecopi de la figura de la "infracción continuada" a partir del análisis de la figura del "delito continuado" en el ámbito del Derecho Penal.

2. Tratamiento legal de la "infracción continuada" en el Derecho Administrativo Sancionador

2.1. La continuidad de infracciones en la Ley del Procedimiento Administrativo General

La lógica del delito continuado ha sido trasladada normativamente al ámbito del procedimiento administrativo sancionador mediante su reconocimiento en el inciso sétimo del artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual señala lo siguiente:

> "**Artículo 230.-** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
>
> [...]
>
> 7. Continuación de Infracciones.- Para imponer sanciones por infracciones en las que **el administrado incurra en forma continua,** se requiere que **hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo**".

Como se aprecia, el artículo 230.7 de la Ley de Procedimiento Administrativo General no contiene una definición de la definición y condiciones para aplicar la figura de la "infracción continuada".

Esta apreciación ha sido reconocida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi [de aquí en adelante, "Sala de Defensa de la Competencia"] en la Resolución N° 157-2019-SDC-INDECOPI recaída en el Exp. N° 011-2015/CLC, en la que se afirma:

"La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General no contienen una definición de infracción continuada ni de los requisitos que deben concurrir para su configuración".

Ahora, esta declaración de la Sala de Defensa de la Competencia llevaría, en estricto sometimiento al principio de legalidad [prohibición de analogía], a rechazar la aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador de la figura de la infracción continuada. Es que debido a sus efectos de extensión de la responsabilidad sancionatoria [pues supone la ampliación de los marcos sancionatorios y de la vigencia de la acción administrativa], resultaría inviable recurrir a las propuestas analógicas desarrolladas administrativamente.

En efecto, la viabilidad de recurrir a otras fuentes –recurriendo al artículo VIII del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General– dependerá de su "compatibilidad" con la figura del delito continuado propia del Derecho Penal, conforme requiere el antes citado artículo VIII.

En efecto, esta "compatibilidad" se quiebra al reconocer la falta de una regulación administrativa de la figura de la infracción continuada que resulte prolija y compatible con las exigencias de certeza propias del principio de legalidad. En este escenario, el desarrollo doctrinal proveniente del Derecho Penal no puede suplir los vacíos regulatorios que se aprecian en la Ley administrativa.

Esta posición, en nuestra opinión, no contradice el contenido del artículo VIII del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, sino que le compatibiliza con el contenido del artículo 2.24, literal d), de la Constitución Política del Estado.

Ahora, no obstante que este argumento descarta de plano de legalidad de aplicar en el Derecho Administrativo Sancionador la figura de la infracción continuada [por imperio del principio de legalidad administrativa], es menester examinar si las propuestas argumentativas a las que recurren los órganos de la Administración Pública [especialmente, Indecopi] resultan plausibles desde la perspectiva de la dogmática jurídico penal.

2.2. Análisis de los criterios legales utilizados por Indecopi en la aplicación de la continuidad a la luz de la doctrina penal predominante

En la Resolución N° 157-2019-SDC-INDECOPI [Exp. N° 011-2015/CLC] la Sala de Defensa de la Competencia ha identificado –sobre la base de otros pronunciamientos previos– que los requisitos de la infracción continuada serían:

(i) la pluralidad de realización de conductas; (ii) la pluralidad de violaciones a la misma ley o a una de similar naturaleza; (iii) proximidad espacial y temporal de los hechos imputados; e, (iv) identidad de resolución criminal [§ 61].

Sin ánimo de ingresar a un examen pormenorizado de estas condiciones, es de especial interés el análisis del elemento subjetivo de la continuidad [ya sea de la infracción como la delictiva] consistente en la "identidad de resolución criminal".

La Sala de Defensa de la Competencia ha sostenido que "la identidad de resolución criminal consiste en que la actuación de los sujetos infractores responda a un mismo plan preconcebido o al aprovechamiento de una idéntica oportunidad, mas no que deba verificarse una plena identidad de sujetos activos durante el periodo de ejecución del cártel" [§ 63 de la Resolución N° 157-2019-SDC-INDECOPI, Exp. N° 011-2015/CLC].

Nótese que, aunque existen referencias al aprovechamiento de una idéntica oportunidad del delito continuado en la doctrina penal del delito continuado (en particular Escuchuri Aisa: 2016, p. 334), se trata de un criterio escasamente desarrollado y con un grado de consenso muy limitado, por lo que su adopción en el ámbito administrativo sancionador resulta sumamente discutible, sobre todo si lleva a consecuencias como aquella postulada en la resolución antes citada.

En efecto, conforme al criterio de "aprovechamiento de una idéntica oportunidad" es posible la sanción como infracción continuada "pese a que algunos de los agentes económicos infractores se incorporaron al cartel en forma sucesiva o posterior a la fecha de su inicio" [§ 64]. Esto supone la posibilidad de que incorporaciones posteriores dentro de la cadena de hechos sean integradas dentro de la continuidad de la infracción.

2.3. Identificación de los posibles efectos periféricos

Ahora bien, sin perjuicio de las referencias a la infracción del principio de legalidad y la falta de sustento doctrinario penal del supuesto de "aprovechamiento de una idéntica oportunidad", corresponde mencionar los efectos sobre el principio de responsabilidad personal que derivan de la praxis que el Indecopi pretende consolidar en sus procedimientos administrativos sancionadores.

En efecto, si se recurre a una fórmula como la que propone Indecopi, se terminaría desconectando la responsabilidad del administrado de su propio hecho [principio de responsabilidad personal] que se encuentra reconocido como parte integrante del principio de culpabilidad.

Es de advertir que ya la doctrina jurisprudencial de nuestro TC ha reconocido la plena aplicación del principio de culpabilidad al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. En ese contexto, la STC del 3 de setiembre de 2010 [Exp. N° 01873-2009-PA/TC, Lima], tras establecer que el principal punto de conexión o comunidad entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador es que los principios generales de Derecho Penal son de recibo en el Derecho Administrativo Sancionador, refiere expresamente que el principio de culpabilidad es uno de esos principios generales [§ 12].

Los argumentos desarrollados anteriormente impiden sostener –ya desde la perspectiva de los principios generales que rigen el ordenamiento penal y administrativo sancionador– la legitimidad de aplicar la figura de la "infracción continuada" en los procedimientos sancionadores a cargo de Indecopi.

La no viabilidad de la solución que en la práctica viene adoptando pretorianamente los órganos del Indecopi se refuerza si consideramos que supone una forma de amplificación de la respuesta sancionatoria del Estado que solo podría admitirse como propuesta de *lege ferenda*.

La defectuosa regulación de la "continuidad" en la Ley de Procedimiento Administrativo General impide la aplicación de dicha figura sin incurrir en analogía violatoria del principio constitucional de legalidad.

La falta de sincronía entre la regulación penal y la administrativa sancionatoria en esta materia impide la utilización de criterios dogmáticos provenientes del Derecho Penal en tanto estos tienen sentido y racionalidad si se vinculan a la ley que examinan.

Por otra parte, los desarrollos de los órganos administrativos del Indecopi en la materia examinada [como el de aprovechamiento de una idéntica oportunidad"] tienen efectos perniciosos sobre el principio de culpabilidad en la medida en que suponen la posibilidad de extender la responsabilidad administrativa hasta momentos anteriores a la intervención personal del administrado.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de estas líneas hemos podido reconocer una serie de factores que dificulta la aplicación racional predictible del delito continuado. No es de sorprender, por tanto, que desde los planteamientos más convencionales (v. gr., Soler: 1973, pp. 306-307; también, Hurtado Pozo: 1999, p. 943) se cuestione la vaguedad e imprecisión de los contenidos de la teoría del delito continuado que ha permitido la aplicación utilitaria y arbitraria de esta figura jurídica.

En efecto, la utilización del delito continuado se ha regido por criterios de utilitarismo y conveniencia forense: se recurre a dicha fórmula en la creencia (errónea) que es una forma de relajar las exigencias probatorias relacionadas a la probanza de hechos sucesivos. Esta circunstancia se ha visto favorecida por las advertidas vaguedades en las que incurre el artículo 49 del Código Penal, provocando efectos perniciosos sobre las exigencias de taxatividad y certeza propias del principio de legalidad[58]. Este diagnóstico se reconoce también en el plano de la infracción continuada propia de la legislación administrativa sancionatoria.

No obstante que un sector de la doctrina (Zaffaroni-Alagia-Slokar: 2005, p. 672, similar Hurtado Pozo: 1999, p. 943) sostiene que la utilización de la fórmula del delito continuado es viable en tanto se extrae de la interpretación racional de cada tipo penal, la ausencia de criterios legales bien definidos obliga a reexaminar la conveniencia de mantener esta figura legal. No debe, por tanto, sorprender que autores como Jescheck-Weigend (2014, p. 1066) destaquen la necesidad de una formulación legal acotada y precisa en virtud de la cual la calificación de la unidad de acción "solo es posible dentro de unos límites relativamente estrechos".

La necesidad de reexaminar la conveniencia dogmática y política criminal del delito continuado se acrecienta si observamos sus posibles efectos perniciosos sobre la víctima del delito relacionado no solo con la referencia *benevolencia punitiva* que resulta de su aplicación, sino de la ausencia de una declaración individualizada de la pena que corresponde a cada hecho delictivo. Como refieren Jescheck-Weigend (2014, p. 1067) "la determinación de la pena pierde en exactitud y verificabilidad pues no se impone ninguna pena de modo individualizado", lo que supone (en casos de delito continuado con pluralidad de víctimas) que ninguna de ellas conocerá jamás qué pena es la que corresponde a la victimización producida en su agravio.

§

58 Con relación a la legislación española, Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. (1999): *Derecho Penal. Parte General* (p. 789); Polaino Navarrete, M. (2015): *Derecho Penal. Parte General* (p. 638); en el caso peruano, particularmente relevantes las preocupaciones de Villavicencio Terreros, F. (2006): *Derecho Penal. Parte General* (p. 687); Alcócer Povis, E. (2014): *Introducción al Derecho Penal. Parte General* (p. 187).

VI

CAPÍTULO VI

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, DERECHO DISCIPLINARIO Y DERECHO PENAL

CONEXIONES, CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

I. INTRODUCCIÓN

En algunos escenarios particulares (especialmente en los delitos económicos y en los delitos contra la Administración Pública) la coexistencia de múltiples planos regulatorios y sancionatorios provocan situaciones de concurrencia entre el Derecho Administrativo Sancionador, el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal que pueden dificultar el ejercicio del *ius puniendi* estatal expresado en las diversas disciplinas antes indicadas.

Esta coexistencia, como se ha dejado indicado, comprende dos escenarios: el regulatorio y el sancionatorio.

El **escenario regulatorio** se vincula con las relaciones que se producen en la determinación de los comportamientos sancionados por el Derecho Penal que, por ser objeto de regulación en el ámbito administrativo, determinan el espacio de actuación del Derecho Penal. Esta relación se traduce en la idea de *accesoriedad administrativa del Derecho Penal.*

El **escenario sancionatorio** tiene que ver principalmente con el régimen de imposición de sanciones derivado de la infracción de la regulación administrativa, tanto respecto de sus relaciones internas (sanciones a funcionarios y servidores públicos) y sus relaciones externas (sanciones a los administrados).

A través de este capítulo, procuraremos reconocer, desde la legislación y jurisprudencia nacionales, las conexiones, convergencias y divergencias entre estas expresiones del *ius puniendi* del Estado y proponer, con modestia, ciertas fórmulas para la solución de los problemas aplicativos que puedan producirse.

II. PUNTOS DE PARTIDA CONCEPTUALES: DERECHO DISCIPLINARIO Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La distinción entre Derecho Disciplinario y Derecho Administrativo Sancionador, que parece inicialmente intrascendente, resulta central en lo que es el objeto de nuestro análisis. La distinción conceptual entre ambas categorías resulta

especialmente necesaria si se considera la confluencia de una variada y confusa serie de conceptos (Derecho Contravencional, Derecho Sancionatorio, Derecho Penal Administrativo, Derecho Penal Disciplinario) que, además, guardan relación con el Derecho Penal, con el que existen espacios de convergencia.

Ahora, como bien advierte Cury Urzua, marcar los linderos precisos entre estos conceptos resulta particularmente dificultoso si consideramos el itinerario histórico de estas disciplinas en su conexión con el Derecho Penal (2020, p. 109).

En efecto, si tomamos en consideración que el Derecho Penal del antiguo régimen (esto es, previo a la ilustración) era auténtico Derecho Administrativo, pues sus sanciones eran impuestas por funcionarios integrados a la estructura del Poder Ejecutivo, reconoceremos las dificultades para apreciar las diferencias entre los diversos planos conceptuales examinados. Estas dificultades se intensifican si apreciamos el crecimiento exponencial del aparato y estructura gubernamental administrativa.

El Derecho Disciplinario comprende las normas que regulan el poder disciplinario de la Administración Pública para evaluar la conducta de sus funcionarios o servidores que determinan la imposición de sanciones en su contra (Gonzáles Espinoza: 2014, p. 15) y que tienen por objetivo el buen funcionamiento de la administración estatal[59], a través –en gran medida– de valores propios del estatus funcionarial (disciplina, obediencia, respeto de la jerarquía y del orden interno)[60]. El Derecho Disciplinario puede, ocasionalmente, comprender a particulares que intervienen en la actividad estatal[61].

Ahora, esta conceptualización requiere ciertamente de un complemento necesario: estos valores deben ser parte de los deberes funcionariales del agente público y deben encontrarse vinculados (en alguna forma) al servicio público que estos

59 Roxin, C. (2008): *Derecho Penal. Parte General,* tomo I (p. 74); Manzini, V. (1948): *Tratado de Derecho Penal,* vol. I (p. 128); Zaffaroni, E. R. (1980): *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* tomo I (p. 244); Hurtado Pozo, J. (2005): *Manual de Derecho Penal. Parte General I* (p. 50); similares, Fernández Carrasquilla, J. (2004): *Derecho Penal fundamental 1* (p. 142), quien alude a la "eficiencia en el desempeño de las funciones públicas"; y Gómez, E. (1939): *Tratado de Derecho Penal,* tomo I (p. 107), haciendo referencia al "desenvolvimiento normal de la actividad administrativa".

60 Correia, E. / Figueiredo Dias, J. (1968): *Direito Criminal,* tomo I (p. 35); Maggiore, G. (1971): *Derecho Penal. Parte General,* vol. I (p. 49); Jiménez de Asúa, L. (1964): *Tratado de Derecho Penal,* tomo I (p. 45); Núñez, R. (1959): *Derecho Penal argentino. Parte General,* tomo I (pp. 29-30); Fontán Balestra, C. (1970): *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* tomo I (p. 62); Novoa Monreal, E. (1960, 2005): *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General,* tomo I (pp. 34-35).

61 Este sería el caso del Derecho Disciplinario que puede aplicarse, por ejemplo, a los abogados o las partes procesales que afectan normas de funcionamiento de la administración de justicia.

proporcionen[62]. Sin este dato, podrían admitirse expresiones disciplinarias incompatibles con el modelo de Administración Pública propio del Estado *prestacional*.

El Derecho Disciplinario permite reconocer una evolución trascendente en las últimas décadas: de una visión en la que la finalidad del Derecho Disciplinario se limitaba al plano correctivo[63], orientado a la conservación del *statu quo* y, por ende, con notoria evocación al Estado de Policía[64], hacia un Derecho Disciplinario como herramienta de satisfacción de los fines del Estado prestacional.

Los efectos prácticos de esta evolución se aprecian con relación al imperio del principio de legalidad disciplinaria. Hasta hace pocas décadas atrás, se sostenía que esta disciplina carecía de "una enunciación taxativa y precisa"[65] y, con ello, se reconocía el valor atenuado (e incluso nulo) del principio de taxatividad y certeza en el Derecho Disciplinario[66].

Hoy en día, esa afirmación ha perdido actualidad al reconocerse que el Derecho Penal, el Derecho Disciplinario y el Derecho Administrativo Sancionador provienen de un mismo *ius puniendi* estatal[67] y al admitirse la extensión de los principios del Derecho Penal al Derecho Sancionatorio y al Derecho Administrativo Sancionador.

La relación intrínseca entre Derecho Penal y Derecho Disciplinario ha sido descrita por Stock, quien reconoce tres fases de la misma: (i) hasta fines del siglo XVIII no existían diferencias entre ambas disciplinas, pues el Derecho Disciplinario se subsumía en el Derecho Penal; (ii) en la primera mitad del siglo XIX, se produce la separación del Derecho Disciplinario del Derecho Penal, pero

62 Este correctivo parece encontrarse también en Correia, E. / Figueiredo Dias, J. (1968): *Direito Criminal,* tomo I (p. 35). La referencia a los deberes funcionariales, pero sin mención al servicio público, se encuentran en Fernández Carrasquilla, J. (2004): *Derecho Penal fundamental 1* (p. 142).

63 La finalidad correctiva se aprecia en Manzini, V. (1948): *Tratado de Derecho Penal,* vol. I (p. 133); Jiménez de Asúa, L. (1964): *Tratado de Derecho Penal,* tomo I (p. 46).

64 Y esto, como bien rememora Novoa Monreal, E. (1960, 2005): *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General,* tomo I (p. 37), se debe a que el Derecho Disciplinario tiene origen en el poder de policía reconocido en favor del Estado.

65 Conforme refería en su momento Novoa Monreal, E. (1960, 2005): *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General,* tomo I (p. 35), quien, sin embargo, avizoraba: "en el futuro es probable que se llega a un perfeccionamiento del Derecho Disciplinario, en forma que ella –la nota diferencial– desaparezca o al menos se atenúe" (p. 36).

66 Incluso Manzini, V. (1948): *Tratado de Derecho Penal,* vol. I (p. 134) sostenía categóricamente que "el Derecho Disciplinario no está sujeto a tal reserva de la ley".

67 No es de extrañar, por tanto, que se sostenga que el Derecho Disciplinario es una "rama desgajada" del Derecho Penal. Al respecto, Nieto, A. (1970): "Problemas capitales del Derecho Disciplinario" (pp. 57-60). De hecho, Laband sostenía que el Derecho Disciplinario no era sino "el Derecho Penal de los funcionarios".

conservando ciertos conectores al ser ambos parte del Derecho Público; y, (iii) desde ese momento, el Derecho Disciplinario entra en fase de desarrollo acelerado[68].

Por otro parte, el Derecho Disciplinario en tanto parcela particular del Derecho Administrativo Sancionador (Manzini: 1948, p. 128; Dromi: 2015, p. 283), se encuentra sometido a los principios propios de esta última disciplina (Hurtado Pozo: 2005, p. 54). Las conexiones entre estas disciplinas con la regulación de los delitos contra la Administración Pública resultan evidentes.

En lo que sigue, cuando hagamos referencia al Derecho Administrativo Sancionador comprenderemos –como es lógico– también al Derecho Disciplinario, cuando hagamos referencia de este último, limitaremos nuestra cobertura a este espacio particular del Derecho Administrativo Sancionador.

III. LAS DIVERGENCIAS

La diferenciación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador constituye, como indica Bajo Fernández, una "vieja cuestión irresoluta" (1998, p. 13), a partir de las naturales relaciones existentes entre ambas ramas del ordenamiento jurídico.

En la doctrina, algunos autores han apostado por establecer entre ambas ramas diferencias de orden **cuantitativo**, en tanto que otros autores han estimado conveniente marcar la diferenciación en el plano **cualitativo**. A continuación, se tratará de determinar si la diferenciación es de gradación o de especie (Ruiz Rodríguez: 2000, p. 223).

Así, para quienes sostienen que la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador es de orden cuantitativo, ambas ramas protegen un mismo bien jurídico, la diferencia en realidad radica en la gravedad de las consecuencias jurídicas que corresponden a su lesión o puesta en peligro[69].

Esta postura, en su concepción original, estima que la diferencia entre ilícito penal e ilícito administrativo es de carácter cuantitativo, siendo el legislador

68 Citado por Nieto, A. (1970): "Problemas capitales del Derecho Disciplinario" (p. 57).

69 Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. (1999): *Derecho Penal. Parte General* (p. 57); García Pablos de Molina, A. (2000): *Derecho Penal. Introducción* (p. 37); Fernández Carrasquilla, J. (2004): *Derecho Penal fundamental I* (p. 143); Ruiz Rodríguez, L. R. (2000): "Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias de la jurisdicción administrativa" (p. 223); Cury Urzua, E. (2020): *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (p. 117); Pereira Chumbe, R. (2001): "La potestad sancionatoria de la Administración y el procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 27444" (p. 287).

quien establece positivamente dicho límite (Nieto: 1970, pp. 70-71). La razón de esta opción es la ineptitud para configurar un ilícito administrativo distinto cualitativamente del ilícito penal (Ruiz Rodríguez: 2000, p. 224).

Bacigalupo Saggese, en favor de esta posición, estima que el punto de disensión entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo se ubica en el plano cuantitativo "ya que el único dato que permite distinguir una pena criminal a una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica" (Bacigalupo Saggese: 1998, p. 237).

Si, por el contrario, se entiende que la diferencia es de "especie", aun cuando ambas ramas coincidan en la regulación de un supuesto de hecho, su enjuiciamiento y sanción deberán ajustarse a principios y reglas diversas, propias de cada ordenamiento (Ruiz Rodríguez: 2000, p. 223).

Goldschmidt, Wolf y Lange, algunos de los más conocidos defensores de esta posición, sostienen que la diferenciación entre ambas ramas del ordenamiento jurídico es posible ubicarla en la función que a estas les corresponde. Mientras al Derecho Penal le corresponde la tarea de proteger los bienes jurídicos (orientados a la protección de los intereses individuales), al Derecho Administrativo le toca promover el bien estatal por la Administración[70].

Para responder a la cuestión debemos partir de la idea, ya subrayada por la doctrina y jurisprudencia dominante en España (Suay Hernández: 1997, p. 919), de que la potestad sancionatoria del Estado es una sola, de allí que la infracción de la norma penal y administrativa, así como sus correspondientes sanciones, constituye "una misma manifestación del *ius puniendi* del Estado que se articula, con criterios de utilidad, en función de las necesidades concretas de la organización social y política constitucionalmente trazada" (Ruiz Rodríguez: 2000, p. 228). En suma, estamos ante un *ius puniendi* genérico que, como precisa Mestre: "se articula en dos grandes brazos: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador" (Danós Ordóñez: 1995, pp. 149-160; Zúñiga Fernández: 2001, p. XV). Esta consideración ha encontrado su "espaldarazo final" en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Osturk" (Pereira Chumbe: 2001, p. 287; Zúñiga Fernández: 2001, pp. XV-XVI).

70 García Pablos de Molina, A. (2000): *Derecho Penal. Introducción* (p. 33); Zaffaroni, E. R. (1980): *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* tomo I (p. 237); Suay Hernández, B. (1997): "Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador" (p. 918); Ruiz Rodríguez, L. R. (2000): "Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias de la jurisdicción administrativa" (pp. 227-228).

Ahora bien, dejando constancia que, aunque ambas parcelas del ordenamiento protegen bienes jurídicos (Abanto Vásquez: 1997, pp. 80-81; Ruiz Rodríguez: 2000, p. 229), resulta evidente que la estimación, la forma en que se protegen los bienes jurídicos y las consecuencias que acarrea su lesión o puesta en peligro varía en ambas ramas.

El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico cuyas consecuencias resultan más graves para el infractor de la norma, motivo por el cual su utilización deberá limitarse a la represión y prevención de aquellas conductas que afecten más gravemente los bienes jurídicos estimados como más valiosos (principio de intervención mínima). Por el contrario, el Derecho Administrativo Sancionador interviene ante conductas lesivas a bienes jurídicos de menor entidad o ante conductas que suponen un menor grado de lesividad (Abanto Vásquez: 1997, p. 81).

Esto, a primera vista, podría llevarnos a afirmar que la diferenciación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador es de índole cuantitativa, no obstante, aunque afirmemos que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador derivan de un único *ius puniendi*, como bien afirma Abanto Vásquez, la sanción penal supone un innegable "reproche ético social" (1997, p. 81), con lo que la diferenciación alcanza también el ámbito cualitativo (Roxin: 2008, p. 73).

De esta afirmación no se puede desprender, como pretende hacer García Cavero (1999, p. 230), que el papel que el Derecho Penal asume frente al Derecho Administrativo Sancionador es meramente accesorio, con lo cual los criterios de determinación de la responsabilidad, límites, principios y alcances del Derecho Penal se encontrarían vinculados a los propios del Derecho Administrativo Sancionador. Y es que, en verdad, la supuesta accesoriedad del Derecho Penal constituye una metáfora conceptual.

Desarrollando esta idea, debemos tener presente que el hecho de trazar identidades cualitativas entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador y marcar las diferencias, no solo en el plano cuantitativo, no tiene por qué significar que una de estas ramas prime sobre la otra. Por otro lado, el hecho de limitar, a partir de principio de intervención mínima y subsidiariedad, la actuación punitiva no supone una degradación del Derecho Penal y su importancia. Por el contrario, significa resaltar la función propia del Derecho Penal en el Estado Democrático de Derecho, sintetizada en la protección fragmentaria y subsidiaria de bienes jurídico-penales merecedores y necesitados de protección.

IV. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVO-SANCIONADORA Y DISCIPLINARIA

Si partimos de la idea que entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador (y el Derecho Disciplinario) existe una diferencia, aunque no únicamente, básicamente de gradación, tendremos que en muchas ocasiones la intervención del Derecho Penal se encontrará supeditada a la intervención previa del órgano administrativo sancionador que lleve a determinar si el hecho constituye una mera infracción administrativa o un auténtico comportamiento delictivo.

Para superar estos inconvenientes se ha buscado establecer criterios que permitan diferenciar el ilícito penal del ilícito administrativo. Y es que en el ámbito de la actuación penal y administrativa sancionatoria y disciplinaria se han producido innumerables inconvenientes en la delimitación de sus respectivos ámbitos de acción, produciéndose la posibilidad, bastante marcada, que un mismo hecho provoque simultánea o secuencialmente la intervención del sistema de justicia penal y de la administración estatal y, consecuentemente, la posibilidad de violar el principio de "*non bis in idem*".

Los criterios que pueden ser utilizados para lograr dicha diferenciación son de orden subjetivo o cualitativo u objetivo o cuantitativo.

Los criterios de índole subjetivo subrayan la fase interna de la conducta y recurren a la incorporación de elementos subjetivos adicionales. Es de resaltar que la utilización de esta clase de criterios, como bien subraya el profesor Abanto Vásquez, poco aporta en la tarea de diferenciar el hecho de contenido penal del mero ilícito administrativo al exigir la presencia de elementos subjetivos adicionales frente a conductas dolosas, en las cuales la intención del agente de lesionar o poner en peligro el bien jurídico quede contenida en referencias legales expresas. Por el contrario, los elementos adicionales de orden interno (*animus*) suponen una dificultad pocas veces superables en el ámbito probatorio.

Por estas razones resulta preferible, en aras de lograr la correcta diferenciación: "delito - ilícito administrativo", la utilización de criterios de orden objetivo. Una "cláusula de gravedad" o, en todo caso, una "cláusula administrativa" podrían ser esos instrumentos de orden objetivo a los que hacemos referencia (Abanto Vásquez: 2000, p. 190).

La utilización de una "cláusula de gravedad" fue, ya en 1970, recomendada por la Comisión alemana de expertos para concretar los tipos penales que resguardaban la competencia y su empleo como elemento típico exige su apreciación por parte del juez o el fiscal, contribuyendo a evitar su utilización como "arma", por ejemplo, frente a los competidores (Abanto Vásquez: 2000, pp. 190-191).

Por otra parte, a través de la "cláusula administrativa" se podría hacer que la autoridad administrativa verifique previamente los requisitos para la persecución punitiva. Esta solución, como ha puesto de manifiesto Abanto Vásquez, se encuentra adecuada a la complejidad de las materias objeto de regulación (2000, p. 191).

En nuestro país dicha cuestión ha sido respondida de diversas maneras, por lo que podríamos hacer referencia a un modelo mixto (Abanto Vásquez: 2000, p. 188).

En algunos sectores del ordenamiento penal económico nacional se incorporan **elementos adicionales al tipo**, algunos de orden objetivo, otros de orden subjetivo. Así, por ejemplo, el ahora derogado delito de abuso de poder económico (Art. 232 C.P.) exigía la presencia de "dolo" y "grave perjuicio para el interés económico general" (Abanto Vásquez: 2000, p. 188).

Para otras conductas la diferencia se marca en el **nivel cuantitativo**, estableciéndose una cuantía que permite distinguir la infracción administrativa de la conducta delictuosa. Así, por ejemplo, en materia aduanera, mediante el Decreto Legislativo N° 1111 [Decreto Legislativo que modifica la ley de los delitos aduaneros - Ley N° 28008], se incorporó una cláusula que establece que constituyen infracciones administrativas las conductas establecidas en los artículos 1 (contrabando), 2 (contrabando fraccionado), 6 (receptación aduanera) y 8 (tráfico de mercancías prohibidas o restringidas), cuando el valor de las mercancías no exceda de 4 unidades impositivas tributarias. De manera que la ley reprime la conducta, dependiendo de la cuantía en el monto objeto de afectación; si es superior a las 4 UIT será ilícito penal y deberá intervenir el Derecho Penal, si es igual o inferior a las 4 UIT se tratará de una infracción administrativa objeto de reproche a través del Derecho Administrativo Sancionador.

Un tercer grupo de delitos utiliza la **actuación administrativa previa** para lograr la diferenciación entre delito e ilícito administrativo. Esa es la ruta seguida por nuestro CP en los delitos contra los derechos intelectuales, venta fraudulenta de bienes y los delitos tributarios (Abanto Vásquez: 2000, pp. 188-189). Así, por ejemplo, en el caso de los delitos tributarios, el Dec. Leg. N° 813 [*Ley Penal Tributaria]* establece como requisito de procedibilidad de la formalización de la investigación preparatoria por parte del Ministerio Público, la existencia de un informe previo y motivado por parte del órgano administrador del tributo, esto es, la Sunat (informe de indicios de delito tributario).

Finalmente, en otros tipos penales propios parece que el legislador hubiese considerado que la conducta, por su especial grado de dañosidad, merece siempre encontrarse sujeta al reproche ético-social que corresponde al Derecho Penal.

En esta línea se ubica el abuso de información privilegiada, la quiebra fraudulenta y los delitos financieros (Abanto Vásquez: 2000, p. 189).

Ahora, aunque parece resultar más dificultoso encontrar ejemplos de este tipo en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, sí es posible reconocer supuestos de incorporación de **cláusulas de gravedad**, como ocurren con la referencia al "daño al servicio" previsto en el delito de abandono de cargo (artículo 380 del CP) o la mención a la "afectación al servicio o la función encomendada" en el delito de malversación de caudales (artículo 389 del CP), y de utilización de **elementos subjetivos adicionales**, como ocurre con la exigencia de que el comportamiento haya sido realizado "a sabiendas" del delito de avocamiento indebido (artículo 410 del CP).

V. EL TRASLADO DE LOS PRINCIPIOS PENALES AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DISCIPLINARIO

Es ciertamente conocido que, en los últimos años, los principios y garantías propias del Derecho Penal han venido siendo trasladados al Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario en el entendimiento de que constituyen manifestaciones de la facultad sancionadora del Estado y a la naturaleza restrictiva de derechos que poseen las sanciones administrativas y disciplinarias (Remoti Carbonell: 2013, p. 209).

En ese contexto ha surgido un reconocimiento doctrinal y jurisprudencial de ciertos principios informadores del Derecho Penal (principio de legalidad, "*non bis in idem*", culpabilidad, etc.) en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y del Derecho Disciplinario que –sin llegar al nivel de garantía propio del Derecho Penal (Arroyo Zapatero: 1998, p. 6)– muestran una importante sensibilización a favor de la instrumentalización de un Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario más sensible y garantista.

Este reconocimiento ha adquirido carta de naturaleza en el Perú con la Ley N° 27444 [Ley del Procedimiento Administrativo General] (Gómez Iniesta: 1997, p. 225)[71], que constituyó en su momento un importante avance en la ruta por dotar a nuestro sistema administrativo sancionatorio de las garantías que lo hagan compatible con el modelo estatal asumido constitucionalmente. En el Título Preliminar de la LPAG se prevé una serie de principios administrativos entre los que destacan el principio de legalidad y del debido procedimiento, dejando, no

71 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* (Separata Especial), el 11 de abril de 2001.

obstante, campo para la aplicación de otros principios no citados taxativamente por el legislador.

A continuación, informaremos el proceso de traslado de dichos principios.

1. El principio de legalidad

El punto de partida en dicho proceso de traslado, como es lógico, vino constituido por el principio de legalidad administrativa, previsto ya desde el artículo 25.1 de la CE en virtud del cual "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o **infracción administrativa**, según la legislación vigente en aquel momento". Y es que no solo en materia penal es necesario que los ciudadanos conozcan lo que está prohibido y ordenado (Gómez Iniesta: 1997, p. 225) y que además sepan qué sanción corresponde a cada infracción.

En nuestro país dicho reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional (de aquí en adelante, TC) es de data más reciente (Danós Ordóñez: 1995, p. 150) y se deriva implícitamente del contenido del artículo 2.24, literal d), de la Constitución Política. Ya desde la STC del 16 de abril de 2003 [Exp. N° 2050-2002-AA/TC, Lima] se reconoce expresamente que:

> "Los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del Derecho Sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del Derecho Penal, sino también en el del Derecho Administrativo Sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la ley".

El TC ha insistido en reconocer que el principio de legalidad tiene alcance extensivo y comprende toda manifestación del poder sancionatorio del Estado. En ese sentido, la STC del caso "Tineo Cabrera" [STC del 08 de agosto de 2012, Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, Lima] señala al respecto que:

> "Este principio constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales y un criterio rector en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado democrático: *nullum crimen,* nulla poenasine previa lege [...]. Tal principio-derecho a la legalidad sancionatoria está reconocido en la Constitución del Estado en su artículo 2, inciso 24, literal d) [...] En mérito de ello, en la STC 00010-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional estableció que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén

claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones".

En ese sentido, la jurisprudencia del TC peruano ha reconocido la aplicabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario de los diversos subprincipios que componen el principio de legalidad. En ese sentido apreciaremos referencias al principio de reserva de ley, tipicidad-taxatividad y el principio de irretroactividad de la ley administrativa.

El principio de legalidad administrativa es recogido normativamente en el artículo 248.1 de la LPAG (TUO) y establece –como exigencia para que se delegue a las entidades de la Administración la facultad de establecer los ilícitos y sus consecuencias– *la existencia de norma con rango de ley* que así lo disponga, restringiendo asimismo la posible utilización de la privación de libertad como instrumento coercitivo de la administración estatal. En el ámbito de las contrataciones públicas, el principio de legalidad se encuentra reconocido en el literal a) del artículo 5.1 de la Ley N° 32069 (Ley General de Contrataciones Públicas).

La referencia a la *reserva de ley* como elemento del principio de legalidad se aprecia con claridad absoluta cuando apreciamos la STC del 16 de abril de 2003 (Exp. N° 2050-2002-AA/TC) en la que se afirma que el principio de legalidad sancionatoria "impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley".

Ahora, esta referencia a la noción de reserva de ley –como señala el TC (Exp. N° 00002-2021-PI/TC, votos de Miranda, Ledesma y Espinosa-Saldaña)– *no es absoluta*, pues la norma administrativo-sancionatoria "puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos". Esta declaración ha sido cuestionada por considerarse que debilita significativamente el principio de legalidad (Pereira Chumbe: 2001, p. 295).

El principio de legalidad administrativa, así configurado y orientado claramente hacia la idea de *reserva de ley*, aparece vacío de contenido y se erige como una mera declaración banal y que de nada sirve al administrado o al funcionario público (en el caso del Derecho Disciplinario) (Morón Urbina: 2023, p. 49). Vemos, en todo caso, un ejemplo claro de falta de sintonía entre la visión administrativista del principio de legalidad y la que proporciona el Derecho Penal.

En efecto, la visión administrativista del principio de legalidad diferencia claramente entre el principio de legalidad (como reserva de ley) con el principio de tipicidad (como taxatividad) y de irretroactividad, en tanto que la visión jurídico

penal del mencionado principio entiende que estos últimos son manifestaciones particulares (o sub principios) del principio de legalidad penal.

Esta disociación administrativa entre el principio de legalidad y el de tipicidad se aprecia con claridad en la STC 16 de abril de 2003 (Exp. N° 2050-2002-AA/TC) en la que señala que "no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta". Esta postura ha sido reiterada por el TC en el Exp. N° 00002-2021-PI/TC en la que afirman "no es posible identificar al principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta" (votos de Miranda, Ledesma y Espinosa-Saldaña).

Un desarrollo más prolijo se reconoce en la STC del 25 de abril de 2018 (Exp. N° 00020-2015-PI/TC) que, recogiendo los planteamientos de la STC del 16 de abril de 2003 (Exp. N° 2050-2002-AA/TC), distingue con claridad el principio de legalidad y sus subprincipios de tipicidad o taxatividad.

2. El principio de tipicidad-taxatividad en el Derecho Administrativo

El artículo 248.4 de la LPAG describe el principio de tipicidad administrativa, prohibiendo la analogía o interpretación extensiva en materia administrativo-sancionadora. Se trata, en buena cuenta, de la regla de taxatividad propia del principio de legalidad penal.

En ese contexto, se aprecian referencias al principio de taxatividad en la STC del 11 de octubre de 2004 (Exp. N° 2192-2004-AA, Tumbes) que establece:

> "El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de **que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal**".

La noción de taxatividad administrativa (y disciplinaria) supone –como ya ha advertido el TC (Exp. N° 00002-2021-PI/TC, votos de Miranda, Ledesma y

Espinosa-Saldaña)– la prohibición de "tipos legales genéricos". En virtud de esta precisión, en el mencionado fallo se destaca que los "estándares deontológicos de conducta (...) son insuficientes, por si solos, para sancionar, pues aunque se puedan interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son 'tribunales de honor' y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de 'responsabilidad objetiva del administrado".

El traslado de esta exigencia al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y, en particular, al Derecho Disciplinario, constituye un logro particularmente relevante, considerando que hasta hace unas pocas décadas atrás se podía advertir que la ausencia de taxatividad y certeza parecía ser una de las notas distintivas de la descripción de los comportamientos sancionados a través del Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario[72].

3. La cuestión de las normas administrativas sancionatorias (y disciplinarias) en blanco

Pese a la referida disociación entre los componentes del principio de legalidad, las relaciones se hacen evidentes cuando se aprecia la discusión sobre la procedencia de remisiones normativas y la admisibilidad de las normas administrativas sancionadoras y disciplinarias en blanco, aspecto sobre los que no parecen existir diferencias con el tratamiento que se otorga en el ámbito del Derecho Penal.

En ese contexto, la STC correspondiente al Exp. N° 00002-2021-PI/TC (votos de Miranda, Ledesma y Espinosa-Saldaña) reconoce que la delegación legislativa en el ámbito administrativo-sancionatorio y disciplinario responde a la necesidad de "regular aspectos técnicos muy específicos". No obstante, esa facultad de delegación normativa no supone prescindir de la exigencia de que la ley administrativa fije "lo esencial de la conducta constitutiva de ilícito, así como contener los parámetros que impidan un ejercicio discrecional de la potestad reglamentaria atribuida a la Administración". Esta idea se encuentra ya referida en la STC del 11 de octubre de 2004 (Exp. N° 2192-2004-AA, Tumbes) que subraya la necesidad de que el reenvío a normas administrativas sancionatoria cumpla con satisfacer las exigencias de determinación y precisión propias del principio de legalidad:

72 En ese sentido, Roxin, C. (2008): *Derecho Penal. Parte General,* tomo I (p. 75); Maggiore, G. (1971): *Derecho Penal. Parte General,* vol. I (p. 50); Jiménez de Asúa, L. (1964): *Tratado de Derecho Penal,* tomo I (pp. 46-47); Fontán Balestra, C. (1970): *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* tomo I (p. 63).

"6. En el presente caso, la resolución impugnada que establece la máxima sanción posible en vía administrativa, es decir, la destitución de los recurrentes, tiene como respaldo legal el artículo 28, incisos a) y d) del Decreto Legislativo N° 276, que establece que: '(...) son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; y d) La negligencia en el desempeño de las funciones'.

7. Este Tribunal considera que las dos disposiciones invocadas en la resolución que establece la destitución de sus puestos de trabajo de los recurrentes, **son cláusulas de remisión que requieren, de parte de la administración municipal, el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución**, conforme a los criterios desarrollados en los fundamentos precedentes".

4. El principio de irretroactividad de la ley administrativa sancionatoria y disciplinaria

Otra de las expresiones del principio de legalidad administrativo-sancionatoria es la irretroactividad administrativa, previsto en el artículo 248.5 de la LPAG y guarda identidad con el principio de irretroactividad en materia penal previsto en el artículo 6 del CP peruano.

Sobre este principio no existen divergencias de tratamiento en el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario.

5. La garantía de *non bis in idem*

El "*non bis in idem*" es un principio general del Derecho (Danós Ordóñez: 1995, p. 155) que se encuentra vinculado íntimamente al principio de legalidad conforme lo ha dejado sentado el TC español mediante la sentencia 77/1983 (fundamento jurídico cuarto) y prohíbe que la persona pueda ser juzgada dos veces por un mismo hecho.

En nuestra legislación administrativa, la garantía de "*non bis in idem*" ha sido reconocida en el artículo 248.11 de la LPAG, que constituye uno de los principios con mayor relevancia en la práctica jurídico-penal. Conforme a dicha disposición legal: "No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente

una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento".

La persecución sancionatoria múltiple (penal, administrativa o penal-administrativa), como acertadamente indica Urquizo Olaechea: "afecta la seguridad jurídica individual, en cuanto se tiene incertidumbre sobre la intervención del ordenamiento jurídico. La doble persecución carga con el estigma de inseguridad respecto de la validez de un primer resultado y sus alcances frente a una resolución judicial o administrativa" (2000, pp. 134-135).

La posibilidad de ser doblemente perseguido, como bien ha manifestado Gómez Iniesta: "no es un fenómeno nuevo ni único, sino que es consecuencia de la hipertrofia sancionadora administrativa" (1997, p. 235) que permite reconocer múltiples situaciones de confluencia y superposición regulatoria (penal-administrativa), que pueden derivar en situaciones de *bis in idem* inaceptables en un Estado de Derecho.

5.1. Pautas de solución en casos de persecución paralela penal-administrativa sancionatoria (disciplinaria)

No es nuestro interés abordar situaciones de doble persecución sancionatoria horizontal, es decir, cuando exista doble persecución penal o doble persecución administrativa sancionatoria y disciplinaria, sino cuando exista una doble persecución sancionatoria vertical (penal-administrativa/ sancionatoria). En estos casos particulares, se generarán dificultades para definir cómo se solucionarían los casos de coexistencia de procedimientos penales y administrativo-sancionatorios.

5.1.1. Primera regla: predominio de la persecución penal sobre la persecución administrativa

Una primera regla debería ser la de predominio de la persecución penal sobre la persecución administrativa. En virtud de esta idea, la persecución administrativa deberá ceder frente a la actuación persecutoria en sede penal. Esta regla tiene una doble justificación, una de tipo sistémico, y otra de corte procesal-constitucional.

En virtud de la **justificación sistémica** el predominio de la persecución penal sobre la persecución administrativa permite "mantener la coherencia a nivel de los dos ordenamientos: el penal y el administrativo" (Urquizo Olaechea: 2000, p. 135). La coherencia constituye un atributo relevante de todo sistema jurídico en la medida en que favorece la seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones estatales.

La **justificación procesal constitucional** guarda relación con los estándares que se asignan al proceso penal en comparación con aquellos que corresponden al procedimiento administrativo sancionador y disciplinario. Indica Urquizo Olaechea que "en el proceso penal se desarrollan todas las garantías y mecanismos de seguridad jurídica" (2000, p. 135) que permitirían al ciudadano sometido a persecución múltiple, en mejor posición con relación al procedimiento administrativo sancionador (disciplinario).

El modelo de predominio de la persecución penal sobre la administrativa sancionatoria y disciplinaria ha sido implementado en diversos modelos legislativos. En ese contexto, podemos referir el modelo adoptado por el legislador penal español con relación al delito de abuso de información privilegiada. El artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores española[73] prevé la paralización del procedimiento administrativo sancionador ante hechos con contenido penal[74].

En el caso peruano tenemos tratamientos disímiles. Por ejemplo, el Código Tributario no solo es indiferente respecto a la doble persecución, sino que promociona el "bis in idem". El CT, en su artículo 192, señala: "(...) La Administración Tributaria, cuando en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen indicios de la comisión de delito tributario y/o aduanero, o estén encaminados a dicho propósito, lo comunicará al Ministerio Público, sin que sea requisito previo la culminación de la fiscalización o verificación, *tramitándose en forma paralela los procedimientos penal y administrativo.* (...)".

Distinta en cambio es la posición adoptada en la esfera administrativa sancionadora de los procedimientos concursales, la Ley de fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial en su momento estableció una serie de disposiciones para evitar la doble sanción[75].

---

73 "El ejercicio de la potestad sancionadora, claro está, será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta ley sea racionalmente imposible, el procedimiento sancionador quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial penal. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento".

74 Al respecto, Ruiz Rodríguez, L. R. / Reyna Alfaro, L. M. (2001): *La regulación penal del mercado de valores*, (*passim*); Ruiz Rodríguez, L. R. (2000): "Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias de la jurisdicción administrativa" (p. 242); Reyna Alfaro, L. M. (2000): "La utilización abusiva de información privilegiada en el Derecho Penal. Análisis del tipo de injusto del artículo 251-A del Código Penal peruano" (p. 92); Gómez Iniesta, D. (1997): "Sanciones administrativas y penales. Especial consideración a la manipulación de cotizaciones y a la utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores '*insider trading*'" (pp. 235-239).

75 No obstante, el legislador ha incurrido en una grave omisión al no especificar qué es lo que ocurre cuando el proceso penal no culmina con un pronunciamiento sobre la responsabilidad del agente; al

5.1.2. Segunda regla: conexión sancionatoria penal-administrativa

Una segunda regla de solución es la de conexión sancionatoria penal-administrativa, en virtud de la cual la persecución sancionatoria múltiple debe ser vedada o rechazada cuando existe una *íntima relación* de la infracción administrativa con la comisión de un delito, que determina la dependencia de la sanción administrativa a la previa verificación de un comportamiento delictivo. En ese sentido, la STC del 19 de noviembre de 2020 (Exp. N° 3285-2017-PA/TC, Tumbes) que refiere lo siguiente:

> "En el caso de autos sucede una situación particular, pues la infracción muy grave, utilizada para la expulsión del recurrente de su centro de formación, **está íntimamente ligada a la comisión de un delito**, es decir, la infracción de 'estar incurso en la comisión de delito' solo debe ser utilizada cuando, en el ámbito penal, se haya demostrado definitivamente estar incurso en la comisión de un delito".

5.2. Incidencia de la sanción administrativa en la pena

La doctrina del TC ha reconocido la trascendencia que puede tener la imposición de la sanción administrativa (y disciplinaria) en la imposición eventual de la pena. En ese sentido, la STC del 13 de setiembre de 2010 (Exp. N° 00361-2010-PA/TC, Lima) señala que es "indispensable que la sede penal se encuentre vinculada por el principio de proporcionalidad, de modo que al imponer la respectiva **sanción penal** o sus penas accesorias se pueda considerar también, entre otros factores que concurran, la **sanción administrativa** ya impuesta". Esto supone, en buena cuenta, que la dosimetría penal por los órganos jurisdiccionales deberá ponderar las sanciones administrativas o disciplinarias impuestas al agente.

6. El principio de culpabilidad o de prohibición de la responsabilidad administrativa objetiva

El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario aparece como un intento por hacer desaparecer cualquier rastro de responsabilidad objetiva en dicha rama del ordenamiento jurídico (Gómez Tomillo-Pardo Álvarez: 2001, *passim*), por lo que se recurre a exigir, para la verificación de un ilícito administrativo, la presencia de dolo o culpa en la acción u omisión.

---

respecto, véase: García Cavero, P. (1999): "Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales" (p. 238).

Si partimos del contenido del artículo 12 del CP[76], tendremos que el elemento subjetivo predominante en el Derecho Penal es el dolo, circunstancia que difiere notoriamente del estado de cosas en el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Disciplinario. En esta línea de argumentación, resultan correctas las palabras de Gómez Tomillo-Pardo Álvarez: "hay que subrayar la diversa significación que dolo y culpa poseen en el Derecho Administrativo Sancionador y en el Derecho Penal. Mientras que en este último sector del ordenamiento jurídico, el hecho doloso constituye el punto de partida originario de las prohibiciones jurídico penales y el culposo, pese a su creciente significación, es un importante fenómeno, pero secundario, la relación se invierte en el Derecho Administrativo" (2001, *passim*).

No es de extrañar, por tanto, la declaración contenida en la STC correspondiente al Exp. N° 00002-2021-PI/TC (votos de Miranda, Ledesma y Espinosa-Saldaña) en el sentido de que en Derecho Penal "es más sencillo apreciar cómo opera este principio".

Esas dificultades han sido intensificadas normativamente como consecuencia de la fórmula adoptada por el artículo 248.10 de la LPAG (TUO) que establece que "la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva".

La misma regla adopta el artículo 92.1 de la LGCP que establece: "La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en el artículo 87 es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta". Incluso, en el caso de los consorcios, la LGCP (artículo 92.5) reconoce la regla de responsabilidad personal ("la sanción recae sobre el integrante que haya incurrido en algunas de las infracciones tipificadas (...) Tratándose de declaraciones juradas y toda información presentada en el procedimiento de selección, sólo involucra a la propia situación de cada integrante").

Con estas declaraciones normativas, el legislador peruano ha optado por adoptar un **principio de culpabilidad administrativa y disciplinaria limitado** que ha sido lamentablemente homologado por el TC al no objetar su constitucionalidad (Exp. N° 00002-2021-PI/TC).

En efecto, el TC (posición asumida por Miranda, Ledesma y Espinosa-Saldaña) –luego de reconocer que la responsabilidad prevista en la LPAG

76 "Las penas establecidas por ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por ley".

es subjetiva– entiende que la regla de excepcionalidad de la responsabilidad objetiva no es, por sí misma, inconstitucional, pues se encuentra sometida a los diversos principios que limitan la potestad sancionatoria de la Administración Pública. Frente a ello deberían ser los tribunales de justicia constitucional o contencioso-administrativa los que deberán verificar el cumplimiento de los principios de la justicia sancionatoria (voto de Ledesma).

La postura adoptada por Sardón de Taboada, Blume y Ferrero asume, correctamente desde nuestra posición, la inconstitucionalidad de cualquier expresión de responsabilidad sancionatoria objetiva. Las razones son ciertamente plausibles: (i) homologar la responsabilidad sancionatoria objetiva prevista en la LPAG implicaría la vulneración del principio lógico de no contradicción en la medida en que en el mismo ordenamiento jurídico se habilitarían eximentes de responsabilidad basadas en la ausencia de culpabilidad del infractor; y, (ii) homologar la responsabilidad sancionatoria objetiva prevista en la LPAG implicaría contradecir la marcada línea de jurisprudencia constitucional que incluye al principio de culpabilidad como uno de los principios básicos del Derecho Sancionador.

Ahora, las dificultades para asumir el principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Disciplinario no generan sorpresas si consideramos la existencia de planteos en los que se sostiene que el principio de culpabilidad solo opera en el ámbito penal.

7. El principio de causalidad o responsabilidad por el hecho propio

Más adelante, el legislador ha desarrollado el principio de causalidad administrativa, que impide responsabilizar a terceros ajenos a la conducta prohibida (artículo 248.8. de la LPAG; literal f del artículo 5.1 y el artículo 100.1 de la LGCP).

Esta regla, plausible por expresar la regla de responsabilidad personal (o por el hecho propio), lamentablemente se contradice con esquemas de *solidaridad* en la responsabilidad administrativa como el previsto en el artículo 251.2 de la LPAG que establece que "cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, **responderán en forma solidaria** de las infracciones que, en su caso, se cometan, y de las sanciones que se impongan".

Esta regla de solidaridad, conforme expresa Pereira Chumbe, supone también la vulneración del principio de culpabilidad por constituir una expresión de responsabilidad objetiva (Pereira Chumbe: 2001, p. 297).

8. Estado de la cuestión

El reconocimiento gradual de los principios y garantías propio del Derecho Penal en el Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario comparado[77] parece no haber alcanzado plenitud, conforme parece evidenciar también nuestra realidad normativa y jurisprudencial.

Tal situación se ha evidenciado principalmente con relación al recién examinado principio de culpabilidad administrativa y disciplinaria (limitada) en el que se admiten diversas expresiones de responsabilidad objetiva. En ese contexto, a la par de la declaración hecha en la LPAG, otras normas administrativo-sancionatorias y disciplinarias reconocen que la potestad sancionatoria del Estado puede sostenerse en clave exclusivamente objetiva.

En el ámbito de las contrataciones y adquisiciones estatales tenemos el artículo 50.3 de la Ley de Contrataciones del Estado (TUO de la Ley N° 30225) que establece expresamente el predominio de la responsabilidad objetiva y el carácter excepcional de la responsabilidad subjetiva.

Por otra parte, el artículo 18 de la Ley Nacional del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Ley N° 29325) establece que la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental y de las normas ambientales y mandatos o disposiciones emitidos por la OEFA es *objetiva*.

VI. RÉGIMEN DE SANCIONES (ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS)

En ciertas parcelas del orden jurídico ha sido una constante la prédica de eficacia de las sanciones administrativas y disciplinarias en la represión del ilícito

77 Esta es, como señala Danós Ordóñez: "la tónica general en el Derecho europeo, en países como Alemania, Francia, Italia, Portugal y Suiza, en los que ya sea la legislación o jurisprudencia han dispuesto la aproximación del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal, tendencia que ha sido reforzada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"; véase, Danós Ordóñez, J. (1995): "Notas acerca de la potestad sancionadora" (p. 152). Es por este motivo que, por ejemplo, en la doctrina española, hoy ya no resultan tan válidas las expresiones de García de Enterría, quien hace más de veinte años atrás precisaba: "(...) frente al afinamiento de los criterios y los métodos del Derecho Penal, el Derecho Sancionatorio Administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo, primario y arcaico (...). Sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo Sancionatorio es un derecho represivo pre-beccariano"; García de Enterría, E. (1976): "El problema jurídico de las sanciones administrativas" (p. 409).

administrativo que –eventualmente– podrían suponer la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Esta circunstancia hace necesaria nuestra referencia a las sanciones en el Derecho Administrativo y el Derecho Disciplinario.

Las sanciones administrativas, en función de su finalidad, pueden ser clasificadas así: sanciones administrativas de autoprotección; y, sanciones administrativas de protección del orden general.

Las **sanciones administrativas de autoprotección** vienen a ser aquellas que se refieren al orden interno y organización de la Administración Pública y que serían expresión del Derecho Disciplinario. Las **sanciones administrativas de protección del orden general**, en cambio, pretenden el control del orden social general. Las primeras castigan infracciones *ad intra*, es decir aquellas cometidas por los agentes o servidores públicos, en tanto que la segunda reprime ilícitos *ad extra,* esto es, por los administrados.

Esta distinción, hoy en día, carece de fundamento necesario, pues tanto las infracciones internas como las externas constituyen en realidad ataques al orden jurídico general (Danós Ordóñez: 1995, pp. 156-157).

Con relación a su contenido, Blanca Lozano ha propuesto la clasificación de **sanciones administrativas personales** y **sanciones administrativas reales**. Las **sanciones administrativas personales** suponen la suspensión o restricción de derechos o actos de reproche (por ejemplo, la clausura de locales, la amonestación, etc.). Las **sanciones administrativas reales** vienen a ser aquellas de orden estrictamente pecuniario (por ejemplo, la sanción de multa y el comiso). Es evidente que, de ambas, las sanciones administrativas personales han sido las que mayor aceptación han venido teniendo (Danós Ordóñez: 1995, p. 157).

Otra clasificación de las sanciones administrativas diferencia entre **sanciones principales y accesorias**. En este caso, es el ordenamiento administrativo el que establece cuáles son las sanciones administrativas principales y las accesorias (Danós Ordóñez: 1995, p. 157).

Dentro del arsenal de sanciones administrativas, no se puede negar que la multa ha resultado una de las principales abanderadas de la llamada "administrativización del Derecho Penal" y es que para muchos autores la eficacia práctica de estas sanciones abona a favor del mero recurso al Derecho Administrativo Sancionador (Abanto Vásquez: 2000, p. 197).

Algunas normas administrativas, como indica Danós Ordóñez, distinguen entre la multa-coercitiva y la multa-sanción. La multa-coercitiva busca compeler al administrado para que cumpla con una obligación, de allí que una de sus características sea la posibilidad de repetición periódica; sin embargo, la multa-coercitiva

más que una sanción parece tratarse de una medida de coerción para lograr la ejecución del acto administrativo (1995, pp. 157-158).

VII. EPÍLOGO

Las potestades de la Administración Pública se han venido incrementando súbitamente en los últimos años y es que, ante requerimientos de eficacia, un sistema de sanciones como el administrativo y el disciplinario resulta sumamente útil en la medida en que originariamente fue concebido como ayuno de garantías.

Ante este avance del Derecho Administrativo Sancionador y del Derecho Disciplinario, la doctrina penal se ha visto en la imperiosa necesidad de establecer límites entre dichas ramas del ordenamiento jurídico y el Derecho Penal, es así que un sector de la doctrina se ha decantado a favor de una diferenciación meramente cuantitativa, en tanto que otros autores apuestan por marcar los límites cualitativamente.

Hemos indicado que el Derecho Administrativo Sancionador, en sus orígenes, fue concebido como una rama del ordenamiento falto de garantías, empero, hoy en día vemos el traslado continuo de principios y garantías del Derecho Penal al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.

§

SEGUNDA PARTE

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I

CAPÍTULO I

EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

ARTÍCULO 384° DEL CÓDIGO PENAL

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA

El delito de colusión desleal viene descrito por el artículo 384° del Código Penal que, en su redacción vigente conforme a la Ley N° 31178 del 28 de abril de 2021, señala lo siguiente:

> **"Artículo 384°. Colusión simple y agravada**
>
> El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
>
> El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.
>
> La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:
>
> 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
> 2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes,

efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional".

Estamos frente a uno de los delitos más frecuentes dentro de la praxis forense de los delitos contra la Administración Pública. Esto, sin duda, porque se trata de un tipo penal cuya operatividad se vincula fundamentalmente con los procedimientos de contratación pública que –como ponen de relieve Morón Urbina-Aguilera Becerril (2017, p. 17)– constituyen un mecanismo central para el cumplimiento de una serie de actividades estatales que, en diversos sectores, buscan la satisfacción de las necesidades esenciales de los ciudadanos. Precisamente por ese motivo tienen un impacto significativo en el desarrollo y en la economía nacional.

En ese contexto es que la contratación pública se constituye en un sector particularmente expuesto a riesgos de naturaleza penal, pues –como indica el maestro Gustavo Bacacorzo (2000, p. 329)– la Administración Pública es "el mayor consumidor y el cliente más importante en cada país". Este dato ha sido puesto de relieve recientemente por Morón Urbina-Aguilera Becerril (2017, p. 18).

Pues bien, lo indicado es particularmente importante en ciertos sectores económicos (como el sector construcción), en los que el Estado ostenta un rol relevante como actor económico y en el que –por cierto– la casuística parece confirmar el nivel de exposición al riesgo de corrupción.

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Los antecedentes legislativos en esta materia en realidad son de difícil ubicación por tratarse nuestro tipo penal de colusión de un ilícito con características *sui generis*, por ello es incorrecto que se indique –como hace Rojas Vargas (2001, p. 239)– como antecedente de nuestra regulación del delito de colusión el artículo 265° del Código Penal argentino, pues esa referencia de Derecho comparado se refiere al delito de negociaciones incompatibles que en nuestro Estatuto Penal se ubica en el artículo 399° del Código Penal nacional (Abanto Vásquez: 2001, p. 261).

III. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO PENALMENTE

§ 1. El específico ámbito de la Administración Pública protegido mediante el tipo descrito en el artículo 384° del Código Penal es el "Patrimonio del Estado"[78] como componente esencial para la implementación de políticas públicas orientadas a la satisfacción de la actividad prestacional que cumple el Estado a favor de los ciudadanos. Esa posición es asumible no solo respecto al tipo agravado –en el que el elemento patrimonial es manifiesto– sino también respecto del tipo penal base.

El tipo base y el tipo agravado proporcionan protección a un mismo bien jurídico –el patrimonio estatal– desde una distinta aproximación en términos de ofensividad. Mientras el tipo base no requiere la verificación concreta de un resultado de lesión patrimonial, sino únicamente la verificación de una situación potencial de riesgo sobre el bien jurídico, en el tipo penal agravado se requiere la constatación material de la lesión al bien jurídico. Esta aproximación tiene una diversidad de consecuencias a nivel probatorio, conforme resaltaremos en líneas posteriores.

§ 2. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido cómo es que el artículo 384° del Código Penal orienta su protección esencialmente hacia los intereses patrimoniales del Estado en tanto instrumento de realización de los fines de la Administración y como herramienta para la prestación idónea de servicios públicos, lo que se reconoce con claridad en diversos elementos del tipo objetivo. En ese sentido, las sentencias casatorias del 11 de marzo de 2024 (Casación N° 758-2023-Puno) y 26 de marzo de 2025 (Casación N° 3280-2023-Junín), por citar algunas de las más recientes.

§ 3. Ahora, la identificación propuesta del bien jurídico no impide reconocer la posibilidad de que la ofensividad del comportamiento delictivo se proyecte periféricamente sobre otros intereses sociales como la libre competencia, en la

78 En forma similar, Abanto Vásquez, M. (2001): *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano* (p. 261); Salinas Siccha, R. (2014): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 273); Castillo Alva, J. L. (2008): "Colusión ilegal" (p. 79); Sánchez Córdova, J. (2020): "La prueba en el delito de colusión" (p. 783); Catalán Sender, J. (1999): *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal* (pp. 306-307); Gimeno Lahoz, R. / Corbella Herreros, T. (1998): "Capítulo 1: Delitos contra la Administración Pública" (p. 121); Mir Puig, C. (2000): *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal* (p. 335); Vizueta Fernández, J. (2013): "Lección 6: Delitos contra la Administración Pública, y 2" (p. 277), aunque incurriendo en la incongruencia de hacer referencia a la infracción de los deberes de gestión y utilización eficiente de los recursos públicos; cercano, incorporando otros elementos periféricos, Pariona Arana, R. (2017): *El delito de colusión* (p. 25); Prado Saldarriaga, V. (2020): *Derecho Penal. Parte Especial. Los delitos* (p. 125), quien incorpora la referencia a "la confianza estatal". También, haciendo referencia al "perjuicio público", Portocarrero Hidalgo, J. (1996): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 156).

medida en que podrían reconocerse efectos sobre las posibilidades de acceso al mercado cuando existe un acuerdo colusorio.

Sin embargo, aunque pueda reconocerse un impacto periférico del comportamiento colusorio en la libre competencia, particularmente con relación a las modalidades competitivas de la contratación pública, no podemos incorporarlo dentro del contenido del bien jurídico penalmente tutelado.

El efecto periférico que tiene la colusión desleal sobre la libertad de competencia no puede llevar a considerarle dentro de los contornos del bien jurídico protegido. Hacerlo provocaría dos efectos perniciosos: (i) desde una perspectiva teleológica, llevaría a exigir la verificación del impacto del comportamiento en los competidores; y, (ii) provocaría una riesgosa cercanía con la tutela proporcionada por el Derecho Administrativo en favor de la libre competencia.

El razonamiento antes expuesto resulta también aplicable a aquellas tesis que relacionan el bien jurídico tutelado con diversos principios propios de la contratación pública (como los de objetividad, imparcialidad, transparencia y publicidad, gestión eficiente o de integridad).

§ 4. No es posible considerar, como hace algún sector de la doctrina, que el bien jurídico protegido sea "el correcto ejercicio de la función pública" (Hugo Álvarez: 2000, p. 85) o "la regularidad, el prestigio y los intereses de la Administración Pública" (Rojas Vargas: 2001, p. 240), por las deficiencias que presentan dichos planteos debido a su ambigüedad y su falta de precisión o concreción que dificultarían que el bien jurídico cumpla la función de garantías que le es propia.

Recurrir a este tipo de aproximación al bien jurídico generaría dispersiones que afectarán las visiones estratégicas de corte probatorio que se desarrollen en juicio y provocarán que el proceso penal se construya sobre información irrelevante epistémicamente. En este tipo de visión del bien jurídico, el desvalor del comportamiento parecería orientarse a la mera infracción de la legalidad administrativa. Esta visión no solo confronta directamente el vigor de los principios de legalidad e intervención mínima, sino que genera continuos espacios de intersección y confusión entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario.

§ 5. Finalmente, tampoco son admisibles las posiciones que pretenden –desde su cercanía con aproximaciones funcionalistas radicales– sostener que la tutela penal se dirige a los deberes especiales asignados al funcionario público y las expectativas de asignación eficiente de los recursos públicos que dimanan de los mismos (Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 81).

Respecto a la idea del *deber del cargo* como objeto de tutela penal, esta incurre en una manifiesta confusión de planos: aunque la asignación de deberes asociados al cargo coloca al funcionario o servidor público en una posición preferente respecto al bien jurídico y ello puede ser el factor determinante de la decisión de criminalización del comportamiento, no existe lógica ni motivos para confundir los propios deberes del cargo con los intereses que esos mismos deberes buscan tutelar.

Por otro lado, como hemos insistido en referir persistentemente los deberes no se protegen, sino que –por el contrario– se imponen (Reyna Alfaro: 2004, pp. 147-148).

IV. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL SIMPLE

1. Autoría

El delito de colusión desleal constituye un delito de infracción del deber cuya autoría recae en el funcionario o servidor público que ostente deberes especiales asociados a sus competencias particulares o específicas en el ámbito de la contratación pública en el cual se desempeñe.

El artículo 384° del Código Penal precisa que necesariamente debe existir relación funcional entre el funcionario o servidor público cuando indica que la intervención del funcionario o servidor público debe realizarse "*por razón de su cargo o comisión especial*"[79]. Esta declaración legislativa es sumamente lógica pues resulta evidente que solo será idónea para menoscabar el bien jurídico (el patrimonio estatal, conforme a lo antes expuesto) la conducta del funcionario o servidor público que tenga dentro de sus competencias funcionales intervenir en el procedimiento contractual a nombre del Estado y que, como consecuencia de ello, asuma por tanto la condición de garante de los intereses de la Administración

79 En ese sentido, Abanto Vásquez, M. (2001): *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano* (p. 148); Rojas Vargas, F. (2001): *Delitos contra la Administración Pública* (pp. 240-241); en la doctrina española, Mir Puig, C. (2000): *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal* (p. 336); Orts Berenguer, E. (1996): "Capítulo VIII. De los fraudes y exacciones ilegales (p. 1862); Polaino Navarrete, M. (1997): "Delitos contra la Administración Pública (VIII). Fraudes funcionariales, exacciones ilegales, estafa y apropiación indebida" (pp. 418-419); Jareño Leal, A. (2011): *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública* (p. 127). Por otra parte, omiten en lo absoluto referirse a la necesaria vinculación entre el marco funcional del agente y el acto colusorio, Peña Cabrera Freyre, A. / Frisancho Aparicio, M. (1999): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 285); Ángeles Gonzáles, F. / Frisancho Aparicio, M. (1998): *Código Penal*, tomo VII (p. 3241).

Pública dentro del espacio que se le encuentre asignado dentro de los procesos de contratación (Etxebarria: 1997, p. 207).

Ahora, en los escenarios forenses más habituales, el delito de colusión desleal involucrará al funcionario público responsable de la firma del contrato en representación del Estado; sin embargo, la autoría puede extenderse a los funcionarios públicos que intervengan en otras fases del procedimiento de contratación estatal, incluyendo su ejecución, siempre que tengan poder decisorio en las mismas.

En ese sentido, conforme indica Jareño Leal (2011), el agente público de este delito "debe desempeñar alguna función en la cadena que la Administración pone en marcha para la adjudicación, concesión y ejecución de un contrato público" (p. 127; similar, Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 83), lo que comprende también actividades instrumentales –como las labores de asesoramiento o de elaboración de informes técnicos o especializados, entre otros (Vizueta Fernández: 2013, p. 278)– en tanto tengan conexión directa con el contrato público del cual se trate.

Esta apreciación guarda relación con los derroteros de la doctrina administrativa.

En la doctrina administrativa se observa como una de las exigencias indispensables, a fin de que el contrato administrativo adquiera validez y produzca efectos jurídicos que el funcionario o servidor público que lo suscribe sea *competente* (Garrido Falla: 2002, p. 66), pues solo el funcionario o servidor público competente se encuentra capacitado para expresar –a nombre del Estado– consentimiento contractual. Esta lógica es aplicable a los diversos funcionarios públicos que intervengan en el procedimiento de contratación pública, en cualquiera de sus fases.

2. La conducta material

2.1. El acuerdo colusorio y su relación con el fraude

§ 1. La referencia al *concierto con los interesados* prevista en la primera parte del artículo 384° del Código Penal, alude a la idea de acuerdo colusorio, es decir, el pacto subrepticio, ilegal y perjudicial a los intereses del Estado que adoptan un funcionario público competente en el plano de la contratación pública, con un particular. Se trata entonces de un delito de participación necesaria.

Es completamente irrelevante quien propicia la iniciativa de concertación ilegal (funcionario público o particular), lo trascendente –como correctamente resalta Vizueta Fernández (2013, p. 278)– es que el pacto colusorio se consolide, esto es, que el acuerdo sea adoptado por ambos sujetos. Ese carácter bilateral es el

que permite sostener que se trata de *comportamiento venal doble* (Queralt Jiménez: 2010, p. 1183).

El objeto de la convergencia entre los sujetos, al tener contenido económico –como adecuadamente refiere Polaino Navarrete (2011, p. 351)– excluye aquellas relaciones con la administración estatal que adolezcan de ese carácter.

Todo lo indicado permite vincular la conducta material propia del delito de colusión desleal (el acuerdo colusorio) con la idea de fraude o defraudación (Etxebarria: 1997, p. 205; Rojas Vargas: 2001, p. 241; Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 85), evocando con ello las construcciones teóricas provenientes del Derecho Penal Patrimonial.

§ 2. En el lenguaje ordinario se conoce como "fraude" a la "acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete" (RAE: 1992). De esta conceptualización se puede extraer dos elementos centrales de la idea de fraude: el engaño y el perjuicio. Ambos han sido destacados por la doctrina penal nacional que ha desarrollado y comentado el delito de colusión.

En ese sentido, se pueden reconocer las referencias de Abanto Vásquez (2001, p. 265) en el sentido de que "la concertación debe darse de manera 'fraudulenta', es decir mediante maniobras de **engaño** (...) En el fraude se manifiesta el '**perjuicio patrimonial**' potencial o real para la Administración" (negrilla nuestra) y la de Rojas Vargas (2001, p. 242), conforme a la cual: "La defraudación mediante concertación –que es lo que aquí se castiga– supone un aspecto de reproche moral juridizado por **el engaño** y además un segundo elemento de naturaleza material dado por **el perjuicio** ocasionado a los intereses estatales" (negrilla nuestra).

Ahora, esta vinculación con los desarrollos propios del fraude patrimonial no debe sorprender si reconocemos la relación existente entre el delito de colusión desleal y el tipo penal de fraude y exacciones ilegales del artículo 436° del Código Penal español que gira en torno a la concertación en el ámbito de la contratación pública.

§ 3. En el ámbito jurídico penal patrimonial, la doctrina ha tratado extensamente ambas cuestiones (el engaño y el perjuicio patrimonial) por lo que es necesario remitirnos un tanto a la idea del fraude –y sus elementos– propio de los delitos patrimoniales[80], aunque –como bien propone Etxebarria Zarrabeitia– es

80 Debe recordarse que ambos elementos (el engaño y el perjuicio patrimonial) son las notas distintivas de la conducta típica de la estafa; sin que ello signifique que sean las únicas (deben sumársele el "error" y la "disposición patrimonial"); al respecto, véase Canez Marticorena, A. (2000): *Sobre el delito de estafa*

necesario aligerar algunos de estos componentes (1997, pp. 205-207). Pero esta vinculación del delito de colusión con los elementos "engaño-perjuicio" ha sido destacada no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia.

Entre los antecedentes más lejanos puede encontrarse la decisión de la ahora inexistente Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima (Villa Bonilla-Barandiarán Dempolf-Tello de Ñecco) del 5 de marzo de 2003 (Inc. N° 41-2001) señala expresamente con relación al delito de colusión: "Que para la configuración del delito previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, es necesario que se verifique la concurrencia coligada de los verbos rectores de la conducta 'concertar' y 'defraudar', es decir, **la concertación debe darse mediante maniobras de engaño**; debiendo señalarse, como lo hace la Doctrina Nacional en general, que en **el fraude se manifiesta el perjuicio patrimonial potencial o real para la Administración**".

No es, por tanto, admisible considerar que la utilización del término "defrauda" en el tipo penal de colusión desleal, aluda a una defraudación de las expectativas morales o éticas que tiene la sociedad respecto del funcionario o servidor público. Una lectura técnica del tipo penal, arreglada a la identidad del bien jurídico, debe llevarnos a interpretar el término "defrauda" en el sentido patrimonial.

Ahora, aunque las modificaciones introducidas en el artículo 384° del Código Penal no han afectado su estructura central, pues las mismas han buscado marcar las diferencias que existen entre los supuestos en los que el riesgo sobre el bien jurídico es potencial (tipo base) y aquellos en los que verifica el resultado lesivo, en términos de pedagogía forense resultará útil al destacar la orientación patrimonial de la lesividad propia del tipo penal.

2.2. Los elementos del fraude colusorio

2.2.1. El engaño: concepto y aspectos problemáticos

El concepto y definición del engaño han sido una cuestión nada pacífica en la doctrina penal, pues pese a la abundancia de propuestas, pocas de ellas ha mostrado capacidad de rendimiento (Valle Muñiz: 1992, p. 142). Uno de los intentos

y otras defraudaciones (p. 16 y ss.); Choclán Montalvo, J. A. (2000): *El delito de estafa* (p. 79); Conde Pumpido Ferreiro, C. (1997): *Estafas* (p. 26); Luzón Cuesta, J. M. (2003): *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial* (pp. 142-145); Pérez Manzano, M. (1998): "Las defraudaciones (I). Las estafas" (p. 443); Queralt Jiménez, J. (1996): *Derecho Penal español. Parte Especial* (p. 370); Roy Freyre, L. (1983): *Derecho Penal peruano. Parte Especial*, tomo III (p. 149); Valle Muñiz, J. M. (1999): "De las estafas" (p. 518).

más interesantes lo proporciona Choclán Montalvo, quien califica el engaño como "el medio típico para la inducción a la disposición patrimonial... consiste en crear la apariencia de que lo que sucede objetivamente es coincidente con las representaciones del disponente, aunque, en realidad, se oculta que esa concordancia no se da..." (2000, p. 87).

Esto quiere decir –con relación al delito de colusión– que el fraude a que hace alusión el artículo 384° del Código Penal supone un desconocimiento por parte de la Administración Pública de las verdaderas condiciones (perniciosas patrimonialmente) en que se produce la contratación con los particulares, a las que solo tienen acceso los sujetos coludidos (funcionario o servidor público/interesado). Se oculta la privatización de la actividad funcional del funcionario o servidor público.

Un aspecto que en el ámbito jurídico patrimonial ha generado amplio debate y cuya solución tiene evidentes repercusiones con relación a la configuración del "fraude" a que se refiere el delito de colusión, es el propio de la aceptación (o no aceptación) de *engaño omisivo*. Al respecto, y sin pretender introducirnos en la bastante extensa discusión que sobre la cuestión se ha producido en la doctrina jurídico penal patrimonial, podemos sostener –con la más autorizada doctrina (Valle Muñiz: 1992, p. 182)– que el engaño es siempre activo pues solo a través de acciones –dentro de las que se incluyen los actos concluyentes (Choclan Montalvo: 2000, pp. 137-138; Pérez Manzano: 1998, p. 446)– es posible que el engaño alcance entidad suficiente que permita lesionar el bien jurídico.

Especial mención merecen los denominados *"actos concluyentes"*, aquellos en los que: "Una persona realiza determinado comportamiento, que sin declarar abiertamente ni manifestar una voluntad, por una parte permite presumir que tal voluntad existe y, por otra parte, permite a los demás inducir objetivamente un consentimiento contractual" (Valle Muñiz: 1992, p. 175; Choclán Montalvo: 2000, p. 137). Lo que importa entonces es la capacidad expresiva del comportamiento. Al respecto señala acertadamente Choclán Montalvo, siguiendo a Antón Oneca: "la mayoría de los supuestos que se plantean de engaño omisivo son casos de silencio de circunstancias relevantes reconducibles a la categoría de los actos concluyentes" (2000, p. 138; también, Luzón Cuesta: 2003, p. 143).

Lo aquí sostenido plantea, con relación al delito de colusión, que el funcionario o servidor público que interviene (en función de su cargo) en representación del Estado tiene siempre que actuar en sentido positivo, es decir, siempre "actúa". Incluso en los casos en que el funcionario o servidor público no manifieste expresamente su asentimiento al acuerdo, si de su silencio se puede desprender concluyentemente la adhesión al pacto colusorio, entonces su comportamiento será activo y por tanto penalmente relevante. Es evidente que el carácter concluyente del comportamiento debe ser acreditado probatoriamente.

Ahora, el fraude que tiene relevancia punitiva es el que se realiza a través de la concertación con los particulares (Pedrazzi: 2003, p. 21, con respecto de la estafa). La expresión "concertándose", se refiere únicamente al acuerdo que excede los límites propios de la contratación pública (Mir Puig: 2000, p. 337; Gimeno Lahoz-Corbella Herreros: 1998, p. 121), esto es lógico, la contratación supone siempre un acuerdo, el acuerdo en el sentido del delito de colusión tiene que ser aquel que exceda los parámetros regulares propios de la contratación (Abanto Vásquez: 2001, p. 263).

El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside –como indica Abanto Vásquez (2001, p. 263)– en la "privatización" de la actividad funcional que realiza el funcionario o servidor público que –como tal– debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no –por el contrario– a beneficiar a los particulares. Por tal razón es que se habla de una necesaria "parcialidad" del funcionario o servidor público a favor de la Administración, esto es, una parcialidad estatal (Rojas Vargas: 2001, p. 242). Esto por una razón más que evidente: en el ámbito de la contratación pública, los intereses de la Administración se oponen a los intereses de los particulares, son incompatibles (Peña Cabrera-Frisancho Aparicio: 1999, p. 286).

2.2.2. El perjuicio patrimonial al Estado

Puede decirse –adoptando los argumentos de Valle Muñiz respecto del delito de Estafa (1992, p. 225)– que el *desvalor de acción en el delito de colusión adquiere su plenitud con la afectación del patrimonio estatal.* Es que sin aquel (perjuicio patrimonial) no existe delito de colusión, pues sin él no existe fraude (Conde-Pumpido Ferreiro: 1997, p. 87; Hugo Álvarez: 2000, p. 79). Por eso es justificada la decisión del 5 de marzo de 2003 emitida por el Primer Juzgado Penal Anticorrupción (jueza Bascones Gómez Velásquez) en el proceso N° 022-01 en la que se sostiene el imperativo de que la imputación por delito de colusión venga aparejada con la expresa referencia al perjuicio patrimonial al Estado; así se indica:

> "Que respecto al elemento del tipo que se alude con el término 'defraudar': este no se ha evidenciado, **toda vez que no se acompaña estudio pericial que demuestre la sobrevaluación de los bienes adquiridos, o su internamiento en los almacenes del ejército en menor cantidad, de calidad distinta o defectuosa, supuestos en los que se afirmaría un perjuicio patrimonial al Estado**".

Interesante definición del perjuicio patrimonial propone Pérez Manzano, quien lo define como "la disminución del valor económico del patrimonio" (1998, p. 451). De modo similar precisa el maestro Roy Freyre: "el perjuicio patrimonial es la **disminución económica del patrimonio en su conjunto**" (1983, p. 169).

Justamente por su carácter patrimonial, el perjuicio debe ser valorable y cuantificable económicamente (Valle Muñiz: 1992, p. 226; Conde-Pumpido Ferreiro, p. 1997), lo que supone que su determinación debe ser objeto de prueba en el proceso penal en miras a la efectiva comprobación de la existencia de acción típica.

No es por tanto correcta la referencia hecha por Polaino Navarrete en relación al artículo 436 del Código Penal español (de redacción muy similar al artículo 384 del Código Penal peruano), en el sentido de que la mención típica a la defraudación suponga una "exigencia puramente subjetiva del tipo" (1997, p. 420). La referencia al perjuicio patrimonial en la regulación nacional es de naturaleza claramente objetiva.

Es necesario precisar que la referencia al "perjuicio" no debe llevar a considerar que el tipo penal de colusión desleal se realiza únicamente cuando se produce la disminución económica del patrimonio estatal. El "perjuicio" debe ser entendida como cualidad o característica subyacente al acto de concertación. El "perjuicio" debe ubicarse en el acuerdo colusorio, de modo tal que alcanzará relevancia típica aquellos acuerdos que tengan capacidad de perjudicar el patrimonio estatal. No se trata, entonces, de un tipo penal de resultado material sino de un delito de simple actividad que supone, no la efectiva lesión del patrimonio estatal, sino su puesta en riesgo. Lo antes indicado, sin embargo, debe modularse respecto del tipo penal agravado que sí requiere la verificación del resultado de perjuicio patrimonial.

2.3. Los negocios jurídicos que forman parte del tipo penal

§ 1. La conducta colusiva solo tendrá relevancia jurídico-penal, por imperativo del principio de legalidad, cuando se encuentra referida a las diversas modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Es evidente –por imperativo del principio de ofensividad– que dichos negocios jurídicos deben tener contenido patrimonial o deben implicar compromisos patrimoniales por parte de la administración estatal.

En algunos supuestos estamos frente a procesos formales de contratación que se encuentran sujetos a expresa regulación estatal; en ese sentido, conviene recordar que existe un frondoso cuerpo normativo que regula el sentido de estos procedimientos administrativos y sus formalidades (Abanto Vásquez: 2001, p. 265); que, además, tiene carácter particularmente dinámico. En ese contexto, merece especial atención la Ley N° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, del 24 de junio de 2024.

El artículo 384° del Código Penal ha sido modificado a fin de incorporar una terminología que proporcione una tutela más óptima del patrimonio estatal al

ser compatible con el dinamismo regulatorio en el sector de contratación pública. En ese contexto, el acuerdo colusorio puede tener lugar respecto de cualquier modalidad de "adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado".

§ 2. El delito de colusión desleal puede tener lugar respecto de *cualquier modalidad de adquisición o contratación pública* y puede producirse respecto de cualquiera de las etapas del procedimiento de contratación (Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 87). No se trata, como correctamente menciona Jareño Leal (2011, p. 124), de un delito que se limite únicamente a la adjudicación del contrato público.

El legislador ha estimado oportuno utilizar una cláusula abierta que dé cobertura a cualquiera de las modalidades a las que recurra el Estado en su actividad contractual, sean estas competitivas o no competitivas, o se traten de modalidades abreviadas o diferenciadas (subasta inversa electrónica, comparación de precios, y otros establecidos en el reglamento) de las mismas. En ese contexto, se comprende a las licitaciones, el concurso público para la contratación de servicios, contratos menores, las compras por encargo, las compras centralizadas, las compras corporativas, las compras públicas de innovación, las contrataciones desarrolladas mediante acuerdos marco, y los contratos estandarizados.

§ 3. Las modalidades de contratación pública competitiva más relevantes desde la perspectiva forense son la licitación pública y el concurso público de precios.

La licitación pública es un sistema de selección del contratista sujeta a determinadas formalidades (Garrido Falla: 2002[b], p. 93), que se caracteriza porque en el mismo se supera previamente un determinado proceso de selección, en la que los interesados en contratar con la Administración (postores) se acercan a esta para hacer llegar sus propuestas.

El reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas (artículo 93°) identifica las diversas modalidades de licitaciones: para bienes y obras, para bienes especializados, abreviada para bienes, de obra, de obra con precalificación, abreviada de obras, con diálogo competitivo, de obra con negociación, para mecanismos diferenciados de adquisición (MDA).

El concurso de precios o concurso público es la contratación de servicios de toda naturaleza, incluyendo consultorías y arrendamientos. Sus modalidades se encuentran previstas en el artículo 94° del Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas: de servicios, para consultorías y servicios de mantenimiento vial, abreviado, con precalificación, con diálogo competitivo, abreviado para la contratación de expertos y gerentes de proyectos.

2.4. Trascendencia del principio de formalidad de la contratación pública

§ 1. Es necesario recordar que la contratación estatal se encuentra sujeta a una serie de formalidades, por tratarse de actos reglados. Ya lo dicen certeramente García de Enterría-Fernández: "La contratación administrativa es eminentemente formalista" (2001, p. 708). Esta idea ha sido puesta de relieve también por Garrido Falla cuando sostiene que: "La contratación administrativa suele ser esencialmente formalista, por contraste con los principios espirituales que dominan la contratación civil", aunque destacando que esa distinción formal no puede propiciar la distinción entre contrato administrativo y civil (2002[b]: p. 56).

Es justamente este carácter formal el que excluye la posibilidad –admitida erradamente por Portocarrero Hidalgo (1996, p. 149)– de comprender a los acuerdos orales dentro del ámbito de relevancia típica –en la medida en que estos son inidóneos para vincular al Estado con los particulares– y por lo tanto carecen de capacidad para lesionar el concreto objeto de protección jurídico penal. Se tratarían de supuestos de tentativa inidónea no punible, salvo que configuren otras figuras penales autónomamente.

Como sostiene de manera casi unánime la doctrina, la formalidad sirve para dotar de garantía el ámbito de la administración estatal; sin embargo, el desvalor del comportamiento no se reduce al plano de la formalidad administrativa, sino que requiere una particular orientación de la ofensividad (hacia lo patrimonial).

El injusto del delito de colusión reside en la afectación del patrimonio estatal. De esta afirmación debe desprenderse que la reprobación jurídico-penal debe producirse únicamente cuando el patrimonio del Estado resulte afectado, perjudicando la funcionalidad de la Administración Pública.

§ 2. Aunque la existencia de irregularidades en los procedimientos de contratación pública puede ser calificada como un hecho indicador de utilidad probatoria, al configurar un indicio de la existencia de un acuerdo colusorio en perjuicio del patrimonio estatal y, por ello, dar lugar al procesamiento penal, en tanto no se encuentre demostrada –de modo certero e indubitable– la existencia de un perjuicio patrimonial en agravio del Estado y que este resulte consecuencia de un acuerdo colusorio, no será posible emitir un juicio de reproche jurídico-penal (similar, Pariona Arana: 2017, pp. 95-96; Castillo Alva: 2008, p. 205).

De este modo, es sumamente gráfica la Ejecutoria Suprema del 24 de noviembre del 2000 (Primera Sala Penal Transitoria, R.N. N° 2916-2000), en la que se señala: "del estudio de autos se advierte que, si bien es cierto, se ha llegado a establecer la existencia de irregularidades en el proceso de inscripción de varias empresas proveedoras ante el Ministerio de Agricultura, las cuales consignaron

datos inexistentes; sin embargo, no se ha llegado a acreditar que los procesados RDJA y MRAG, en su condición de funcionarios de la entidad agraviada se hayan coludido o concertado con estas a efecto de defraudar al Estado, y menos que este haya sufrido perjuicio económico alguno como consecuencia de la actitud dolosa de los representantes de las empresas proveedoras en referencia (...)".

Es necesario destacar que la irregularidad en el manejo de estos procedimientos administrativos de contratación pública o el incumplimiento de determinadas formalidades en los mismos no supone necesariamente que la conducta tenga relevancia penal a título de colusión desleal (Rivero Ortega: 2005, p. 148; Castillo Alva: 2008, p. 205; Vílchez Chinchayán: 2021, p. 315). Proponer lo contrario supondría reconducir la identidad del bien jurídico tutelado penalmente, del patrimonio estatal –tal como hemos propuesto– al principio de formalidad administrativa.

2.5. Límites a la intervención delictiva en el delito de colusión desleal

Es un saber no discutido en doctrina penal que la intervención delictiva tiene como límite temporal el momento de consumación del delito. Esta idea, por cierto, es plenamente consistente con la fórmula utilizada por el legislador penal nacional al establecer –en el artículo 25° del Código Penal– que define la complicidad como el comportamiento de *prestar auxilio* ***para*** *la realización del hecho punible.*

La jurisprudencia nacional tampoco contradice esta lógica conforme se desprende con claridad de la sentencia casatoria del 9 de agosto de 2016 (Casación N° 363-2015-Santa) que propone:

> "**El Código Penal vigente, no regula la institución de la complicidad posconsumativa**, dado que por definición, **el cómplice ayuda a que autor cometa el hecho criminal, por lo que si este ya se realizó, no cabe forma de participación alguna**. De ser así, y acreditarse que el sentenciado participó luego del acto consumativo, su conducta sería penalmente inocua para el derecho".

En esa línea, podemos reconocer que la sentencia casatoria del 15 de setiembre de 2025 (Casación N° 3806-2024-La Libertad) resalta con claridad que tanto la complicidad primaria como la complicidad secundaria tienen lugar "en el momento anterior o en el momento de la ejecución, nunca –en ambos tipos de complicidad– cuando es posterior a la consumación". Precisamente por ese motivo, la mencionada sentencia casatoria refiere que la punición de la complicidad de la colusión debe considerarse "por ser parte del delito, no por sus efectos sobre el hecho punible cometido" (fundamento jurídico cuarto).

Lo antes indicado sirve para resaltar una indiscutible consecuencia dogmática: solo será posible reconocer intervención delictiva en tanto el hecho punible se encuentre en curso (ejecución). Una vez producida la consumación del delito, cualquier clase de aporte será posdelictivo y, por lo tanto, no punible (salvo que constituya delito de modo autónomo).

3. Consumación y tentativa

La consumación del delito de colusión se produce desde el momento en que se produce el acuerdo colusorio con potencialidad para perjudicar patrimonialmente del Estado (Morillas Cueva: 2011, p. 989; Alonso Pérez: 2000, p. 260; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 150; Rojas Vargas: 2001, p. 247), se trata de un delito de mera actividad, lo que elimina la posibilidad de admitir la tentativa (Abanto Vásquez: 2001, p. 270; Rojas Vargas: 2001, p. 247; Catalán Sender: 1999, pp. 319-320; Guanarteme Sánchez Lazaro: 2022, p. 743; Muñoz Conde: 1999, p. 974).

La exclusión de la punición de la tentativa ha sido correctamente precisada por Polaino Navarrete (1997, pp. 420-421) y Calderón Cerezo-Choclán Montalvo (2001ª, p. 529). El acuerdo colusorio –conforme bien explican los profesores españoles antes referidos– constituye en puridad un acto preparatorio criminalizado por razones de índole político criminal (desvalor social y jurídico del comportamiento). Si esto es correcto, entonces no sería posible admitir la tentativa pues ello resquebrajaría los cimientos de un Derecho Penal construido sobre las ideas de mínima intervención. Este planteamiento es coherente con la consideración del tipo penal de colusión como un delito de mera actividad que no requiere la existencia de una efectiva lesión al patrimonio estatal.

4. Tipo subjetivo

El elemento subjetivo del tipo penal descrito en el primer párrafo del artículo 384° del Código Penal es el dolo. La doctrina no ha encontrado consenso respecto a la modalidad de dolo que permite el tipo penal, es decir, si se debe castigar únicamente el dolo directo o si es posible sancionar los supuestos en que concurra dolo eventual.

Optar por una de las soluciones exige observar el contenido del tipo objetivo del delito de colusión desleal y analizar si sus diversos elementos dan cobertura a la modalidad más amplia de dolo –el eventual– o si únicamente dan lugar a una imputación a título de dolo directo.

El análisis del tipo objetivo del delito de colusión nos permite establecer la concurrencia de elementos –como el acuerdo colusorio– que necesariamente

requieren un conocimiento pleno por parte del agente. Adicionalmente, parece quedar en claro que la construcción del tipo penal de colusión –con elementos de carácter netamente patrimonial (contenidos en la referencia típica a que el delito debe realizarse "*para* defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado")– exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional: el ánimo de lucro o ánimo defraudatorio por parte del autor, eliminando la posibilidad que imputación subjetiva opere a título de dolo eventual.

Admitido el ánimo de lucro como elemento subjetivo adicional, en consecuencia, debe descartarse la posibilidad de admitir la imputación subjetiva por dolo eventual (Calderón Cerezo-Choclán Montalvo: 2001ª, p. 529). En suma, el tipo penal de colusión desleal puede ser imputado subjetivamente únicamente a título de dolo directo (Morillas Cueva: 2011, p. 990; Abanto Vásquez: 2001, p. 268; Rojas Vargas: 2001, p. 246; Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 90).

V. DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL AGRAVADA

El itinerario evolutivo del delito de colusión desleal permite reconocer –desde la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013– la distinción entre *colusión simple* y *colusión agravada*, diferenciación que opera a partir del reconocimiento del mayor desvalor que corresponde a los supuestos en que el acuerdo colusorio provoca efectos perniciosos sobre el patrimonio del Estado.

La diferencia determinante entre el tipo base y el tipo agravado se ubica en la referencia a que el comportamiento típico, en el caso de la modalidad agravada, debe *defraudar patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado.* Este dato, como es lógico, tendrá una serie de consecuencias dogmáticas y probatorias relevantes. En ese contexto, pueden indicarse las que se examinarán en líneas posteriores.

1. El perjuicio patrimonial en la modalidad agravada

El delito de colusión desleal agravada es un delito de resultado material: requiere la concurrencia de un perjuicio efectivo en el patrimonio del Estado.

La realización del tipo penal, en el delito de colusión desleal agravada, requiere que el comportamiento típico produzca *de forma efectiva y comprobada* el perjuicio patrimonial en detrimento del Estado (Rojas Vargas: 2016, p. 213; Pariona Arana: 2017, p. 90). Este postulado –conforme hemos referido anteriormente– supone verificar la concurrencia de la relación de riesgo entre el acuerdo colusorio y el perjuicio patrimonial, de forma tal que pueda verificarse que –en

efecto– el perjuicio patrimonial ha sido causado y es consecuencia del acuerdo colusorio que se plantea.

En esa línea se reconocen los planteamientos de Abanto Vásquez (2001, p. 261), Rojas Vargas (2016, p. 192, refiriendo que la protección de la corrección y regularidad de la función de negociación responde al interés de proteger el patrimonio del Estado), Castillo Alva (2008, p. 80), Reátegui Sánchez (2015: p. 388), Cáceres Julca-Carrión Díaz (2011, pp. 29, 42), Sánchez Córdova (2020, p. 787) y Vílchez Chinchayán (2021, p. 301).

Precisamente esto ha llevado a Vílchez Chinchayán a reconocer el predominio de la doctrina jurisprudencial que identifica el delito de colusión desleal como uno de *resultado de lesión* (2021, p. 298) y a Martínez Huaman a referir que la jurisprudencia requiere que el comportamiento delictivo genere un perjuicio real al patrimonio del Estado (2019, p. 248).

2. Relación de riesgo entre el acuerdo colusorio y el perjuicio patrimonial

Como es natural de todo delito de resultado material, este debe encontrarse vinculado y ser consecuencia del comportamiento o acción típica. Esto, en el ámbito del delito de colusión desleal agravada, que ese resultado debe ser efecto del acuerdo colusorio.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha resaltado que *el delito de colusión desleal agravada exige que el perjuicio patrimonial necesariamente se relacione con el comportamiento colusorio.* El perjuicio patrimonial debe ser provocado *en ejecución* del acuerdo colusorio, conforme refiere la sentencia casatoria del 16 de febrero de 2023 (Casación N° 526-2022-Suprema).

Una interpretación divergente sería contraria al principio de responsabilidad personal en la medida en que el factor determinante de la agravante (el perjuicio patrimonial) podría depender de un comportamiento ajeno al autor; por ende, no sería expresión de la realización del riesgo en el resultado como es propio de las lógicas de la imputación al tipo objetivo. Este planteamiento es consistente con la referencia hecha por García Cavero (2008ª, p. 49) y Castillo Alva (2008, p. 143) en el sentido de que el perjuicio patrimonial en el delito de colusión desleal agravada constituye la realización del riesgo en el resultado.

Por esa razón, la sentencia casatoria del 11 de octubre de 2024 (Casación N° 68-2023-Lambayeque) señala expresamente: "En el delito de colusión desleal, la defraudación patrimonial es una consecuencia real y efectiva de la concertación –el peligro desaprobado ha de realizarse en el resultado– e importa, siempre de manera perjudicial, tanto la disminución efectiva del patrimonio del

Estado como la privación de la expectativa de que ese patrimonio se incremente" (fundamento jurídico tercero). Esa misma idea es destacada en la Ejecutoria del 24 de abril de 2025 emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad N° 811-2023-Puno).

Dentro de la doctrina penal dominante que asume el planteamiento antes citado podemos citar, además de García Cavero y Castillo Alva, a Rojas Vargas (2016, pp. 208, 210), Salinas Siccha (2014, p. 287) y Reátegui Sánchez (2015, p. 387).

3. Idoneidad lesiva del comportamiento colusorio

En ese orden de ideas, se aprecia que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha incorporado la referencia a la *idoneidad de la concertación* como condición del comportamiento típico. En ese sentido, pueden mencionarse las sentencias casatorias del 11 de marzo de 2024 (Casación N° 758-2023-Puno); 26 de marzo de 2025 (Casación N° 3280-2023-Junín); y del 15 de setiembre de 2025 (Casación N° 3806-2024-La Libertad).

Este elemento de tipicidad objetiva es resaltado por autores como Abanto Vásquez (2001, p. 270), García Cavero (2008, p. 40), Pariona Arana (2017, p. 50), Vílchez Chinchayán (2021, p. 307), Cáceres Julca-Carrión Díaz (2011, p. 30), quienes resaltan la concurrencia de esta exigencia que, sin duda, alude a la capacidad o aptitud de la concertación para afectar el patrimonio del Estado.

El juicio de idoneidad del acuerdo colusorio, como hemos referido anteriormente, se realiza desde una perspectiva particular: el acuerdo colusorio debe ser apto, idóneo, adecuado para provocar el perjuicio patrimonial que se postule.

VI. OTRAS MODALIDADES AGRAVADAS

Pero el delito de colusión desleal comprende además tres agravantes adicionales que habilitan la aplicación de un marco penal particularmente intenso. Las modalidades particularmente agravadas son:

1. El agente actúa como integrante, persona vinculada o encargo de una organización criminal

La presente agravante se fundamente en el mayor desvalor que se asigna al comportamiento que se desarrolla en el marco de las actividades de una organización criminal. No es, por tanto, trascendente la posición del agente en la organización criminal o si, en efecto, pertenece a la misma, sino la vinculación de la ejecución del hecho punible con la organización criminal.

Ahora, en la medida en que la referencia legal a "organización criminal" constituye un *elemento normativo,* su interpretación requiere reconducirnos al contenido del artículo 317.2° del Código Penal –conforme a su configuración conforme a la Ley N° 32138, del 19 de octubre de 2024– en virtud del cual se establece que aquella es "todo grupo con compleja estructura desarrollada y mayor capacidad operativa compuesto por tres o más personas con carácter permanente o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten roles correlacionados entre sí, para la comisión de delitos de extorsión, secuestro, sicariato y otros delitos sancionados con pena privativa de libertad igual o mayor de cinco años en su extremo mínimo, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro de orden material".

La aplicación de la presente agravante, así como las que se examinarán posteriormente, requiere de la verificación del conocimiento de las condiciones objetivas propias de la agravante.

2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucradas supere las diez unidades impositivas tributarias

Estamos ante una agravante de configuración dual pues su mayor desvalor reside no solo en el comportamiento especialmente incidioso por parte del autor en la medida en que se dirige a un espacio particularmente sensible de la actividad prestacional del Estado (mayor desvalor de la acción) sino que revela –por la magnitud del perjuicio patrimonial– un mayor desvalor del resultado.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional

Esta agravante comprende dos supuestos claramente diferenciables.

El primer supuesto reconoce el mayor desvalor del comportamiento asociado al aprovechamiento por parte del agente de situaciones particulares (calamidad pública o emergencia sanitaria) en las que el control y la supervisión en el ámbito de las contrataciones públicas se relaja.

El segundo supuesto reconoce el mayor desvalor del comportamiento de quien ignora el impacto que el hecho punible tiene en intereses colectivos como la defensa, seguridad o soberanía nacional.

VII. LA PRUEBA EN EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

No es nuestra intención alterar el carácter dogmático de la presente obra, sino simplemente incorporar algunos matices que sirven para optimizar la visión práctico-forense de la misma. Por otro lado, las apreciaciones que aquí se formulen resultan aplicables *mutatis mutandis* a otras de las figuras delictivas que se examinan en esta obra.

1. La prueba de la "concertación" en el delito de colusión

1.1. Marco general del debate

El delito de colusión desleal ha sido uno de los tipos penales más aplicados dentro del contexto de los delitos funcionariales. Dicha utilización recurrente, sin duda, ha estado relacionada a la cierta flexibilización de algunos de sus elementos típicos, evidenciada en la diversidad de posiciones doctrinales en torno al sentido de la expresión *defraudar* que, desde posiciones más extensivas del tipo penal, comprende los supuestos de mera infracción ética sin objetivación patrimonial alguna. Este tipo de razonamientos se han visto reforzados por la cuestionable decisión del Tribunal Constitucional del 3 de mayo de 2012 (Exp. N° 00017-2011-AI/TC) que, a partir de ciertos contenidos programáticos de la Constitución Política en torno a la función pública, elude enfrentar la cuestión central, a saber, la legitimidad desde el principio de mínima intervención y fragmentariedad, de la intervención penal en contornos de ofensividad reducida a los deberes éticos del funcionario público.

Precisamente por la prevalencia de estas posiciones es que la actual regulación legal del tipo básico del delito de colusión desleal ha dejado de considerar, como el elemento típico central, *al perjuicio patrimonial,* siendo ahora el elemento nuclear del mencionado tipo penal la *concertación* entre el funcionario público y el particular (Castillo Alva: 2008, p. 102; Salinas Siccha: 2011, p. 250; Cáceres Julca-Carrión Díaz: 2011, p. 31; Calderón Valverde: 2012, p. 139).

Ahora, la concertación ilegal entre funcionario público y particular se desarrollará, general, aunque no exclusivamente, en contextos de actuación especialmente reservados o clandestinos (Castillo Alva: 2008, p. 114). Esto, en la praxis forense, supone que la acreditación judicial de dicho elemento del tipo penal será realizada fundamentalmente a través de la prueba indiciaria o prueba por indicios (García Cavero: 2010, p. 23; Cáceres Julca-Carrión Díaz: 2011, p. 259).

A través de estas líneas se examinará, de modo sintético, la regulación de la prueba por indicios en el Código Procesal Penal, así como la jurisprudencia (en especial el Acuerdo Plenario N° 1-2006/CJ-116), con referencia especial al delito de colusión desleal.

Es de advertir que las reflexiones que siguen no restringen su utilidad al ámbito del tipo objetivo, sino que pueden además ser aplicadas con relación a la prueba del ánimo defraudatorio que constituye el elemento subjetivo del delito de colusión. Como advierte González Lagier: "Al no ser observables, los hechos psicológicos no son susceptibles de prueba directa (salvo en las situaciones en las que se decide dar valor probatorio a la confesión autoinculpatoria), sino de prueba indirecta o de indicios" (2005, p. 191). En la misma línea se pronuncia Sánchez-Vera Gómez-Trelles: "Allí donde el dolo es un elemento típico, el mismo es de imposible prueba –denominada– directa. En efecto, es claro que el juzgador no puede penetrar en la cabeza del autor para saber de forma 'directa' qué conoció –en ese 'arcano profundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos' como señalaba la inveterada jurisprudencia–, de tal modo que, indefectiblemente, la prueba habrá de discurrir mediante la inferencia que obtengamos de los datos del autor, con su comportamiento externo, objetivo" (2012, p. 197).

2. Base legal

Conforme al artículo 158.3° del Código Procesal Penal que, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina jurisprudencial, debe ser un elemento de referencia en la aplicación de la ley por parte de los operadores de sistema de justicia penal, la acreditación de un hecho mediante prueba indiciaria requiere la concurrencia de los siguientes elementos: (i) que el indicio este probado; (ii) que la inferencia este basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y, (iii) en caso de indicios contingentes, estos deben ser: (a) plurales, (b) concordantes, (c) convergentes, y, (d) que no se presente contraindicios consistentes. Estas pautas han sido explicitadas a través del Acuerdo Plenario N° 1-2006/CJ-116 que establece que la acreditación de un hecho a través de prueba indiciaria requiere de la concurrencia de las exigencias concretas desarrolladas normativamente por el artículo 158.3° del Código Procesal Penal.

Antes del Estatuto Procesal Penal del 2004, las referencias legales a la prueba indiciaria (a alguno de sus elementos para ser más precisos) se encontraban limitadas al contenido del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales que exige como elementos determinantes para la apertura de proceso penal la concurrencia de *indicios suficientes* o *elementos de juicio reveladores* de la existencia de un delito (Cubas Villanueva: 2009, p. 228).

3. Elementos de la prueba indiciaria

La prueba indiciaria, entonces, es aquella que prueba directamente hechos básicos mediatos para poder, a través de aquellos, deducir los hechos que tengan significación trascendente para el proceso (San Martín Castro: 1999, p. 631; Cubas Villanueva: 2009, p. 227; Miranda Estrampes: 2012, p. 35; Cafferata Nores: 2004, p. 338); a saber, aquellos que determinan la concurrencia de los elementos del tipo penal (Sánchez-Vera Gómez-Trelles: 2012, p. 194).

Es de advertir que esta definición, aunque resalta la necesidad de una inferencia que vincule el hecho mediato con el inmediato, no desvirtúa la existencia de un procedimiento inferencial en la prueba directa (García Cavero: 2010, p. 28). De esto se desprende que la diferencia entre prueba directa y prueba indiciaria no puede encontrarse en la ausencia de inferencia en la primera, sino más bien en el número de inferencias entre una y otra (González Lagier: 2005, pp. 93-94).

La prueba por indicios tiene tres elementos fundamentales que, examinados metodológica y secuencialmente, pueden servir para acreditar un hecho delictivo: (i) el indicio o hecho base de la presunción; (ii) el hecho presumido o conclusión; y, (iii) el nexo o relación causal entre el indicio y el hecho presumido (Talavera Elguera: 2009, p. 137; Cubas Villanueva: 2009, pp. 353-354; Calderón Sumarriva: 2012, p. 182). Podemos coincidir con Miranda Estrampes (2012, p. 34) en el sentido que la prueba indiciaria revela un *procedimiento probatorio.*

3.1. El indicio o hecho base

El *indicio o hecho base,* como exige el mencionado artículo 158.3°, debe encontrarse *probado* de modo indubitable (Talavera Elguera: 2009, p. 138; García Cavero: 2010, p. 92). Esto permite sostener que, si durante el plenario el hecho base no ha podido ser acreditado al nivel de certeza, no podrá ser utilizado para deducir el hecho presumido, pues, como señala San Martín Castro, "La presunción judicial no puede partir de un hecho dudoso" (1999, p. 635). De allí que Cubas Villanueva destaque que el hecho indicador o hecho base es "la fuente de prueba" (2009, p. 227).

Desde esta perspectiva, consideramos que el indicio debe encontrarse necesariamente probado mediante prueba directa (Pastor Alcoy: 2003, p. 42; en contra, Taruffo: 2002, p. 276; García Cavero: 2010, p. 93). Postular la posibilidad de una acreditación indiciaria en cadena (probar indiciariamente un indicio que servirá, a su vez, para probar el hecho concluido) podría desencadenar un riesgoso curso de debilitación progresiva de la certeza como objetivo del procedimiento probatorio. La idoneidad –discutible en la realidad forense– de recurrir a un procedimiento

de *cascaded inferences* dependerá de la capacidad de cada inferencia específica de lograr conclusiones dotadas de un nivel de confirmación que legitime un juicio de certeza por parte del juez. En palabras de Taruffo: "el esquema de las *cascaded inferences* sigue siendo utilizable como método para atribuir un grado de confirmación a la hipótesis sobre X, pero lo es con una condición rigurosa, esto es, que ninguna inferencia de la cadena tenga un margen de duda tal que haga irrazonable la adopción de su conclusión como hipótesis "verdadera" sobre el hecho intermedio"(Taruffo: 2002, p. 276). En el mismo sentido, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2012) resalta las cautelas que corresponde tomar respecto de las *cascaded inferences:* "Cuanto más extensa sea la cadena de indicios (tendencia a denominar prueba de indicios), entonces habrán de estar todos ellos suficientemente concatenados y sin lagunas entre sí, y el juzgador habrá de ser muy cauteloso a la hora de su evaluación: pero ello no quiere decir que cuando la secuencia de indicios sea más breve (tendencia a denominarla prueba directa) deban ser suprimidas o descuidadas dichas prevenciones" (p. 207).

Desde un punto de partida similar al aquí defendido, Sánchez Velarde (2004, p. 695) y Cubas Villanueva (2015, p. 353) refieren que el indicio: "debe ser un dato cierto, inequívoco e indivisible, *contrario sensu*, si el dato es de carácter dubitativo, incierto o el medio probatorio es incompleto o disminuido, no se le podrá considerar como dato indiciario y, por lo tanto, la inferencia que se haga de la misma desnaturaliza la prueba indiciaria".

La importancia del requisito de necesaria acreditación del indicio ha sido resaltada por el Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 en donde se señala que la no probanza del hecho base haría de aquel una simple sospecha sin sustento real alguno.

Por cierto, constituye solo un punto de partida para la comprobación judicial del hecho. El indicio o hecho base, como bien refiere Miranda Estrampes, no es aún un medio de prueba, es un simple elemento (dato fáctico) de prueba, esto es, es simplemente "el punto de apoyo o de arranque a partir del cual se llega a la afirmación consecuencia" (2012, p. 42).

3.2. El hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión

El *hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión* no es sino el hecho desconocido que se deduce o presume a partir del hecho base. Ahora, como tal, aquel debe desprender del hecho base, siguiendo ciertas reglas de razonamiento (máximas de la experiencia y reglas de la lógica). El hecho presumido, como es evidente, es el constitutivo del delito.

3.3. El nexo o relación causal

El *nexo o relación causal* constituye el factor fundamental en el convencimiento del juez. La fortaleza del nexo entre el indicio y el hecho presumido constituye el factor determinante del convencimiento judicial, de allí que Taruffo, según cita de Miranda Estrampes, el conocido procesalista italiano, refiera que la capacidad probatoria de la prueba indiciaria dependa de la *fuerza de la inferencia* y en el razonamiento probatorio desarrollado en sede judicial (Miranda Estrampes: 2011, p. 53; similar, García Cavero: 2010, p. 27).

Esa fortaleza dependerá de la racionalidad y coherencia de la inferencia, razonamiento o deducción realizada por el juez. Pues bien, esa racionalidad depende, conforme al artículo 158.3° del Código Procesal Penal, de que la inferencia se encuentre basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia (San Martín Castro: 1999, p. 638; Miranda Estrampes: 2012, p. 35; Tonini: 2002, pp. 53 ss.; Mixán Mass: 2008, p. 25; Sánchez Velarde: 2004, p. 695; Cubas Villanueva: 2015, p. 353; García Cavero: 2010, p. 47).

Es precisamente esta relación con las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia la que produce el efecto persuasivo sobre el juez. Si las partes contradicen dichas reglas, la eficacia persuasiva de la *verdad fáctica* propuesta mediante su teoría del caso será sumamente reducida; si, por su parte, el juez se aparta de dichas reglas, su decisión será percibida como arbitraria (García Cavero: 2010, p. 23) en la medida en que supondría una decisión contraria al sentido común.

En efecto, conforme refiere Taruffo, las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia constituyen el "contexto cultural" y el "repertorio" de conocimientos que el sentido común ofrece al juez como herramientas para proceder a la valoración de las pruebas (2002, p. 270).

4. Los indicios contingentes

La valoración del indicio debe distinguir, asimismo, entre *indicios necesarios o unívocos* e *indicios contingentes o equívocos*. Los primeros son aquellos que solamente conducen a una determinada consecuencia, mientras que los últimos son aquellos que permiten deducir una serie variada de hechos (Talavera Elguera: 2009, p. 141) que constituyan *causa* o *efecto* del indicio (Miranda Estrampes: 2012, p. 39). De allí que se afirme que los *indicios contingentes* solo tienen fuerza probatoria en grado de probabilidad (Cubas Villanueva: 2015, p. 355).

Pues bien, el mencionado artículo 158.3° del Código Procesal Penal establece reglas de valoración de los indicios contingentes al referir que aquellos deben

ser: (i) plurales; (ii) concordantes; (iii) convergentes; y, (iv) que no deben existir contraindicios.

4.1. Pluralidad de indicios

Los indicios son plurales cuando existen al menos dos indicios. Es de referir a este respecto que, aunque el artículo 158.3° del Código Procesal Penal exige un mínimo de dos indicios, la capacidad probatoria de los indicios no responde al factor cuantitativo, sino al factor cualitativo.

La pluralidad de indicios, como es evidente, debe ser entendida en sentido incriminatorio, esto es, en línea tendente a establecer la responsabilidad penal del imputado. Desde esa perspectiva, si se cuenta con dos o más indicios, pero solo uno de ellos tiene carácter unívoco incriminatorio, este no sería suficiente para inferir, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad criminal del imputado.

4.2. Concordancia de indicios

Los indicios son concordantes cuando aquellos se corroboran recíprocamente, esto es, cuando no se excluyen mutuamente y, por lo tanto, siendo compatibles entre sí sirven para concluir en el hecho deducido (Miranda Estrampes: 2012, p. 55; Talavera Elguera: 1999, p. 142; García Cavero: 2010, 98; Sánchez Velarde: 2004, p. 697).

Ahora, puede decirse que el índice de concordancia de los indicios resulta indicativo de la fortaleza de la inferencia, pues "cuanto más concuerden indicios diferentes, menos podrá considerarse esa relación como producto del azar o la casualidad" (García Cavero: 2010, p. 99).

Uno de los efectos prácticos de este requisito de la prueba indiciaria es el de evitar que se considere acreditada una hipótesis sobre el hecho que carezca de confirmación o no le este suficientemente, por resultar defendibles otras hipótesis sobre el hecho (Taruffo: 2002, p. 476).

4.3. Convergencia de indicios

Los indicios son convergentes cuando ellos conducen a la misma conclusión, esto es, cuando aquellos tienen un mismo resultado respecto al hecho desconocido, es decir, cuando cada uno de ellos ofrece elementos de confirmación para la misma hipótesis sobre el hecho a probar (Taruffo: 2002, p. 476).

A este nivel, se analizan las relaciones existentes entre los diversos indicios, de modo que pueda determinarse su conformidad o disconformidad con el hecho

presumido (Gorphe: 1955, p. 257). Precisamente es por esta razón que el examen y valoración de los indicios debe ser realizado de forma conjunta integral, conforme ha subrayado la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 7 de abril de 2009 (Exp. AV N° 0019-2001, p. 569).

4.4. Ausencia de contraindicios

Finalmente, la posibilidad de tener por acreditado un hecho mediante indicios requiere la ausencia de contraindicios, esto es, aquellos hechos probados que contradigan un hecho indiciario concreto o el resultado de la inferencia y, por lo tanto, que lleven a una conclusión antagónica (Pastor Alcoy: 2003, p. 107). El efecto natural de la existencia de algún contraindicio es el de desbaratar la estructura del caso basado en prueba indiciaria.

Los contraindicios no son sino una expresión concreta del derecho a probar del imputado que se encuentra plenamente habilitado para refutar la hipótesis incriminatoria (García Cavero: 2010, p. 101).

5. El indicio de falsa justificación

Precisamente por estas consideraciones, la doctrina especializada ha reconocido la absoluta irrelevancia del *indicio de falsa justificación*. Se acepta que, aunque la justificación o coartada del imputado puede constituir un contra indicio que desvirtúe la responsabilidad penal del imputado, la falsa justificación carece de significación procesal. Una interpretación distinta –que otorgue a la falsa justificación una significación negativa– resultaría vulneratoria del principio de presunción de inocencia.

En esa línea, como señala categóricamente Miranda Estrampes, "La inferencia de culpabilidad sobre la base de la falsedad y/o inverosimilitud de la coartada sería contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia en cuanto comportaría una inversión de la carga de la prueba que corresponde a la acusación, incompatible con las exigencias que derivan de dicho derecho en su acepción como regla probatoria. El fracaso de la coartada lo único que permite afirmar es que el acusado no estuvo donde dice estar o con quien dice estar, o no hizo lo que afirma que llevó a cabo (...) cuando los indicios acreditados carecen de la necesaria gravedad y precisión la falsedad de la coartada o su inverosimilitud no los convierte ni transmuta en 'graves y precisos' dotándolos de una mayor eficacia probatoria a efectos de fundamentar un pronunciamiento condenatorio" (2012, p. 34). Por esa razón, agrega, "la inconsistencia de un contra indicio no da lugar, por sí mismo, a la consistencia de los indicios, sino que esta dependerá de su grado de concordancia y convergencia".

El principio de presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación supone el derecho del imputado a dar su propia versión sobre los hechos, lo que le habilita incluso a proponer una versión de los hechos no consistente con la realidad, lo que, por cierto, no le faculta a afectar el honor de terceros. Desde esa perspectiva, cualquier inferencia negativa derivada de la mala justificación en que incurra el imputado sería violatoria de dicha garantía y supondría, al menos indirectamente, una inversión de la carga de la prueba (Roxin: 2000, p. 111; Pabón Gómez: 1995, pp. 320). En esa línea, la STS español del 25 de octubre de 1999 señala: "Si la prueba de la culpabilidad incumple a la acusación, no es exigible que el acusado pruebe su coartada, pues ello equivale a exigirle la prueba de su inocencia (...); desde este punto de vista, lo cierto es que las contradicciones del acusado sobre el lugar en el que estuvo no significa que haya estado en el lugar del hecho en momentos próximos a la producción de la muerte. Dicho de otra manera: el indicio auténtico sería que se le hubiera visto en lugar cercano al hecho en el tiempo en que debió ocurrir la agresión. Las contradicciones no prueban eso, sino que impiden afirmar dónde estuvo en el momento en que se dio la muerte del occiso".

Por estas razones, cualquier propuesta contraria, enfrenta directamente los pilares garantistas sobre los que se asienta el nuevo modelo procesal. Nos referimos a la tesis planteada por García Cavero (2010, p. 60) quien, pese a sostener: "Otros, con los que estoy de acuerdo, consideran que la falsa coartada puede desplegar perfectamente un efecto indiciario, en la medida en que el imputado se haya expresado libre y voluntariamente, pese a no estar obligado a demostrar su inocencia", no llega a explicar razonablemente cómo, de la falsa justificación, podría generarse el efecto indiciario al que hace referencia. La tesis de García Cavero de que "el imputado debe asumir las consecuencias jurídico-procesales que se derivan de su declaración" parece partir de la atribución al imputado de deberes de declaración fidedigna que resultan incompatibles con el principio de presunción de inocencia.

Pero los efectos perniciosos de la calificación de la coartada fallida como indicio de culpabilidad no solo se circunscriben al ámbito de la presunción de inocencia, sino que se extiende al núcleo básico del derecho de defensa del imputado pues la introducción de consecuencias negativas a la coartada fallida limita desproporcionadamente las posibilidades de defensa del imputado y constreñiría el ejercicio de dicho derecho. Como señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles: "En efecto, si fuera valorado negativamente el hecho de que la coartada aportada se probó como mendaz, resultaría cercenado el derecho de defensa debido a las consecuencias negativas que su libre ejercicio conllevaría en estos casos –hubiera sido mejor, sencillamente, no defenderse– (...) De este modo, se situaría al sujeto encausado ante la disyuntiva de no intentar su descargo, o hacerlo, aun a riesgo de que los efectos sean los contrarios a los buscados" (2012, pp. 55-56).

Lamentablemente, algunos desarrollos jurisprudenciales dan cuenta de una práctica que contradice estos postulados otorgando consecuencias negativas a las inconsistencias mostradas por la versión exculpatoria del imputado.

En ese sentido, ya desde las sentencias de octubre de 1986, 20 de diciembre de 1986, 7 de febrero de 1987, 22 de junio de 1988 y 12 de noviembre de 1990 el Tribunal Supremo español aceptó como doctrina que la introducción por parte del imputado de algún nuevo dato para su defensa y ese dato resulta falso, el mismo debe ser valorado en perjuicio del imputado. De modo similar, la STC peruano del 7 de abril de 2003 (Exp. N° 0376-2003-HC/TC) sostiene que las contradicciones en las que cayó la imputada al momento de dar su declaración instructiva y, luego, la ampliación de la misma, pueden ser entendidos como *"actos positivos"* tendientes a desviar *"el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso"*, lo que permitió justificar la imposición de la medida cautelar de detención domiciliaria (Sánchez-Vera Gómez-Trelles: 2012, p. 54).

6. La valoración de la prueba indiciaria. La trascendencia de la distinción entre indicios débiles e indicios fuertes para la determinación de la probabilidad en la inferencia

La doctrina jurisprudencial existente con relación a la prueba indiciaria ha resaltado la importancia de la valoración integral de los medios de prueba. En ese sentido, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha sostenido: "La valoración de los indicios no debe efectuarse aislando uno a uno los indicios de cargo. Estos deben ser valorados en su conjunto, y a partir de ellos debe sustentarse la inferencia" (Ejecutoria del 19 de diciembre de 2012 (R. N° 1192-2012, Caso Abencia Meza, p. 19).

En ese sentido, aunque pueda establecerse una inferencia que conecte el hecho conocido con el desconocido, ello no implica necesariamente que aquella sea suficiente para probarlo. Esto, como indica Taruffo, se debe a que "pueden existir inferencias dudosas, vagas, contradictorias o, en todo caso, tan 'débiles' que no pueden ser suficientes a este efecto" (2002, p. 472). Precisamente por estas razones, es necesario que la prueba indiciaria se obtenga cuando las inferencias sean lo suficientemente *seguras* y *fuertes* como para confirmar la hipótesis incriminatoria.

La fortaleza y el efecto suasorio del indicio dependerá de su vinculación con las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y la ciencia. A este respecto, señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles: "Cuanto más seguro resulte que, según las máximas de la experiencia correspondiente, un efecto tenga solo una causa, o una causa solo un efecto, más *fuerte* será el indicio. Al contrario, cuanto más sencillo sea que un efecto tenga otra u otras causas distintas al delito (...) o que una causa

tenga otro u otros efectos no necesariamente delictivos (...), menor valor –más *debilidad*– tendrán esos respectivos pretendidos indicios" (2012, p. 196).

Esta distinción entre indicios fuerte e indicios débiles ha sido destacada por la doctrina del Tribunal Supremo español (véase la STS del 25 de octubre de 1999): "Los indicios 'débiles' tienen solo un valor acompañante y dependiente de los indicios 'fuertes'. La diferencia entre unos y otros estará dada por *la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos que el indicio permita desde el punto de vista de la experiencia general*" y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (véase STC 145/2005, del 6 de junio) que alude a "inferencias no concluyentes, abiertas, débiles e indeterminadas, en otras palabras, aquellas que en definitiva conducen a que la versión judicial de los hechos sea 'más improbable que probable'".

7. Trascendencia de la inferencia y de la motivación del proceso inferencial

Como se aprecia de todo lo indicado, no puede sino coincidirse con San Martín Castro en el sentido que la prueba indiciaria es una prueba de tipo crítico y probabilística (1999, p. 634) y por ello su utilización para emitir un veredicto condenatorio debe estar sometida a especiales cautelas. El uso irracional, acrítico de la prueba indiciaria puede derivar en las denostadas *condenas por sospecha*.

En efecto, el examen judicial de la inferencia que permite conectar el indicio con la conclusión debe sostenerse en la inteligencia y la lógica, las que, precisamente, sirven para apartar aquellos indicios impertinentes de los que realmente tienen incidencia en la acreditación del hecho imputado. Producida esa labor de descarte, será el juicio de probabilidad el que permitirá alcanzar certeza respecto al hecho deducido, en virtud del cual "la suma de probabilidades determinará la certeza (San Martín Castro: 1999, p. 634).

Los indicios deben ser diferenciados de la mera sospecha. En este punto me permito citar las palabras de Manuel Miranda Estrampes, quien sostiene: "Hay que empezar descartando rotundamente que en la actual concepción técnico jurídica de las presunciones judiciales y, por lo tanto, de la prueba indiciaria, el indicio sea equivalente a una mera sospecha y/o a una intuición, *corazonada*, o mera conjetura (acepción vulgar). Este era el significado que se le atribuía en la Edad Media" (2012, p. 41).

Las simples sospechas, apariencias o impresiones, resultan totalmente irrelevantes y no pueden servir de base para establecer el hecho consecuencia. La vehemencia o exacerbación de la sospecha no afectan la condición de hecho no probado de aquella.

Precisamente por esas razones resulta de trascendente importancia el contenido argumentativo de las decisiones fiscales o judiciales que recurran a dicho tipo de prueba. La doctrina procesal penal ha puesto especial énfasis en la obligación de motivación directa de la prueba indiciaria y, sobre todo, de los criterios utilizados para su valoración (Pastor Alcoy: 2003, p. 45; Sánchez-Vera Gómez-Trelles: 2012, p. 200).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la STC del 13 de octubre de 2008 (Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, caso "Giuliana Llamoja") ha establecido que la sustentación de una condena en base a prueba indiciaria solo es legítima si se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión de que la persona imputada es responsable del hecho punible atribuido. En la misma línea se ha manifestado la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República al señalar que la prueba indiciaria: "debe ser examinada y no simplemente enunciada" (Ejecutoria del 19 de diciembre de 2012 (R. N° 1192-2012, Caso Abencia Meza, p. 24).

Esta regla resulta plenamente aplicable a la actividad del órgano persecutorio y supone la obligación del fiscal de expresar "el razonamiento inferencial empleado (...) o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia" (Miranda Estrampes: 2012, p. 57).

8. Los indicios en el ámbito del delito de colusión desleal

8.1. El indicio de ilicitud administrativa

El contexto delictivo en el que se desarrolla la colusión desleal, conforme se desprende del propio tipo penal, es el correspondiente a las diversas modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado. Esta circunstancia determina que los indicios que suelan tenerse en consideración en las investigaciones penales por delito de colusión sean aquellas relacionadas a las posibles infracciones a la legislación administrativa. La ilicitud administrativa será el punto de partida habitual para la construcción de la prueba indiciaria en el ámbito del delito de colusión.

Esto, como es evidente, no implica que la ilicitud administrativa agote la acreditación indiciaria del hecho. En ese sentido, la sentencia del 27 de setiembre de 2012, emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N° 27-2008), ha precisado "aunque se han reconocido una serie de irregularidades de índole administrativo, como el haberse dado inicio al procedimiento de pago del monto de la licitación sin el ingreso total de los bienes

objeto del mismo, circunstancia que este Superior Colegiado considera reprochable, dicha circunstancia no determina de por sí que dicho reproche sea posible de realizar desde la perspectiva jurídico penal. Ello dependería la existencia de un acuerdo colusorio entre los procesados".

Ahora, es indispensable reconocer que la proposición de una teoría del caso que pretenda probar el hecho postulado con prueba indiciaria debe alcanzar los estándares previstos por el artículo 158.3° del Código Procesal Penal. Esta aseveración guarda relación con el hecho de que la ilicitud administrativa constituye necesariamente un *indicio contingente* en la medida en que la existencia de errores o defectos en los procedimientos administrativos de contratación estatal pueden tener una explicación distinta a la de responder a un acuerdo colusorio penalmente relevante, por ejemplo, pueden ser consecuencia de la negligencia de los funcionarios estatales o incluso de distorsiones existentes en el propio aparato estatal.

Evidentemente, los indicios solo podrán llevar al resultado probatorio si se encuentran debidamente y suficientemente acreditado. Esto supone que las irregularidades administrativas deben encontrarse plenamente acreditadas como tales. Se abre aquí una línea de discusión en torno a cuál es la prueba idónea para acreditar la ilicitud administrativa del hecho.

En mi opinión, la calificación de la ilicitud administrativa corresponde necesariamente a la administración estatal que deberá, a través de los órganos de línea o de control respectivos, establecer la irregularidad en la actuación de los funcionarios públicos. Desde esa perspectiva, tanto las decisiones de la Administración Pública mediante las cuales se sancionan a los funcionarios públicos como los exámenes de los órganos de control que determinen la ilicitud de la actuación de los funcionarios públicos, que posean calidad de cosa decidida, constituyen mecanismos idóneos para sostener la ilicitud administrativa del hecho. En este contexto, la realización de pruebas periciales orientadas a determinar escenarios de ilicitud administrativa (por ejemplo, destinada a establecer el fraccionamiento como mecanismo destinado a eludir el procedimiento de adquisición y realizar la adquisición directa) resulta inidónea para tal fin.

Un razonamiento distinto llevaría a una grave incongruencia sistémica: el imputado tendría que probar ante la Administración Pública dos veces la licitud administrativa y esto supondría afectar el derecho al *ne bis in ídem* del que goza en casos de persecución múltiple administrativa y penal.

Si, a pesar de contarse con una decisión firme de la administración estatal en el sentido de no existir ilicitud administrativa, el Ministerio Público insiste con recurrir al indicio de la ilicitud administrativa, por ejemplo, a través de su propia interpretación de la legislación administrativa o a través del concurso de otros

órganos administrativos, la eficacia probatoria del indicio será nula en la medida en que dada la controversia de opiniones provenientes de la propia Administración Pública no será posible sostener que el indicio se encuentra probado. Estaríamos, en estos casos, ante indicios de un indicio.

Este razonamiento se fortalece recurriendo a una analogía inversa propia de aquellos casos en los que se haya determinado la ilicitud administrativa del funcionario público mediante decisión con la calidad de cosa decidida: Si el funcionario público imputado tiene posibilidades nulas de discutir y rebatir en sede penal la ilicitud administrativa de su comportamiento, ya establecida mediante decisión administrativa que causa estado, el mismo razonamiento podría aplicarse en un caso inverso, esto es, en aquellos casos en los que se ha determinado la licitud administrativa del comportamiento del funcionario público.

8.2. El indicio de perjuicio patrimonial en el costo de la contratación

Otro indicio usualmente utilizado se vincula a la verificación de perjuicio patrimonial derivado del acto de contratación estatal, el mismo que se encuentra asociado a una regla de experiencia. La intervención del agente público en un acuerdo colusorio responde generalmente a intereses patrimoniales (la obtención de alguna ventaja económica para sí o para tercero) y esa carga no se debita de la ganancia del particular, sino que se carga como un coste operativo, por lo que el perjuicio patrimonial constituye un indicio a considerar.

Ahora, en el examen de este indicio pueden tenerse en consideración algunas variables que pueden resultar relevantes.

En primer lugar, es necesario reconocer que la determinación del perjuicio patrimonial no debe ser examinada desde una perspectiva meramente contable, sino desde una perspectiva financiera y económica en la que debe tomarse en consideración no solo el valor del bien o del servicio en el mercado sino otros factores adicionales como la forma de pago, la demora estimada en el pago del bien o servicio por parte de la Administración, o las especificaciones técnicas del bien o servicio. En esa línea de razonamiento, la identificación del precio del bien o del servicio fuera de los contextos propios del mercado constituirá un indicio si aquella circunstancia no responde a factores objetivos.

En segundo lugar, debe considerarse en el examen de perjuicio patrimonial si la propuesta u oferta económica alcanzada por los particulares presuntamente coludidos es menor a la del resto de competidores: Si la oferta del particular es menor a la del resto de competidores la fortaleza del indicio disminuye. En este contexto, mientras menor sea la oferta del particular presuntamente coludido con relación al resto de competidores menor será la fortaleza del indicio,

pudiendo incluso, en aquellos casos en donde la propuesta económica del particular sea exponencialmente menor, funcionar de modo inverso, esto es, como un contraindicio.

En tercer lugar, debe distinguirse la diferencia entre el perjuicio patrimonio y el sobrecosto o sobreprecio. El perjuicio patrimonial supone una valoración que se realiza en función a una serie de criterios trascendentes entre los que cabe distinguir no solo el precio del bien o servicio con relación al mercado sino la relación precio-calidad. El sobrecosto o sobreprecio constituye un concepto que identifica todo valor adicional al costo de producción del bien o servicio, incluyendo también la ganancia. Esto supone que el fiscal debe ser cuidadoso en la identificación del objeto del examen pericial y proponer adecuadamente los criterios a seguir para determinar el perjuicio patrimonial.

La utilización de este indicio requiere su previa acreditación a través de prueba técnica, la misma que debe observar ciertas pautas para poder afirmarse que se trata de un *indicio probado.* A continuación, propongo algunas de estas pautas.

Primero, es conveniente que el objeto del examen pericial se encuentre adecuadamente delimitado, debiéndose establecer con precisión no solo cuál es el propósito perseguido mediante el examen pericial, sino también los factores a tomar en consideración durante su elaboración.

Segundo, el indicio de perjuicio patrimonial solamente puede considerarse acreditado mediante pericia que contengan conclusiones de tipo categórico. En ese sentido, la sentencia del 15 de enero de 2013 emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos (Exp. N° 093-2011, p. 12). Dicho carácter definitorio de la prueba pericial se deriva no solo de la fortaleza del informe pericial sino básicamente del examen de los peritos en el juicio oral.

Tercero, debe tomarse en consideración que la designación de peritos debe ceñirse a lo previsto en el artículo 173.2° del Código Procesal Penal. Este dispositivo identifica cuáles son los órganos especializados que pueden ser considerados para los efectos de realización de la pericia oficial: "La labor pericial se encomendará, sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que presentarán su auxilio gratuitamente. También podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes".

Aunque este dispositivo puede considerarse una cláusula abierta en la medida en que comprende no solo como posibles responsables de la elaboración de la Pericia al "Laboratorio de criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica", posteriormente da cobertura a "universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general" de modo tal que la cobertura del dispositivo se hace mucho más extensa.

Es además preciso considerar la trascendencia que tiene el artículo 177° del Código Procesal Penal que establece la posibilidad de que los sujetos procesales, una vez producida la designación de peritos oficiales, puedan designar, cada uno de ellos por su cuenta, los peritos que considere necesarios a fin de que presencie las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones que considere necesarias y deje las constancias que su técnica le aconseje. La vigencia y utilidad de este dispositivo, destinado a habilitar y hacer viable el derecho a controlar la prueba que ostentan los sujetos procesales permitiendo su intervención en las operaciones periciales oficiales, es aún incipiente por lo que, en mi opinión, el fiscal a cargo de la investigación preparatoria, en estas fases aún incipientes de aplicación del nuevo Código Procesal Penal, debería informar a los sujetos procesales respecto a la posibilidad que tienen de controlar la prueba a través de la designación de peritos de parte.

Cuarto, como cuestión final de este apartado, debe examinarse el rol que corresponde a los peritos fiscales, esto es, aquellos especialistas que intervienen en el proceso penal a costa del Ministerio Público, es decir, cuyos servicios profesionales son abonados por el propio órgano a cargo de la carga de la prueba.

En mi opinión, la vinculación existente entre los denominados peritos fiscales y el Ministerio Público provoca que la exigencia de imparcialidad del perito sea cuestionable y difícilmente defendible, lo que debilita, desde el inicio, la fortaleza probatoria de este tipo de pericias; igual razonamiento puede proponerse si se recurre a una pericia presentada por el actor civil (procuraduría especializada). A diferencia de lo que ocurre con los "informes generales" de la Contraloría General de la República que, conforme al Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116, "gozan de una presunción *iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia" precisamente por su falta de relación con el órgano a cargo de la prosecución penal, en el caso de las pericias fiscales dicha desvinculación es insostenible y, por lo tanto, produce efectos sobre el valor probatorio de la pericia.

8.3. El indicio de perjuicio patrimonial derivado de los defectos en el bien o servicio contratado

El perjuicio patrimonial no se deriva solamente de los excesos en el costo de la contratación, sino puede responder a defectos en los bienes o servicios objeto de la contratación pública. Desde esa perspectiva, los desperfectos que pudieran apreciarse en los bienes o las deficiencias en el servicio contratado constituyen un indicio de posible concierto colusorio.

Ahora, respecto a este indicio deben señalarse dos cuestiones: (i) Los defectos del bien adquirido o del servicio contratado deben encontrarse acreditados pericialmente; y, (ii) los defectos deben ser atribuibles a la conducta de los particulares, esto es, debe existir una relación de causalidad. Respecto al primer aspecto, me remito a las consideraciones precedentes; respecto al segundo aspecto deseo profundizar.

La existencia de defectos en el bien o servicio objeto de acreditación constituirá un indicio de concertación ilegal si los mismos resultan atribuibles, en términos causales, al proveedor. Esto supone que deberá ser sometida a probanza judicial dicha relación de causalidad.

8.4. Incumplimientos contractuales como indicio de concertación

La misma casuística del sistema de justicia penal anticorrupción permite reconocer supuestos en los que la existencia de incumplimientos contractuales es utilizada como indicio de concertación entre funcionario público y particulares (por ejemplo, demoras en la entrega de los bienes o en la prestación del servicio).

En mi opinión, aunque no se descarta de antemano, muy difícilmente puede considerarse el incumplimiento contractual como indicio de acuerdo colusorio. Esto por una razón muy sencilla: el beneficio económico, móvil predominante en el delito de colusión desleal, solo puede ser obtenido si en el caso concreto se verifica el pago por parte de la Administración Pública y, para que esto ocurra, los órganos competentes deben expresar su conformidad con el bien o servicio. En ese contexto, las posibilidades de que exista un acuerdo colusorio pasan por establecer que la dependencia usuaria del bien o servicio, generalmente distinta de aquella a cargo del proceso de contratación pública, se encuentra también inmersa en un acuerdo colusorio o de que el acuerdo colusorio se produjo en la fase de ejecución de la contratación pública.

En los supuestos, residuales como hemos precisado, en los que se quiera recurrir al indicio del incumplimiento contractual aquel será aplicable siempre que dicha circunstancia se encuentre debidamente acreditada

mediante la respectiva decisión por parte de la Administración Pública de resolución contractual, de lo contrario se llegaría al absurdo de calificar penalmente –y no civilmente– el incumplimiento contractual, con evidentes efectos en las competencias judiciales (pues un juez penal estaría definiendo aquello que corresponde evaluar al juez civil). En este grupo de casos –esto es, en aquellos casos en los que la Administración Pública ha dispuesto la resolución contractual– la aplicación del indicio de incumplimiento contractual se debilita en todos aquellos casos en los que exista refutación por parte del particular.

8.5. Inexperiencia de la persona natural o jurídica contratada como indicio de concertación ilegal

La falta de experiencia de la persona natural o jurídica contratada no tiene utilidad como indicio por sí mismo, en la medida en que significaría, al menos de modo indirecto, una limitación a la libertad empresarial pues impediría que aquellas personas naturales o empresas que se inician en la prestación de bienes o servicios a favor del Estado verían seriamente afectadas su posibilidad de concursar pues los funcionarios públicos descartarían optar por sus propuestas.

La utilidad de la falta de experiencia se circunscribe a la acreditación del indicio del perjuicio patrimonial derivado de los defectos en los bienes o servicios objeto de contratación pues aquella –la falta de experiencia– puede ser la causa de dichas deficiencias.

8.6. El comportamiento posterior como indicio de intervención en el acuerdo colusorio

Otro indicio que suele ser utilizado para inferir la intervención del imputado en el hecho delictivo es su comportamiento posterior al hecho imputado; en ese contexto se pueden identificar distintas variables: (i) las conductas de autoencubrimiento o de encubrimiento de terceros relacionadas a la desaparición de las huellas o efectos del delito; (ii) de omisión de los deberes de denunciar o sancionar a los autores o partícipes del hecho delictivo o incluso de justificación de la conducta delictiva y de sus responsables; y, (iii) la actividad delictiva desarrollada por el autor con posterioridad al hecho delictivo que resulte reveladora de la *profesionalidad* criminal del agente.

Respecto a las dos primeras variables, es necesario reconocer que esta clase de indicios es contingente, pues el móvil de la conducta posterior puede ser divergente al de ser responsable del hecho delictivo. En ese sentido, por ejemplo, el encubrimiento a favor de tercero puede responder a factores como el afecto o

las relaciones personales que unen a la persona con el autor del delito; la omisión de denuncia o de investigar puede responder a la negligencia o indiferencia de la persona; y la justificación del hecho delictivo o la persona imputada del mismo puede responder a la real adhesión intelectual al mismo.

Respecto a la tercera variable, es de insistir que su utilidad está asociada a los procesos penales seguido contra *delincuentes profesionales*, en los que la conducta posterior revele una carrera criminal que ha sido desarrollada con anterioridad al hecho investigado.

8.7. Los antecedentes delictivos o de ilicitud administrativa

En ciertos casos, la existencia de antecedentes ya sea de índole criminal como de ilicitud administrativa puede servir para inferir la participación del imputado en el delito: si el imputado ha infringido la ley penal o administrativa anteriormente, de dicho dato podría inferirse que es capaz de infringir la ley penal o administrativa nuevamente.

Sin embargo, es importante reconocer que la utilización del antecedente criminal o contravencional debe ser residual, en tanto elemento de escasa fortaleza (indicio débil). Se trata más bien de un indicio complementario y de revalidación de otros ya existentes.

La utilización residual de esta clase de indicio tiene fundamento en el principio de responsabilidad por el hecho. En efecto, en un Derecho Penal de acto, las condenas penales solo pueden encontrarse afianzadas en la realización por parte del imputado de conductas calificadas por la ley penal como relevantes. Sustentar una condena exclusiva o fundamentalmente en la conducta anterior del imputado implica afectar las estructuras del principio de responsabilidad penal por el hecho.

Ahora, es conveniente introducir un matiz a esta afirmación, relacionada a aquellos casos en los que la conducta delictiva o ilícita revela (i) una relación delictiva previa; o, (ii) el modus operandi singular que se repetiría en el nuevo hecho delictivo imputado.

Ejemplos:

Supuesto i: En el caso "Abencia Meza", la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostuvo que la existencia de agresiones físicas previas realizadas por la acusada Abencia Meza sobre la fallecida Alicia Delgado permitían inferir un contexto de victimización que sirvió para inferir la intervención de la acusada en el hecho investigado (Ejecutoria del 19 de diciembre de 2012 (R. N° 1192-2012, Caso Abencia Meza, pp. 51-56).

Supuesto ii (Caso hipotético): Si el imputado tiene condenas previas por delito de estafa cometido falsificando firmas en letras de cambio que no son protestadas y que adquieren posteriormente mérito ejecutivo mediante procesos de prueba anticipada desarrollados irregularmente, si dicho *modus operandi* guarda similitud con el nuevo hecho investigado, su singularidad permitirá reconocerle un mérito probatorio mayor.

8.8. La posición dominante del imputado en la estructura funcional administrativa

Es común apreciar que la posición del imputado dentro del aparato gubernamental suele ser utilizado como un indicio de participación en el hecho delictivo.

Ahora, creo necesaria hacer ciertas distinciones entre la posición del imputado en la estructura gubernamental como fundamento de la responsabilidad penal y aquella como indicio de intervención delictiva en el hecho.

Aunque es usual apreciar que ciertas imputaciones penales se fundan únicamente en la ostentación de un cargo especialmente relevante en el contexto de la Administración Pública, aquella circunstancia no constituye razón suficiente para determinar la responsabilidad penal del funcionario público. Solo la efectiva comprobación de la intervención, activa u omisiva, del agente público en el hecho imputado puede generarle responsabilidad penal. Este razonamiento deriva directamente del principio de responsabilidad personal.

Sin embargo, lo antes indicado no impide considerar la posición del imputado en la estructura funcionarial como *indicio de intervención*, activa u omisiva, en el hecho. Esto debido a que dicha posición determina el dominio del funcionario público sobre la estructura (delitos de dominio), delimita los deberes funcionariales (delitos de infracción del deber) o permite identificar los ámbitos de conocimiento del agente (imputación subjetiva).

En ese sentido, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 07 de abril de 2009, Exp. AV N° 0019-2001, p. 192: "es de colegir, como se ahondará con más detalles en el capítulo correspondiente, que aunque el acusado Fujimori Fujimori no expresó nada concreto sobre las OEI y específicamente negó su intervención en esta OEI, si se tiene en cuenta que como Presidente de la República, jefe supremo de las FFAA, máxima autoridad del Sistema de Defensa Nacional y a quien el SIN, que estaba bajo su inmediata dependencia, le daba cuenta directa de su actividad, habiendo incluso entregado a Montesinos Torres el poder suficiente para controlar esa institución

y todo el SINA, era evidente que estaba al tanto de lo sucedido, de la propia gestación de esa operación, tanto más si una vez surgidos públicamente y de manera consistente los primeros indicios de lo ocurrido encabezó una actividad extraordinaria de encubrimiento y de persecución a los denunciantes".

9. Ideas de cierre sobre la prueba indiciaria en el delito de colusión

Dadas las características y especiales dificultades que reviste la persecución penal de los supuestos de corrupción administrativa, la utilización de la prueba indiciaria constituye un recurso habitual que impone a los órganos del sistema de administración de justicia penal una serie de retos orientados a evitar que dicha dificultad recale en la impunidad del hecho.

Surge así la necesidad de compatibilizar las necesidades de prevención del delito, mediante la sanción efectiva del mismo, las dificultades probatorias y las pautas subyacentes al modelo acusatorio garantista impuesto por nuestro ordenamiento procesal penal (Salas Beteta: 2012, p. 192).

La solución a los problemas consustanciales a la persecución de este tipo de delitos no radica en la utilización irreflexiva de la prueba indiciaria que viene llevando a la formulación de imputaciones y de acusaciones fiscales basadas en meras sospechas. Urge encontrar correctivos de índole metodológico que permitan que el Ministerio Público –encargado de la investigación en el nuevo modelo procesal penal y, por lo tanto, responsable principal de la interpretación del indicio (García Cavero: 2010, p. 83)– cumpla de modo adecuado y eficiente su función persecutoria del delito (Salas Beteta: 2012, p. 211).

En este punto hay que enfatizar que el actual Estatuto Procesal Penal proporciona al fiscal penal un catálogo más que abundante de herramientas que pueden servir para superar los problemas intrínsecos asociados a estas formas de criminalidad (por ejemplo, la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones y el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, entre otros), circunstancia a la que cabe agregar que los términos o plazos contemplados por el Código Procesal Penal para la investigación preparatoria en estos casos es suficientemente extenso como para permitir al Ministerio Público cumplir con las obligaciones impuestas por la ley. Con esta serie de elementos el Ministerio Público carece de justificación alguna para incurrir en la mala praxis de formular imputaciones penales en base a simples sospechas o especulaciones incorrectamente arropadas bajo el manto de interpretaciones inexactas de las fórmulas legales reguladoras de la prueba indiciaria.

10. La prueba del perjuicio patrimonial

El medio más adecuado para acreditar el perjuicio patrimonial, según marcada línea jurisprudencial, es la pericia contable y/o financiera, dependiendo de las características del caso en particular. Sin embargo, ello no puede llevar a considerar que en este plano predomine una regla de necesidad probatoria (el perjuicio patrimonial solo se acredita con prueba pericial), sino de idoneidad probatoria, conforme al cual será la capacidad del medio de prueba para generar certeza sobre el perjuicio patrimonial la que determinara su utilidad.

Aunque excepcionalmente la acreditación del perjuicio patrimonial se puede alcanzar a través de prueba distinta de la prueba pericial, la jurisprudencia no ha dejado de exigir que aquella cumpla con la estándar de idoneidad epistémica, esto es, que el medio de prueba tenga la capacidad de generar certeza sobre el perjuicio patrimonial. Esa idoneidad epistémica, como refiere la sentencia casatoria del 11 de octubre de 2024 (Casación N° 68-2023-Lambayeque), no puede determinarse apriorísticamente, sino que debe considerar las particularidades del caso (fundamento jurídico quinto).

§

II

CAPÍTULO II

EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

ARTÍCULO 399° DEL CÓDIGO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

§ 1. El itinerario de la política criminal peruana nos permite reconocer una marcada tendencia a la *instrumentalización política de la ley penal*: la ley penal deja ser un mecanismo de protección de bienes jurídicos y se transforma en una herramienta destinada a la obtención de réditos políticos en donde la legalidad penal cede ante las presiones mediáticas y políticas.

En ese contexto, no ha sido extraño observar como ciertos tipos penales han servido a dichos propósitos: asociación para delinquir, colusión desleal, crimen organizado, lavado de activos. Estos tipos penales, al contener diversos elementos normativos resultan particularmente "flexibles" y, por lo tanto, útiles al objetivo represivo, circunstancia que se veía favorecida por las amplias escalas punitivas previstas en los mismos. Afortunadamente, el desarrollo de la doctrina jurídico penal y la jurisprudencia nacional han servido para introducir *topes de racionalidad* en la aplicación de los referidos tipos penales.

Esto, sin embargo, no supone que la arbitrariedad en la aplicación de la ley penal haya desaparecido, sino que simplemente ha mutado y se ha trasladado a otros contextos. Uno de ellos es, precisamente, el delito de negociación incompatible que al igual que los tipos penales antes referidos contiene una serie de elementos normativos ("indebidamente", "interesarse") que generan un alto peligro de utilización arbitraria.

El propósito de estos comentarios es precisamente el proponer una lectura racional del artículo 399° del Código Penal que impida la funcionalización a la que se ha hecho alusión anteriormente.

§ 2. Ahora, no será dificil reconocer que este delito tiene marcadas similitudes con el delito de colusión desleal (Salinas Siccha: 2014, p. 565), particularmente por tratarse de un delito que se circunscribe también a la actuación del funcionario público en el ámbito contractual (Jareño Leal: 2011, p. 143). Este dato será relevante en la lectura que propondremos del texto legal en la medida en que constituye un dato indicador de la función político criminal que cumple el delito de negociación incompatible.

II. DESCRIPCIÓN LEGAL

Aunque este delito ha sufrido modificaciones y ha sido reubicado sistemáticamente –al trasladarse del artículo 397° al artículo 399° del Código Penal– los cambios operados no han afectado la estructura del delito, cuya redacción actual, conforme a la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013, es la que sigue:

> **"Artículo 399°. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo.-** El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa".

III. EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO

1. Cuestiones generales

Pese a que la doctrina especializada parece reconocer importancia menor a la labor de identificación del bien jurídico, debido a la superficialidad con que dicha cuestión es abordada, es innegable que se trata de un aspecto de relevancia fundamental por consideraciones tanto político criminales como dogmáticas.

Desde la **perspectiva político criminal** es notoria la trascendencia que tiene la identificación del bien jurídico de cara a reconocer su efectivo carácter limitador del poder punitivo estatal (función de garantía del bien jurídico). Esta importancia es soslayada por quienes obvian un estudio minucioso del interés penalmente tutelado y se limitan a hacer declaraciones superficiales respecto a la identidad del mismo. Esa crítica cabe formularse a quienes se limitan a sostener que el bien jurídico protegido es el *correcto funcionamiento de la Administración Pública.*

A este respecto, conforme ha resaltado Castillo Alva (2009: pp. 376-377) con referencia a Pagliaro, muchos de los planteos sobre el bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública –particularmente aquellas que conectan la identidad del bien jurídico, con los deberes o valores institucionales cuya afectación pretende prevenirse– no hacen más que resaltar ciertos datos sociológicos o identificar idearios político-criminales, pero no cumplen con delimitar adecuadamente los contornos del interés jurídico tutelado penalmente y ello, como es evidente, dificulta satisfacer las funciones de garantía e interpretativa del bien jurídico.

Desde la **perspectiva dogmática**, la identidad del bien jurídico sirve para delimitar los alcances del tipo penal (función interpretativa del bien jurídico), conforme se ha referido en múltiples ocasiones. A través de la identificación precisa del bien jurídico podrán reconocerse los límites del tipo penal sobre la base del estándar de racionalidad penal que resulta ser el principio de lesividad penal. De allí que resulte fundamental dedicar ciertos esfuerzos a determinar, más allá de las declaraciones superficiales antes indicadas, cuál es el interés social vital protegido a través del artículo 399° del Código Penal. Dicha labor solo puede realizarse a partir del contenido de la ley penal.

En efecto, la única forma de lograr una labor de exégesis de la ley penal es reconociendo que ella es el punto de referencia de toda construcción jurídica y, como es obvio, la identificación del bien jurídico protegido penalmente no puede ser una excepción. De ese modo se evita también la recurrente confusión de los planos de análisis de *lege lata* y de *lege ferenda*.

2. Formulaciones del bien jurídico construídas con relación a las nociones de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública

La doctrina nacional dominante identifica el bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible con el principio de imparcialidad que debe guiar el comportamiento de todo funcionario o servidor público (Abanto Vásquez: 2001, p. 446; Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 113; Reátegui Sánchez: 2015, p. 713; Rojas Vargas: 2016, p. 349; Rosales Artica: 2021, p. 86) y que resulta de particular importancia en espacio como el de la contratación pública en los que el funcionario público debe adoptar decisiones de selección y adjudicación en favor de particulares que pueden afectar gravemente los intereses patrimoniales del Estado.

Esta identificación del bien jurídico en el delito de negociación incompatible ha sido reconocida por la jurisprudencia como uno de los objetivos de la represión de la negociación incompatible se encuentra *evitar que los funcionarios públicos actúen de modo parcializado*. En ese sentido se han pronunciado, entre otras, las decisiones correspondientes al Recurso de Nulidad N° 666-2016-Áncash y la Casación N° 628-2015-Lima.

Es de advertir que muchos de los autores que se decantan en favor de la imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible, incorporan elementos eticizantes en sus posturas como la lealtad y probidad (Reátegui Sánchez: 2015, p. 713; Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert:

2021, p. 113) o introducen componentes adicionales como la objetividad (Rojas Vargas: 2016, p. 349).

Por otro lado, existen planteamientos que abordan la cuestión desde la perspectiva que proporciona el principio de transparencia. En ese sentido, Castillo Alva considera que el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es *la transparencia en la actuación del funcionario público en el ámbito particular de la contratación estatal* (2009, p. 376). Este elemento ha sido incorporado dentro del halo de intereses afectados por la negociación incompatible por algunas decisiones judiciales (Casaciones 628-2015-Lima y 231-2017-Puno).

3. La imparcialidad en la contratación pública como primer componente del bien jurídico tutelado

Los delitos contra la Administración Pública sirven a la protección de bienes jurídicos institucionales y, por ello, resulta habitual reconocer que la tutela penal que dichos delitos proporciona abarca una pluralidad de intereses o valores que resultan instrumentales a la protección del interés institucional general: la funcionalidad de la Administración Pública.

En ese contexto, una labor consciente de la importancia que tiene la identificación del bien jurídico en clave teleológica debe identificar esos intereses o componentes y reconocer cómo es que los mismos se articulan para lograr una protección eficaz del bien jurídico institucional.

En esa línea de ideas, no puede negarse que el delito de negociación incompatible tiene una proyección directa sobre el principio de imparcialidad en la contratación estatal que constituye uno de los intereses jurídicos protegidos mediante el delito de negociación incompatible a partir de la verificación de su conexión con el prohibición de incurrir en conflicto de intereses.

Conforme explicaremos en líneas posteriores, al incurrir en la conducta descrita en el artículo 399° del Código Penal el funcionario o servidor público incurre en *conflicto de intereses* que constituye un comportamiento que afecta y compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación pública.

El impacto del conflicto de intereses en la imparcialidad del procedimiento de contratación pública es resaltado por el artículo 6° de la Ley General de Contrataciones Públicas que establece que el conflicto de intereses puede afectar el *enfoque de integridad* que debe asumirse en el plano de las contrataciones públicas. A una lógica similar responde el artículo 64.2° de la Ley de Contratos del Sector Público de España.

Desde una perspectiva más general, conviene recordar que el conflicto de interés es una de las prácticas indebidas en el ejercicio de la función pública, conforme prevé el artículo 8.2° de la Ley del Código de Ética de la Función Pública (Ley N° 27815) que prohíbe "mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo".

El conflicto de interés afecta la imparcialidad en la gestión de la contratación estatal pues genera el riesgo de que el funcionario público oriente sus decisiones en función a su interés propio, desatendiendo criterios técnicos objetivos (Morón Urbina-Aguilera Becerril: 2017, p. 77). Sin una clara separación y distinción entre el interés personal y el interés público, se afecta la credibilidad que debe tener la ciudadanía respecto del modo en que se desarrolla la gestión pública de la contratación (Morón Urbina: 2014, p. 259). Como se observa, la *ratio* de la prohibición del conflicto de interés se vincula directamente con la protección del principio de imparcialidad en la función pública que debe guiar el comportamiento de todo funcionario público por imperio del artículo 39° de la Ley del Servicio Civil (Ley N° 30057).

4. Construcción patrimonialista del delito de negociación incompatible y su trascendencia en la determinación del bien jurídico protegido penalmente (segundo componente)

Pero la protección de la imparcialidad resulta funcional a la protección del patrimonio estatal. La validez de esta propuesta puede reconocerse a través de una serie de signos o señales específicas.

El primer signo distintivo de que el tipo penal de negociación incompatible pretende, ulteriormente, la protección del patrimonio estatal es que su construcción utiliza terminología esencialmente patrimonialista. Esto, es lógico, si consideramos que el delito de negociación incompatible se produce en un ámbito funcionarial –como el de la contratación pública– en el que predominan referencias y se producen efectos patrimoniales.

En efecto, debido a que el artículo 399° del Código Penal reconoce que el delito tiene lugar con relación a "*cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo*", puede decirse que la base del mencionado delito se asienta en la idea de contractualidad (Abanto Vásquez: 2001, p. 447). Es ese contexto, conforme indicamos anteriormente, los *contratos u operaciones* realizados por el Estado tienen generalmente trascendencia o efecto patrimonial. En esa línea, Creus-Buompadre (2007) sostienen "es prácticamente imposible sostener la

existencia de un contrato u operación que no tenga alguna trascendencia de índole económica" (p. 326).

Por otro lado, la utilización de la expresión "*en provecho propio o de tercero*" dentro de la estructura típica del delito de marras permite reconocer un componente subjetivo de tradicional raigambre patrimonialista, esto es, el ánimo de lucro.

La opción de considerar como bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible al patrimonio del Estado goza de recepción jurisprudencial, conforme puede apreciarse de la Resolución del 4 de julio de 2007, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (R. N° 373-2007-Lima). En la misma se señala textualmente:

> "El bien jurídico específico que es protegido en el delito de negociación incompatible no puede ser cualquier conducta de interés indebido en un contrato u operación, sino solo aquella que implique el peligro de perjuicio patrimonial para la Administración Pública".

Conforme a lo antes expuesto, es posible sostener que el objeto de protección penal es el patrimonio del Estado que resulta amenazado, a su vez, mediante la conducta del funcionario público que afecta el principio de imparcialidad en la gestión contractual estatal, al apartarse de su posición de defensa de los intereses patrimoniales del Estado en favor de un interés particular personal.

Por estas razones, deberán recusarse los argumentos en virtud de los cuales se pretende negar relevancia al patrimonio estatal dentro del objeto de tutela penal del delito de negociación incompatible. Dicha posición parte de un silogismo erróneo que inicia con la siguiente premisa "el delito existe aunque no haya un perjuicio para el Estado" (Castillo Alva: 2009, p. 578; Vílchez Chinchayán: 2021, p. 274), a partir de la cual se infiere que el tipo penal de negociación incompatible no abarca la tutela penal del patrimonio estatal. A lo largo de las líneas precedentes y posteriores se reconocen una serie de razones que explican que estamos frente a un delito en el que la potencialidad de la lesión patrimonial (riesgo) resulta un factor delimitador de la cobertura del tipo penal; en ese orden de ideas, requerir un *perjuicio* resulta incongruente con el reconocimiento de este delito como uno de *peligro*.

5. Determinación de la relación entre el patrimonio estatal y el correcto funcionamiento de la Administración Pública

Hasta este punto quedaría por determinar si la posición predominante en doctrina respecto al bien jurídico protegido en este delito (la funcionalidad

o correcto funcionamiento de la Administración Pública) es compatible con la aquí defendida.

En esa línea, no queda más que destacar la relación medial existente entre la protección penal de la imparcialidad en la gestión contractual estatal y el patrimonio estatal con la idea de funcionalidad del correcto funcionamiento de la Administración Pública, de modo tal que el primero aparece como un *bien jurídico intermedio*, ubicado *a caballo* entre la conducta típica y el correcto funcionamiento de la administración de justicia que constituye el *bien jurídico genéricamente* protegido. Es decir, el *patrimonio del Estado constituye un medio para asegurar la funcionalidad del sistema, que constituye así la finalidad ulterior.*

De este modo, no solo se propone identificar el bien jurídico penalmente tutelado de modo compatible con la finalidad general del Derecho Penal en relación a la Administración Pública –esto es, la protección de su correcto funcionamiento– sino que se incorporan elementos de concreción que permiten satisfacer las funciones de garantía e interpretación propia del bien jurídico.

IV. ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

1. El autor

Respecto al autor, el tipo penal hace una doble restricción: (i) la primera, limitando la aplicación de este tipo penal a quienes poseen condición de funcionario o servidor público; y, (ii) la segunda, exigiendo la concurrencia de un nexo funcional entre el funcionario o servidor público y el contrato u operación respecto de la cual muestra interés simulado. Sobre la primera restricción ya hemos indicado lo pertinente en el capítulo correspondiente a los alcances de la condición de funcionario público. Las reflexiones que siguen se vinculan, por tanto, a la segunda restricción.

La redacción legal del delito de negociación incompatible establece –como condición para su aplicación– que exista una conexión *por razón de su cargo* entre el funcionario público y el contrato u operación objeto del interés indebido. La intervención del funcionario o servidor público en el contrato u operación debe responder a la asignación previa de funciones en el marco normativo preexistente y en rigor respecto de la entidad pública de la cual se trate (Rosales Artica: 2021, p. 121; Salinas Siccha: 2014, p. 573; Reátegui Sánchez: 2015, p. 729). No es, por tanto, significativa la posición del funcionario público dentro de la estructura funcionarial, sino más bien su relación funcional con el contrato público o la operación (Castillo Alva: 2009, p. 586.

Ahora, dado que el tipo penal no sugiere una limitación en esos términos, podrá ser autor del delito de negociación incompatible no solo aquel que tenga potestad plena de decisión –como proponen (Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, pp. 113-114)– sino a todo aquel que intervenga o participe en cualquier fase del procedimiento de contratación pública o de la operación (Castillo Alva: 2009, pp. 586, 590; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 220; Rojas Vargas: 2016, p. 351; Rosales Artica: 2021, p. 122; Salinas Siccha: 2014, p. 576).

2. La conducta típica y el nexo de riesgo

El comportamiento penalmente relevante es el de *interesarse indebidamente por cualquier contrato u operación* en que el autor interviene por razón de su cargo. Se observan dos elementos normativos "interesarse" e "indebidamente".

El comportamiento o acción típica debe expresar un particular *interés* por parte del funcionario público. Se trata por ende de un comportamiento que revela objetivamente una orientación o tendencia particular: la de beneficiarse (Abanto Vásquez: 2001, p. 449). Sobre esto conviene hacer unas precisiones.

La **primera precisión** que convendría hacer es reconocer que la expresión "interesarse" no implica en absoluto que el funcionario o servidor público deba asumir una posición de neutralidad o imparcialidad pues, como es propio de su función, existe un *interés* –fundado en su deber especial– a favor de la Administración Pública. El funcionario o servidor público debe, en efecto, *interesarse* en los contratos u operaciones que intervenga, pero a favor de la Administración Pública.

Esta afirmación no pretende negar la existencia de *imparcialidad* en la gestión pública contractual, sino reconocer que aquella se proyecta y desarrolla de un modo distinto, buscando que la concurrencia de los particulares frente a los contratos públicos se desarrollen sin interferencias indebidas.

Una **segunda precisión** a formular se vincula al indicador legislativo que revela el carácter indebido del interés: a saber, la referencia de que el interés opera *en provecho propio o de tercero*. En virtud del mismo, se reconoce que se trata de un comportamiento a través del cual el funcionario o servidor público busca sacar ventaja propia o parte tercera persona. Se trata, entonces, de un interés particular o propio, distinto a los intereses de la Administración Pública (Salinas Siccha: 2014, p. 567). En consecuencia, el *interés indebido* debe ser opuesto a los intereses de la Administración Pública pues solo de ese modo se contrastará la potencialidad lesividad de la conducta.

El funcionario público a partir del comportamiento típico asume *un interés de parte* (Rosales Artica: 2021, p. 115). Se aprecia así el desdoblamiento de la

actuación del funcionario público (Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 220; Reátegui Sánchez: 2015, p. 719; Rosales Artica: 2021, p. 129; Salinas Siccha: 2014, p. 568; Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 115). Ese desdoblamiento ubica al funcionario público en una situación de *conflicto de interés* (Rosales Artica: 2021, p. 130) en el que el interés público que debe atender choca con el interés particular que se haya generado (Subirana de la Cruz: 2020, p. 353).

Se puede reconocer así que el *interés indebido* constituye una forma de conflicto de interés que genera el riesgo de que la adjudicación del contrato público sea determinada por factores ajenos al interés estatal (Campos Acuña: 2019, pp. 133-134). De este modo, el ejercicio funcional guiado por el interés particular (y no por el interés institucional) impacta en la credibilidad y el juicio profesional del funcionario o servidor público.

Como **tercera precisión** podemos indicar que aunque el texto expreso de la ley no establece ni precisa el tipo de interés que tiene el funcionario o servidor público (Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 220) o la clase de provecho que este obtendría, desde una lectura teleológica del tipo penal debemos concluir que aquel debe tener contenido patrimonial pues solo de ese modo se constatará el nexo de riesgo que debe existir entre la conducta típica (relacionada a contratos públicos) y el bien jurídico protegido penalmente (el patrimonio del Estado).

Esta relación entre el *interés indebido* y el *patrimonio del Estado* deriva de la decisión legislativa de seleccionar los actos funcionariales que pueden ser objeto de negociación incompatible (contrato u operación) y reconocer que estos tienen exclusivo contenido patrimonial. En ese sentido se ha pronunciado la doctrina predominante (Abanto Vásquez: 2001, p. 452).

En tal virtud, los actos funcionariales que no comprometan el patrimonio del Estado no resultan constitutivos del delito de negociación incompatible. Lo antes indicado nos permite reconocer la importancia que tiene la aplicación de los criterios de imputación objetiva para evitar extensiones inaceptables del tipo penal a partir de verificar la relación de riesgo entre el comportamiento típico y el efecto sobre los intereses jurídicos tutelados (similar, Castillo Alva: 2009, p. 589).

Finalmente, como **cuarta precisión**, debe indicarse que la actuación funcional que se desarrolle dentro de los contornos previstos en el marco normativo respectivo no podrá calificarse como *interés indebido* –incluso si es guiado por un motivo espurio– al integrarse dentro del espacio de riesgo permitido que deriva de la existencia del referido marco legal (Castillo Alva: 2009, p. 593).

3. Negocios jurídicos sobre los que se produce el interés indebido

No todos los actos funcionariales pueden ser objeto del delito de negociación incompatible, solamente aquellos que tengan contenido económico o patrimonial (Abanto Vásquez: 2001, p. 454), tal como se desprende de la utilización de los elementos normativos *contrato u operación.*

El contenido patrimonial es evidente en la expresión *contrato,* elemento normativo de raigambre civilista y que goza de una definición legal proporcionada por el artículo 1351° del Código Civil que expresamente indica: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica **patrimonial**". La Ley General de Contrataciones Públicas define al contrato de forma similar como "acuerdos celebrados entre una entidad contratante y un proveedor, con el fin de asumir obligaciones recíprocas para abastecer a la entidad contratante de bienes, servicios u obras" (artículo 4°). Estas definiciones legales dejan en evidencia el carácter patrimonial del negocio jurídico en que interviene el funcionario o servidor público en razón de su cargo.

Con relación a la expresión *operación*, recurriendo a su sentido literal posible, esta viene a ser la "negociación o contrato sobre valores o mercaderías" (Real Academia de la Lengua Española) con lo cual su contenido patrimonial es también notorio, sin que se generen mayores dudas al respecto. Se trata de actividades de carácter unilateral y en las que el Estado tiene un interés económico-patrimonial (Castillo Alva: 2009, p. 604; Rojas Vargas: 2016, p. 353).

A través del análisis del significado jurídico penal de las expresiones *contrato* u *operación* puede llegarse a la conclusión de que el contexto funcionarial en que puede producirse el delito de negociación incompatible es exclusivamente patrimonial, lo que guarda perfecta armonía con la propuesta de identidad del bien jurídico protegido penalmente.

De este modo, solo podrán considerarse conductas típicas, a título de negociación incompatible, aquellas en que se observe que el funcionario o servidor público ha intervenido a favor de los intereses privados en desmedro potencial de los intereses patrimoniales de la Administración Pública.

Ahora, es importante advertir que no es condición típica que el contrato u operación sobre la cual se dirige el interés indebido por parte del funcionario público haya, en efecto, llegado a su suscripción o se haya ejecutado o menos aún que produzca un perjuicio patrimonial al Estado (en ese sentido, Abanto Vásquez: 2001, p. 455; Salinas Siccha: 2014, p. 578; Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 117). Es perfectamente posible que el interés indebido tenga lugar en cualquier momento previo al perfeccionamiento de la relación contractual o económica y mientras aquella subsista. Si la relación contractual

se extinguió –como adecuadamente resalta Abanto Vásquez (2001, p. 455)– no podrá configurarse el delito.

No obstante, si es exigible la verificación de una relación de riesgo respecto del bien jurídico, en virtud de la cual sea posible identificar un peligro potencial sobre el patrimonio de la Administración Pública. Por ende, para afirmar la atipicidad del comportamiento debería reconocerse la *idoneidad lesiva de la conducta respecto del patrimonio estatal* (Abanto Vásquez: 2001, pp. 452-453; Salinas Siccha: 2014, p. 567).

4. Modo de realización del comportamiento típico: directa, indirectamente o por acto simulado

Pese a la parca que resulta la redacción del artículo 399° del Código Penal en términos de proporcionar información relevante respecto del contenido del comportamiento típico, si se precisa que puede ser realizado de modo directo, indirecto o a través de *acto simulado.*

Respecto de la realización directo o indirecta parecen no existir mayores controversias sobre su alcance, por lo que limitaremos nuestro análisis al *acto simulado* que, conforme advertía Salinas Siccha, hace referencia en realidad a una expresión particular del interés indirecto (2014, p. 570).

El acto simulado es aquel en virtud del cual se *finge o imita aquello que no es* (Real Academia Española). A partir del sentido literal posible del término, podemos reconocer que la referencia legislativa al *acto simulado* no tiene limitantes respecto al tipo de simulación o el objeto sobre el que recae la simulación. Por esa razón no encontranos razones plausibles para considerar que la referencia al acto simulado en el delito de negociación incompatible solo la simulación *in actum* como proponen Castillo Alva (2009, p. 608) y Salinas Siccha (2014, p. 570). El acto simulado puede también tener esa condición cuando sino también la simulación *in personam.*

5. El rol del particular en el delito de negociación incompatible

Uno de los aspectos más controvertidos con respecto a la práctica forense de este delito, es el de la relevancia penal del tercero en favor de quien se asigna el contrato u operación. Esta discusión, incentivada por la sentencia casatoria del 6 de noviembre de 2019 (Casación N° 346-2019-Moquegua) que rechazaba la posibilidad de que el *extraneus* pudiera determinar al *intraneus* a la realización del acto que expresa el interés indebido.

Superando la discusión de si es teóricamente posible la intervención del tercero como partícipe del delito de negociación incompatible, si es posible formular algunas acotaciones que pueden servir para generar una práctica penal más razonable.

Una **primera acotación** tiene que ver con la imposibilidad de admitir una relación entre el funcionario o servidor público y el particular en la que exista –de por medio– un acuerdo de voluntades entre ambos que se vincule directa o indirectamente a un contrato u operación en que ambos tengan interés, pues ello determinaría que la subsunción típica adecuada sea con el delito de colusión desleal. Esta primera acotación permitirá reconocer las dificultades de una propuesta en favor de admitir la posible complicidad del *extraneus* interesado en el contrato estatal.

En efecto, si reconocemos que la complicidad tiene una relación particularmente conflictiva con la autoría y que se revela en la dicotomía existente entre la postura que sostiene que el cooperador necesario es siempre partícipe y aquella que sostiene que el cooperador necesario es siempre coautor (vid., Pérez Alonso: 1998, pp. 420 ss.), y se tiene además que el dolo del partícipe tiene como hecho de referencia el del autor, será muy difícil reconocer supuestos en los que el particular contribuya dolosamente al hecho del funcionario público y este no se aproxime temerariamente al acuerdo colusorio en el delito de colusión desleal.

Una **segunda acotación** a formular sobre esta cuestión guarda relación con la discutible práctica de propiciar una atribución de participación *por defecto* del tercero que participa en el contrato estatal (Castillo Alva: 2009, p. 612). Esta práctica consiste en comprender al particular en las indagaciones fiscales sin que exista indicadores objetivos mínimos que revelen la realización de algún tipo de aporte objetivo en favor al hecho del autor.

Por esos mismos motivos será cuestionable la práctica de atribución de participación del *extraneus* **por defecto** en los casos en los que fracasa la hipótesis fiscal principal de existencia de un delito de colusión desleal (en la que el *extraneus* es el cómplice primario) y se opta por la tipificación alternativa de negociación incompatible, sin que sea posible identificar la intervención delictiva del tercero en términos compatibles con la noción de complicidad.

6. La consumación del delito

El delito de negociación incompatible es un delito de consumación instantánea que se tiene por perfectamente verificado cuando el funcionario o servidor público realiza aquellos actos que revelan su interés en un contrato u operación en la que ha interviene por razón de su cargo.

No se requiere que el contrato u operación se perfeccione, pues el delito se encuentra perfectamente realizado cuando se realiza el comportamiento típico de desdoblamiento del interés del funcionario público. El perfeccionamiento de la relación contractual suele constituir un acto posterior ubicado en fase de agotamiento. Esta referencia es importante por múltiples efectos prácticos: El cómputo de los términos de prescripción, la determinación de los supuestos de intervención delictiva, etc.

Para los efectos de la consumación del delito, es importante destacar que su perfecta realización no depende de su carácter definitivo o inmutable, puede, por ende, tratarse de un acto funcional preparatorio o revocable y configurarse igualmente el comportamiento típico (Castillo Alva: 2009, p. 594)

La tentativa no es admisible si tenemos que estamos frente a un comportamiento que por sus propias características constituye un adelantamiento de las barreras de punición (similar, Abanto Vásquez: 2001, p. 457).

7. Imputación subjetiva

A nivel de la tipicidad subjetiva, es de apreciar que el delito de negociación incompatible constituye un delito punible únicamente a título de dolo directo (Abanto Vásquez: 2001, p. 455; Rojas Vargas: 2016, p. 355).

Aunque un sector relevante de la doctrina nacional (Castillo Alva: 2009, p. 611; Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 119; Reátegui Sánchez 2015 pp. 733-734), estima viable la punición a título de dolo eventual, el reconocimiento de una serie de elementos objetivos, en particular aquellos vinculados al conflicto de interés y su expresión material en el contrato u operación, impiden asumir una posición que admita el dolo eventual.

§

III

CAPÍTULO III

EL DELITO DE PECULADO

ARTÍCULO 387° DEL CÓDIGO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

El delito de peculado es uno de los más tradicionales en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública. En algunas legislaciones (España, Chile, por ejemplo) recibe el *nomen juris* de malversación propia, sin embargo, en la tradición latinoamericana –como indica Polaino Navarrete (2011, p. 342)– predomina el *nomen iuris* de peculado, que proviene de la tradición romana que utilizaba la expresión latina *depeculatus, peculatus publicus* y *peculatus* (Mommssen: 1899, 1999, p. 472).

II. DESCRIPCIÓN TÍPICA

El delito de peculado se encuentra descrito en el artículo 387° del Código Penal. El texto del mencionado dispositivo legal, desde la modificatoria operada mediante el artículo 2° de la Ley N° 31178 del 28 de abril de 2021, es conforme se indica a continuación:

> "**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 pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
>
> La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:
>
> 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
> 2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.
4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

   Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa".

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PENALMENTE

Dentro del bien jurídico protegido penalmente de modo genérico (*funcionalidad de la Administración Pública*) se contienen una serie de valores o intereses jurídicos que se protegen específicamente en cada tipo penal (Abanto Vásquez: 2001, p. 283). Queda claro entonces que todo delito contra la Administración Pública tutela su *correcto funcionamiento*, de lo que nos ocuparemos en concreto es determinar el bien jurídico específicamente tutelado a través del tipo penal de peculado.

En principio, es correcta la precisión hecha por Fidel Rojas Vargas (2001, p. 275) en el sentido de que la inconclusa discusión jurídico-penal respecto a la identidad del bien jurídico en el delito de peculado ha discurrido por tres posiciones actualmente dominantes. Según estas tres corrientes mayoritarias el tipo penal de peculado protegería: (a) el patrimonio público, (b) la lealtad en el ejercicio de la función pública y en la gestión de los recursos públicos y (c) el patrimonio público en concurrencia con el ejercicio regular de la función pública. A estas tres posturas cabría incorporar una cuarta posición que identifica como bien jurídico penalmente tutelado, (d) el correcto funcionamiento de la Administración Pública y el principio de imparcialidad.

En lo que sigue pasaré breve revista a las mismas para luego asumir posición respecto a la identidad del bien jurídico específicamente tutelado a través del delito de peculado.

1. El patrimonio público como bien jurídico protegido en el delito de peculado

Sostiene Abanto Vásquez, defendiendo esta tesis, que la construcción del tipo penal de peculado favorece una identificación de este orden, en la medida en que se utilizan elementos lingüísticos como "apropiación", "uso indebido" o "sustracción", lo que expresa cierta tendencia a proteger el ámbito patrimonial de la Administración Pública (2001, pp. 283-284).

Esta protección al patrimonio del Estado se entiende desde una perspectiva funcional vinculada a los propósitos de la Administración Pública en un Estado de Derecho, esto es, a la prestación de servicios públicos y la satisfacción de los intereses ciudadanos esenciales para el libre desarrollo de su personalidad (Abanto Vásquez: 2001, p. 284; Chanján Documet: 2012, p. 123; De la Mata Barranco-Etxebarria: 1995, pp. 80-81; Entrena Fabré: 1999, p. 35; Morillas Cueva: 2011, p. 978; Roca Agapito: 1999, pp. 64-65; Vizueta Fernández: 2013, p. 263; similar, Spena: 2009, p. 152).

En sentido muy similar, otro sector de la doctrina identifica como interés jurídico tutelado penalmente en este delito la correcta gestión del patrimonio público que viene determinado constitucional y jurídicamente, lo que permite a su vez marcar una distinción con la protección que se concede a través de los tipos penales patrimoniales (Calderón Valverde: 2012, p. 172; Buompadre: 2001, pp. 249-250; Etxebarria Zarrabeitia: 1997, p. 205; Terragni: 2003, pp. 229 ss.).

En favor de identificar el patrimonio como bien jurídico protegido se puede mencionar, además, a Polaino Navarrete (2011, p. 343), Prado Saldarriaga (2020, p. 125) y Rodríguez Collao-Ossandón Widow (2005, p. 373).

2. La lealtad y probidad en el ejercicio de la función pública y en la gestión de los recursos públicos como bien jurídico protegido en el delito de peculado

Paradigmática de esta tesis es la propuesta realizada por el reconocido maestro italiano Francesco Antolisei quien sostiene que la protección penal en el delito de peculado se encuentra fundamentalmente dirigida a favor de la *probidad y corrección del funcionario público*, aunque sin omitir la referencia al patrimonio estatal y el mantenimiento del destino original del bien (2003, p. 297).

En nuestra literatura jurídica destaca la defensa que de la misma realizan Portocarrero Hidalgo, Hugo Alvárez y Reátegui Sánchez, y que no hace sino recepcionar los aportes de Soler y Fontán Balestra en la doctrina penal argentina.

Portocarrero Hidalgo, el primer autor nacional que dedicó una monografía a los delitos contra la Administración Pública conforme al Código Penal de 1991, parece asumir esta tesis al afirmar que "si bien es cierto que con el peculado se ha afectado a los bienes patrimoniales del Estado, también es verdad que el interés de este está en la probidad, honradez y fidelidad del funcionario o empleado público" (1996, p. 164).

Por su parte, Jorge Hugo Alvarez, asume una posición similar al sostener que el delito de peculado protege el "normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas sus ramas de sus tres poderes" (2000, p. 111).

Reátegui Sánchez, seguramente influenciado por su formación doctoral, recurre a la doctrina argentina para sostener que el bien jurídico protegido en este delito es "el probo desarrollo de la actividad patrimonial de la Administración Pública" (2015, p. 413). Pese a ello, Reátegui Sánchez incorpora otros elementos de referencia de la tipicidad como el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales del Estado y el objetivo de evitar el abuso de poder funcionarial. Estos elementos de referencia, como no será difícil advertir, han sido extraídos de la posición de Rojas Vargas.

En la doctrina latinoamericana, Cancino Moreno y Castillo González se afilian también a esta tesis afirmando que la protección penal que se otorga a través del delito de peculado se dirige al deber de probidad del funcionario o servidor público y adicionalmente a los deberes funcionales que le corresponden. De este modo, el autor colombiano Antonio Cancino Moreno señala que el tipo penal de peculado "quiere proteger la Administración Pública entendida como actividad funcional, de la que surge el interés de que los empleados oficiales encargados de ejercer esa función, ya en forma específica, guarden fidelidad con respecto a la conservación, buena administración y organización de los bienes que se les encargan por razón de sus funciones y otorguen a la sociedad la confianza que es necesaria con respecto a esa funcionalidad estatal" (1983, pp. 13-14). Por su parte, Castillo González descarta cualquier referencia patrimonial en el bien jurídico del peculado: "No se trata, entonces, de que el peculado no produzca un perjuicio para el Estado. Es que el legislador hizo una escogencia política... en nombre de la moral pública, de no considerar el daño económico, sino el daño social del acto" (2000, p. 18).

3. El patrimonio público y el ejercicio regular de la función pública como bien jurídico protegido en el delito de peculado

Estamos frente a una posición mixta o ecléctica que considera el delito de peculado un delito pluriofensivo pues afecta dos diversos bienes jurídicos, uno

constituido por el *patrimonio del Estado* y otro constituido por el *regular ejercicio de la función pública* que lleva implícito un deber de fidelidad o lealtad por parte del funcionario público.

Manzini señalaba con claridad que el interés que se protege en el delito de peculado no es uno de carácter "meramente patrimonial" sino que se vinculaba al "funcionamiento normal de la Administración Pública en sentido lato..., en cuanto atañe particularmente a la seguridad patrimonial de los bienes muebles pertenecientes a dicha Administración Pública"(1961, p. 135). Introduce Manzini un elemento adicional conformado por la *probidad* en la Administración Pública.

Esta tesis, conforme referencia Entrena Fabré (1999, p. 28) fue postulada en España por autores como Groizard, Cuello Calón, Ferrer Sama y Suárez Montes, quienes sostenían que la protección penal en el delito de peculado se encuentra dirigida en una doble dirección: el patrimonio estatal y la fidelidad y honestidad del funcionario público.

El autor argentino Carlos Creus, luego de reconocer que en el delito de peculado "son varios los bienes jurídicos afectados" identifica como bien jurídico protegido en esta figura: "el probo desenvolvimiento de la actividad patrimonial del Estado y su regularidad" (1981, p. 341).

A esta tesis parece acogerse también Rojas Vargas quien precisa que: "Por tratarse de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: *por un lado*, el garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y, *por otro lado*, evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad" (Rojas Vargas: 2001, p. 281).

Esta identificación plantea una seria deficiencia en su segunda vertiente, en la medida en que confunde la *ratio* de la criminalización ("evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad"), con la identidad del bien jurídico.

Reaño Peschiera parece adoptar esta posición pues –aunque sin definirse expresamente a favor de la misma– indica que el delito de peculado encuentra *su ratio* "en el incumplimiento del deber institucional de fomentar *el funcionamiento de la Administración Pública* (...) así, el injusto típico de peculado se configura con el quebrantamiento de los *deberes de lealtad y probidad* que se gravan a todo funcionario público, y que en este ámbito se concretan en la obligación de disponer correctamente del *patrimonio estatal* que administra" (2004, p. 30). Una posición similar se reconoce en los planteos de Ugaz Sánchez Moreno y Ugaz Heudebert (2021) quienes sostienen que "el bien jurídico que se buscará proteger es el deber

que tiene el funcionario público de no lesionar los intereses patrimoniales del Estado, y evitar así que este abuse o se aproveche de la relación funcional que le une a los bienes estatales" (p. 97).

4. El correcto funcionamiento y la imparcialidad de la Administración Pública como bien jurídico tutelado penalmente a través del delito de peculado

En la doctrina italiana, cierto sector ha procedido a identificar como bien jurídico protegido en el delito de peculado el correcto funcionamiento y la imparcialidad de la Administración Pública.

En este sentido, Mario Romano sostiene que a través del delito de peculado se protege el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración Pública. El primer elemento (correcto funcionamiento de la Administración Pública) debe ser entendido en el sentido de eficiencia de la función pública y como máxima, en tanto que el segundo elemento (imparcialidad de la Administración Pública) debe ser entendido como el deber del funcionario público de no alterar la posición igualitaria de participación del ciudadano en la actividad política, económica y social. A través del tipo penal del peculado –recuerda Romano– se ha puesto acento en el desvalor propio del particular abuso cualificado del poseedor (2002, p. 20).

Por su parte, Alessandro Spena (2009, p. 150), no obstante proponer que la tutela penal proporcionada por el delito de peculado comprende al patrimonio, incorpora dentro del contenido del bien jurídico diversos intereses dinámico-funcionales (fidelidad, imparcialidad, gestión adecuada). En lo que corresponde al principio de imparcialidad, Spena entiende que el comportamiento funcionarial ubica al funcionario público en una posición particular de ventaja indebida con respecto del resto de ciudadano, circunstancia que altera "el equilibrio de las posiciones originarias de los ciudadanos" (p. 149).

5. El bien jurídico en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la República conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116

El Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 desarrolla, en su fundamento jurídico sexto, la cuestión del bien jurídico protegido en el delito de peculado partiendo de su identificación como delito pluriofensivo. Este carácter se reitera en el Acuerdo Plenario N° 7-2019/CIJ-116.

Desde esa perspectiva, el Tribunal Supremo observa que la protección penal que se proporciona a través del artículo 387° del Código Penal se encuentra dirigida a dos objetos específicos: a) Garantizar la no lesividad de los intereses

patrimoniales de la Administración Pública; y, b) Evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Esta posición evidencia una notoria deficiencia en la medida en que confunde el bien jurídico con la *ratio legislativa* de creación del tipo penal. En efecto, si bien puede resultar cierto que uno de los propósitos de la criminalización del peculado es "evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad", no es exacto considerar a aquel como el bien jurídico en sí mismo.

En realidad, la postura propuesta por el Supremo Tribunal a través del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 nos reconduce a aquellos sectores doctrinales que identifican como bien jurídico protegido en el delito de peculado tanto el patrimonio estatal como el ejercicio regular de la función pública en el ámbito de la gestión del patrimonio. La identificación de la tutela penal en favor de la *correcta gestión funcional de la Administración Pública* ha sido resaltada por el fundamento jurídico 19 del Acuerdo Plenario N° 7-2019/CIJ-116.

6. Toma de posición: el patrimonio público como bien jurídico protegido penalmente en el delito de peculado

Asumir una determinada posición respecto del bien jurídico protegido penalmente a través del tipo penal descrito en el artículo 387° del Código Penal exige recusar los planteamientos que divergen de la tesis a defender.

§ 1. Pues bien, las posiciones doctrinales que recurren a conceptos o nociones como las de *probidad*, *lealtad* o *fidelidad* hacia con la Administración Pública deben necesariamente ser recusadas debido a su innegable cercanía con modelos estatales de corte autoritario y por ser –en consecuencia– incompatibles con las características de la Administración Pública en el Estado de Derecho.

§ 2. Tampoco es posible admitir las tesis que introducen la idea de la *infracción del deber* o el *deber del cargo*. En relación con la cuestión de la *infracción del deber* es correcta la precisión hecha al respecto por Abanto Vásquez: "si hay una 'infracción del deber', esta no constituye un bien jurídico sino solo un elemento del tipo penal" (2001, p. 284). En este punto reiteramos lo referido anteriormente: *los deberes se imponen no se protegen*.

Negar que la *infracción del deber* sea el bien jurídico tutelado en esta clase de delitos, no impide reconocer que dicha noción tenga una significación político criminal que repercute dogmáticamente. Me explico.

Desde una perspectiva *político criminal* resulta evidente que dentro de los elementos a tomar en consideración para la articulación de la protección penal de la *funcionalidad de la Administración Pública* se encuentra la *confianza de la sociedad en la Administración Pública y sus funcionarios* (Suárez González: 2001, p. 162; Zambrano Pasquel: 2009, p. 557) que indudablemente se ve afectada por la conducta del funcionario público que defrauda sus expectativas. Es precisamente por estas consideraciones que se entiende que el legislador haya tomado la decisión valorativa de configurar el delito de peculado como delito de infracción del deber y no como delito de dominio precisamente porque el merecimiento de pena se encuentra íntimamente vinculado a la condición del sujeto. Esta decisión valorativa, como bien advierte Roxin, depende "de hasta qué punto considere importante determinada posición de deber en el marco de la lesión del bien jurídico. Si el merecimiento de pena del delito está influido por esta esencialmente en su opinión, contemplará al obligado, sin consideración al curso de la acción, en el centro del acontecer y limitará notablemente la punibilidad de los *extranei*" (2000, p. 418).

Esta perspectiva político criminal tiene efectos en la configuración del sistema de imputación penal en el ámbito de los delitos funcionariales (perspectiva *dogmática*) pues como adecuadamente reconoce Suárez González: "El injusto en los delitos contra la Administración, cometidos por funcionarios públicos, se fundamenta en que los funcionarios son personas especialmente obligadas, por una vinculación con la Administración Pública" (2001, p. 164). Esta obligación no es otra que la de *disponer correctamente del patrimonio estatal que administra* (Reaño Peschiera: 2004, p. 30).

En efecto, conforme ha reconocido el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, el delito de peculado tiene como propósito político criminal: (a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y, (b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta *los deberes funcionales de lealtad y probidad* (§ 6 del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, con influencia directa de la posición de Rojas Vargas: 2001, p. 480). Estos objetivos deben necesariamente ser conseguidos dentro de los contornos estrictos impuestos por el principio de legalidad penal.

Es precisamente el principio de legalidad, a través de la regulación del delito de peculado como delito cualificado por el agente, el que permite reconocer al funcionario público un halo de deberes de protección del patrimonio del Estado que inciden en el mayor desvalor subyacente a la infracción de los mismos. En esa línea, el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 señala, cuando analiza el fundamento de la duplicidad del plazo de prescripción en el caso de delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado en donde se sostiene: "En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas

que integran la Administración Pública a las que se confió el patrimonio y se colocó al bien en una especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción –como conducta peligrosa para los bienes jurídicos– complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas".

§ 3. Planteando posición, debemos decir en primer término que la identificación del bien jurídico protegido específicamente en el delito de peculado requiere necesariamente ser relacionada con la identidad del bien jurídico protegido genéricamente por los delitos contra la Administración Pública.

En tal virtud, el *patrimonio estatal* debe ser protegido en un sentido tal que favorezca la actividad prestacional que necesariamente debe prestar la Administración Pública a favor del ciudadano; de este modo puede sostenerse que la tutela penal del patrimonio estatal debe propender a proteger "el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales" (Mir Puig: 2000, p. 288). Se asume una concepción funcional del patrimonio público coherente con la identidad del bien jurídico protegido de modo genérico por el Derecho Penal.

Con razón, se puede hablar entonces de una *objetivación* (Mir Puig: 2000, p. 288) de la tutela penal en el ámbito de la Administración Pública. Se hace objetivo –a través de la tutela del *patrimonio estatal*– lo que tiene una alta dosis de subjetividad –a través de la idea de *funcionalidad de la Administración Pública*–.

IV. ESTRUCTURA TÍPICA

1. El autor

La descripción típica del delito de peculado plantea una doble restricción en el ámbito del sujeto activo del delito. En primer lugar, en virtud de su condición de delito *especial propio*, el autor únicamente puede serlo el *funcionario* o *servidor público*; en segundo lugar, la referencia de que los caudales o efectos "le estén confiados por razón de su cargo" condiciona la punición solo a determinados miembros de la Administración Pública. Esta doble limitación es resaltada, de una y otra forma, por Abanto Vásquez (2001, p. 288); Frisancho Aparicio-Peña Cabrera Freyre (1999, p. 296); Hugo Álvarez (2000, p. 108); Portocarrero Hidalgo (1996, p. 163); Reaño Peschiera (2004, p. 34) y Rojas Vargas (2001, p. 181).

En consecuencia, el funcionario público que carece de competencia "por razón de su cargo" para el manejo de patrimonio del Estado no puede ser autor

del delito de peculado. Tampoco podría ser autor del delito de peculado quien usurpa funciones patrimoniales dentro de la Administración Pública (Terragni: 2003, p. 232; Creus-Buompadre: 2007, p. 316).

En consecuencia, el funcionario público que carece de competencia "por razón de su cargo" para el manejo de patrimonio del Estado no puede ser autor del delito de peculado. Tampoco podría ser autor del delito de peculado quien usurpa funciones patrimoniales dentro de la Administración Pública.

En ese sentido, el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 reconoce la necesidad de la existencia de una *relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales o efectos. Esta *relación funcional* supone, en términos del Tribunal Supremo, "el poder de vigilancia y control sobre la cosa" o, en otros términos, la "competencia del cargo", la "confianza en el funcionario en virtud del cargo", "el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos".

2. Conducta material

2.1. Acción típica

El artículo 387° del Código Penal determina que el tipo penal de peculado se puede expresar a través de dos diversas acciones: apropiación y utilización (de cualquier forma).

2.1.1. La acción típica del peculado por apropiación

La interpretación de la expresión "apropiación" exige remitirnos necesariamente a los desarrollos de la doctrina jurídico-penal patrimonial (Garofoli: 2005, p. 113), opción que resulta válida desde la perspectiva del bien jurídico propuesto y que –conforme reconoce Roca Agapito– obedece a la configuración histórica que ha tenido siempre el delito de peculado (1999, p. 33; similar, De la Mata Barranco-Etxebarria: 1995, pp. 38, 63).

Incluso, alguna jurisprudencia (Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, Resolución del 16 de julio de 1998, Exp. N° 008-1992) parecen sostener que los delitos de peculado y colusión aparecen como modalidades cualificadas por el agente de los delitos de apropiación y estafa. Así se indica: "respecto de los delitos contra el patrimonio en sus modalidades de apropiación ilícita y estafa, por la condición del acusado quien en la fecha de los hechos tenía la condición de empleado público, los hechos denunciados como estafa y apropiación ilícita están subsumidos en los delitos contra la Administración Pública".

Ahora, esto no quiere decir que las fórmulas interpretativas que finalmente se adoptarán serán necesariamente las que corresponden a los ilícitos patrimoniales, sino que es allí donde ubicaremos el punto de partida de nuestra argumentación.

El ámbito más nutrido en la doctrina en el desarrollo del elemento lingüístico "apropiación" se ubica en la parcela del Derecho Penal Patrimonial, en específico: en el delito de apropiación ilícita (artículo 190° del Código Penal).

La expresión "apropiación", en el sentido del Derecho Penal Patrimonial, plantea la existencia de dos presupuestos: la recepción del bien (a.1.1) y los títulos hábiles para crear el mencionado presupuesto (a.1.2) (Conde-Pumpido Ferreiro: 1997ª, p. 61); que abordaré a continuación.

A. Presupuestos de la acción típica: la recepción del bien

Exigencia básica o presupuesto para afirmar la existencia de un acto de apropiación en el sentido del artículo 190° del Código Penal es que el sujeto activo haya "recibido" el objeto material del delito (Seminara: 2003, p. 887). Esta recepción supone "un traspaso de la posesión de la cosa, de modo que aquel –el sujeto activo– pasa a hallarse en legítima posesión de la misma en virtud de un título que el Derecho reconozca como válido y lícito" (Conde-Pumpido Ferreiro: 1997ª, p. 61).

Lo expuesto hasta el momento nos permite establecer una primera diferencia entre la apropiación en el sentido jurídico-penal patrimonial y la acción de "apropiación" que compone la tipicidad objetiva del delito de peculado: el objeto material sobre el que recae la conducta. Sobre esta cuestión abundaré más adelante.

Pues bien, la anterior afirmación no puede –sin más– llevar a considerar inutilizables los desarrollos de la doctrina penal patrimonial para los propósitos de la interpretación del elemento "apropiación" del tipo penal de peculado, por el contrario, muchos de estos aspectos son de gran utilidad para la comprensión del elemento "apropiación" propio del peculado.

Así, solo puede cometer acto de apropiación –en sentido patrimonial y en el sentido del peculado– quien ha recibido lícitamente el bien y por ello se encuentra en posesión del mismo. Esta posesión originalmente lícita del bien hace la distinción con la sustracción a la que alude la modalidad culposa de peculado, descrita en la parte final del artículo 387° del Código Penal, pues solo puede apropiarse quien tiene dominio sobre el bien.

Del mismo modo, solo puede considerarse acto de apropiación –igualmente en sentido patrimonial y en el sentido del peculado– aquel en el que el dominio

posesorio del bien se tiene *lícitamente*. La mención a la *licitud del dominio del bien por parte del funcionario o servidor público*, en el caso del delito de peculado constituye un imperativo que alcanza relevancia crítica –conforme advertiremos más adelante– en la cuestión de la *delegación de competencias*.

B. Presupuestos de la acción típica: los títulos hábiles en la acción de apropiación

Como bien advierte Conde-Pumpido Ferreiro, la definición de cuáles son los títulos hábiles en el delito de apropiación ilícita se plantea en forma negativa "excluyendo aquellos que representan la transmisión definitiva de la cosa e incluyendo, por el contrario, los que den lugar a una posesión condicionada a un ulterior deber de su devolución o entrega" (Conde-Pumpido Ferreiro: 1997ª, p. 64). En la doctrina italiana una posición similar es asumida por Pagliaro (2003, p. 451).

Se plantea entonces una identidad del título de recepción del bien con la obligación que del mismo dimana; esto quiere decir que el título en virtud del cual se recibe el bien debe producir la obligación de devolución del bien recepcionado.

En el ámbito del delito de peculado la referencia a los títulos hábiles no es superflua, pues la propia descripción típica de este delito hace una referencia a los mismos al precisar que el objeto material de la apropiación tiene que ser recibido por el funcionario o servidor público: a) por razón de su cargo, y b) mediante percepción, administración o custodia.

a) Confiado por "razón de su cargo": especial referencia a la delegación de potestades o competencias funcionariales

La descripción típica del delito de peculado exige que el patrimonio estatal debe haber sido confiado al funcionario o servidor público "*por razón de su cargo*"; es decir, los caudales o efectos del Estado se encuentran bajo competencia del agente debido al cargo que ostenta dentro del aparato estatal, de lo contrario, la conducta carecerá de relevancia penal (Romano: 2002, p. 26) por su incapacidad para lesionar el bien jurídico (Etxebarria Zarrabeitia: 1997, p. 191).

El objetivo de esta disposición es circunscribir los alcances del tipo penal de peculado a los funcionarios o servidores públicos que resulten competentes para recibir los caudales o efectos pertenecientes al patrimonio estatal (Manzini: 1961, p. 146), de modo tal que exista coincidencia entre el título de recepción de los caudales o efectos y la competencia funcionarial (Fontán Balestra: 1971, p. 286).

No es admisible, en consecuencia, una interpretación *lata* que exija únicamente la *disponibilidad fáctica* sobre los caudales o efectos públicos y en virtud de la cual la simple disposición circunstancial u ocasional podría dar ocasión a la

imputación por peculado (Roca Agapito: 1999, pp. 156-157). Una interpretación como la que recusamos es contraria al sentido literal posible de la ley –que exige una relación funcional entre el autor del hecho y el caudal estatal afectado– y, por lo tanto, lesiva del principio de legalidad penal.

La cuestión antes abordada guarda relación cercana con la correspondiente a la delegación de potestades o competencias en el ámbito de la Administración Pública (Gordillo: 2003, pp. 14 XII ss.), lo que plantea la posibilidad que el funcionario o servidor público con específicas atribuciones sobre los caudales o efectos estatales pueda delegar las mismas a otro funcionario o servidor público.

En doctrina se suele admitir la posibilidad de que las competencias funcionariales puedan ser delegadas, lo que incluye las competencias de carácter patrimonial, el consenso desaparece al momento de establecer los supuestos en los cuáles se puede admitir la delegación de competencias funcionariales.

Refiere Creus que la titularidad sobre los bienes patrimonio del Estado debe ser determinada por la ley, reglamento o la orden legalmente formulada por autoridad competente (1981, p. 327). Con esto se quiere decir –correctamente– que toda delegación de competencias debe encontrar sus orígenes en la legalidad, que se erige como uno de los principios limitadores de la actuación de la Administración Pública. En virtud del principio de legalidad de la Administración, esta no puede actuar a partir de su propia autoridad, sino que debe de hacerlo bajo el amparo de la ley (García de Enterría-Fernández: 2001, p. 435).

La referencia a la estricta vinculación de la Administración Pública a la legalidad tiene que ver con el hecho de que solo esta (la ley) atribuye potestades a la Administración Pública. Es la Ley la que establece los ámbitos de actuación de la Administración Pública y solo es ella la que fija sus límites (García de Enterría-Fernández: 2001, p. 441).

Si tenemos que los ámbitos de actuación o competencias dentro de la Administración Pública se determinan legalmente, pues su origen –como adecuadamente sostienen García de Enterría-Fernández– es "legal y no negocial" (2001, p. 443), entonces estas potestades administrativas son "inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. *El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio*" (2001, p. 443).

Lo antes precisado supone admitir la delegación de potestades o competencias dentro del ejercicio de la función pública, pero bajo el límite conformado por la propia ley. La delegación del ejercicio de potestades o competencias es admisible en la medida en que la misma resulte permitida por ley.

Esta permisibilidad del acto de delegación de competencia funcionales se encuentra –como ya mencionamos– íntimamente vinculada al principio de legalidad administrativa de modo tal que se excluye cualquier posible acto de delegación cuando esta se encuentra prohibida por ley o cuando el órgano o funcionario delegante carece de las respectivas competencias para ello. Quien excede los ámbitos de su competencia funcional es absolutamente incompetente desde la perspectiva del Derecho Administrativo (Garrido Falla: 2002, pp. 593-594).

Por ello, no pueden ser admitidas las propuestas planteadas por algún sector de la doctrina según la cual el dominio funcionarial sobre bienes del patrimonio estatal también puede ser obtenido a través de la *práctica consuetudinaria que no contradice la ley*, lo que supondría conceder a la costumbre un carácter de fuente del Derecho Administrativo que no posee (Creus: 1981, p. 330).

Delimitado el ámbito de la delegación de competencias, debe mencionar que el funcionario público delegante mantiene un ámbito de responsabilidad penal residual. El funcionario público delegante mantiene un poder jerárquico sumamente amplio que incluye no solo la capacidad de dar indicaciones o instrucciones al funcionario público delegado respecto al modo en que aquel ejercerá la competencia delegada, sino que comprende la posibilidad de dar órdenes concretas dado que la competencia delegada es una competencia propia del funcionario público delegante (Gordillo: 2003, p. 17-XII). Esto es importante pues permite sostener la responsabilidad penal del funcionario público delegante no solo a título comisivo sino también a título omisivo.

b) Mediante "percepción, administración o custodia"

Cuando el texto del artículo 387° del Código Penal refiere que los caudales o efectos objeto de *apropiación* o *utilización* por parte del funcionario o servidor público deben haber sido confiados a este por razón de su cargo en *percepción, administración o custodia*, se hace expresa alusión a los *títulos que posibilitan el dominio del patrimonio estatal por parte del funcionario o servidor público.*

La expresión *percepción* es identificada de modo unánime por la doctrina como *la captación o recepción*, tanto interna –por parte de la Administración– como externa –por parte de los administrados–, de caudales o efectos que pertenecen definitiva o momentáneamente al Estado y cuya gestión corresponde a la Administración Pública (Abanto Vásquez: 2001, p. 303; Rojas Vargas: 2001, p. 488; Reyna Alfaro: 2008, p. 811; Vílchez Chinchayán: 2021, p. 334; Donna: 2000, pp. 276-277; Fontán Balestra: 1971, p. 286; Castillo González: 2000, p. 55). El título de recepción de los bienes percibidos no es relevante, sino la relación de pertenencia

a la Administración Pública (Buompadre: 2001, p. 253); de este modo, se excluye la posibilidad de "percibir", en el sentido del tipo penal, caudales o efectos que no pertenezcan al patrimonio estatal. Por ejemplo, la apropiación de los depósitos que en garantía realizan los contratistas del Estado no puede configurar delito de peculado en la medida en que los mismos no pertenecen al Estado (Abanto Vásquez: 2001, p. 304; Creus: 1981, p. 329; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 169).

Por su parte, la expresión *administración* en el sentido del artículo 387° del Código Penal supone la facultad de disponer de los bienes que conforman el patrimonio estatal para los propósitos legalmente establecidos (Abanto Vásquez: 2001, p. 303; Ferreira: 1995, p. 19), lo que comprende la posesión del dinero e *implica funciones activas de manejo y conducción* del patrimonio estatal (utilizando los términos del Acuerdo Plenario N° 4-1005/CJ-116). Estas funciones se encuentran ausentes en la *percepción,* de allí su divergencia con aquella, esto es, de *dominio* (Abanto Vásquez: 2001, p. 303) *o gobierno* (Rojas Vargas: 2001, p. 589) *del patrimonio estatal.* Esta facultad de disposición legal no implica necesariamente que el funcionario o servidor público tenga la posesión física del bien, pues la tenencia material no constituye el único modo de administración del patrimonio estatal (Buompadre: 2001, p. 253; Ferreira: 1995, p. 20; Castillo González: 2000, p. 55; Peña Ossa: 1995, p. 74). Es, por tanto, determinante su *disponibilidad jurídica* más que su tenencia material (Vizueta Fernández: 2013, p. 264; Vílchez Chinchayán: 2021, pp. 334-335).

Finalmente, la expresión "custodia" comprende el dominio o posesión del patrimonio estatal con fines de cuidado, conservación y vigilancia (Abanto Vásquez: 2001, p. 304; Rojas Vargas: 2001, p. 489; Vílchez Chinchayán: 2021, p. 334; Buompadre: 2001, p. 253; Cancino Moreno: 1983, p. 75; Donna: 2000, p. 277; Fontán Balestra: 1971, p. 286; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 169; Castillo González: 2000, p. 56). Esto significa que no es suficiente la mera vigilancia sobre el patrimonio del Estado, sino que es indispensable que exista auténtica tenencia del bien (Reátegui Sánchez: 2015, p. 429) y que el dominio que sobre el mismo ejerce el funcionario o servidor público sea con dichos fines (Creus: 1981, p. 329; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 169).

La Ejecutoria del 8 de julio del 2003, emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema (R.N. N° 2124-2002-Áncash) ha considerado que los títulos de administración y custodia poseen límites temporales, de modo tal que la relevancia penal de la conducta se mantiene mientras subsista en el funcionario público el deber de administrar o custodiar los caudales públicos. De este modo, si dicho deber se encuentra relacionado a la realización de obras públicas, el mismo se extingue luego de cumplidas "las metas programadas en el convenio de su propósito".

c) La esfera de protección del bien jurídico

Lo postulado hasta el momento permite sostener que el funcionario o servidor público debe tener el bien jurídico (es decir, el patrimonio del Estado) bajo su esfera de protección. Esto es, la protección o tutela del patrimonio estatal afectado debe encontrarse dentro del ámbito de competencias funcionales del agente (Abanto Vásquez: 2001, p. 291).

Pues bien, la determinación del ámbito de competencias del funcionario o servidor público solo puede ser extraída de la ley, el reglamento o de actos de delegación con sustento legal. No es correcto considerar –como hace Abanto Vásquez (2001, p. 291)– que la "práctica consuetudinaria no contraria a la ley" pueda admitirse en casos de vacíos en los reglamentos. Esto por una cuestión elemental: el deber funcionarial infringido a través del delito de peculado es un deber específico y los mismos se extraen siempre de la ley, nunca de la tradición o la costumbre.

C. La apropiación en sí misma

Ya mencionamos anteriormente los presupuestos propios de la acción típica del delito de peculado por apropiación, correspondiendo ahora analizar en qué consiste la propia acción típica de "apropiación".

Para Conde-Pumpido Ferreira existe apropiación cuando "el agente, en lugar de cumplir su obligación de devolver o entregar la cosa, la hace suya incorporándola a su patrimonio como un bien propio y con ánimo de disponer de ella para lucrarse con su valor económico" (1997ª, p. 102; similar, Peña Ossa: 1995, pp. 84-84).

El italiano Antolisei refiere que la acción de "apropiación" propia del delito de peculado supone ejercitar sobre el patrimonio estatal actos de dominio incompatibles con el título que justifica la posesión del mismo (2003, p. 301; similar, Cancino Moreno: 1983, p. 69; Roca Agapito: 1999, pp. 172-173).

El Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 describe la apropiación como la acción de hacer propios caudales o efectos que pertenecen al Estado. Existe "apropiación" cuando el agente aparta los caudales o efectos "de la esfera de la función pública", colocando los mismos a su disposición.

Conforme a todo lo antes indicado, podemos definir el apoderamiento como la acción mediante la cual el autor extrae o retira, de forma definitiva, los caudales o efectos del acervo público (Queralt Jiménez: 2010, p. 842). Ahora, de esta definición no puede extraerse que baste el "ánimo" del agente para producirse la acción de *apropiación*, sino que es necesario que el mismo se

exteriorice (Conde-Pumpido Ferreiro: 1997ª, p. 103) a través de la degradación del patrimonio.

Un aspecto que suele ser debatido por la doctrina jurídico-penal patrimonial está relacionado a la posibilidad de admitir la existencia de *apropiación omisiva*; esto es, cuando el agente se niega a entregar o devolver el bien recibido. En este caso concreto (negativa de entrega o devolución) se plantea, en puridad, no tanto una omisión, pues no puede negarse que la negativa reveladora del elemento subjetivo del tipo penal supone en realidad una *acción concluyente* tal cual ocurre en el caso del delito de estafa (y en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública en el delito de colusión), es decir, una acción.

Las legislaciones penales de otros países, como Chile o España, usan como verbo rector la expresión *sustracción* en lugar de *apropiación*. La utilización de un distinto verbo rector no provoca, en este caso particular, mayores efectos en el plano de la discusión técnico-jurídica pues como advierte Morillas Cueva (2011, p. 982) respecto al verbo *sustracción* "probablemente el sinónimo jurídico-gramatical más adecuado sea el de apropiación, como ha puesto de manifiesto con reiteración la doctrina".

2.1.2. La acción típica del peculado por utilización

El delito de peculado doloso no solo comprende el supuesto de "apropiación" del caudal estatal sino también la utilización del mismo en provecho propio.

Aunque desde la perspectiva del bien jurídico el *peculado por apropiación* y el *peculado por utilización* –como bien advierte Rojas Vargas (2001, p. 286) y Salinas Siccha (2014, p. 315)– demuestran un distinto desvalor, legislativamente se ha optado por dotar a ambos supuestos de un idéntico nivel de reproche. El distinto desvalor de ambas conductas deberá, en todo caso, plasmarse en el momento de la individualización judicial de la pena.

La expresión "utilizar", conforme a su sentido literal posible, alude al *aprovechamiento de una cosa*, lo que trasladado al tipo penal de peculado implica la acción de aprovecharse de caudales o efectos de propiedad estatal, mediante su distracción a fines distintos a los del servicio. La utilización del patrimonio estatal en el delito de peculado no solo debe ser extraña al título de posesión del bien por parte del funcionario público, sino que debe ser incompatible con el mismo (Spena: 2009, p. 158).

Esta *distracción* del bien público de los fines a los que se encuentra asignado es temporal, provisional. Se trata –como indicó la Ejecutoria Suprema del 20 de

setiembre de 2005 (R.N. N° 3632-2004-Arequipa)– de "una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública".

El *peculado por utilización* recae igualmente sobre caudales y efectos, con la precisión que solo comprende a aquellos que no pueden ser consumidos al utilizarse (Abanto Vásquez: 2001, p. 296).

No es sostenible, como erróneamente proponen Abanto Vásquez (2001, p. 298) y Rojas Vargas (2001, pp. 287, 311), la existencia de *peculado omisivo de uso* pues tal planteamiento iría contra el sentido naturalístico de la expresión "utilizar". Al parecer los citados autores nacionales confunden dos planos distintos: el de la *conducta* y el del *destinatario de la conducta*.

La redacción del tipo penal de *peculado por utilización* plantea algunas confusiones interpretativas que se relacionan esencialmente con la existencia del tipo penal contenido en el artículo 388° del Código Penal, conocido comúnmente como *peculado de uso*. El *peculado de uso* del artículo 388 del Código Penal plantea una concreta modalidad de peculado que parece –como indica Abanto Vásquez– "superponerse" (2001, p. 297) con el *peculado por utilización* del artículo 387° del Código Penal.

La solución a esta problemática parece ubicarse en la consideración del delito de peculado de uso como una específica modalidad de peculado por utilización referida a los bienes que constituyen "instrumentos de trabajo del funcionario público" (Abanto Vásquez: 2001, p. 297).

A. La referencia a los "fines ajenos al servicio"

Decíamos anteriormente que el propósito de la Administración Pública era fundamentalmente otorgar servicios al ciudadano, *servicios públicos*. Pues bien, el denominado *peculado impropio* exige que la utilización dada al patrimonio estatal responda a fines ajenos a sus intereses.

Ahora, convendría hacer algunas precisiones sobre esta cuestión. Cuando el artículo 387° del Código Penal prevé que la utilización de los bienes públicos tiene que ser para "fines ajenos al servicio" debe entenderse que dicha expresión hace referencia no solo al concreto servicio que brinda el funcionario o servidor público sino a los servicios públicos que el Estado, a través de su Administración, proporciona a la colectividad.

Una interpretación de este tipo permite una intervención más restrictiva del Derecho Penal en consonancia con el respecto a los principios de ofensividad e intervención mínima.

2.2. El objeto material de la acción

El artículo 387° del Código Penal precisa que la conducta material propia del delito de peculado debe necesariamente recaer sobre *caudales* o *efectos* que conforman el patrimonio estatal. Esta exigencia, bastante evidente desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, ha sido precisada por nuestra doctrina jurisprudencial.

En este sentido la Ejecutoria Suprema del 22 de octubre de 1998 (R.N. N° 5527-97-Arequipa) en que la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República procede a la absolución de un funcionario público que había recibido bienes como presidente de una Comisión Pre-Navidad y se los apropio. Aunque el Supremo Tribunal se decanta a favor de la absolución a partir de la falta de vinculación funcional con los bienes recibidos y la no satisfacción de la exigencia típica de recepción de los bienes "por razón de su cargo", lo sustancial es que dichos bienes recibidos como presidente de una Comisión Pre-Navidad no formaban parte del patrimonio público.

Ya antes, la Ejecutoria Suprema del 10 de marzo de 1992 (R.N. N° 394-91-Lima) sostenía la imposibilidad de atribuir el tipo penal de peculado a funcionarios públicos que habían realizado actos de apropiación sobre fondos privados.

En términos generales puede concordarse con Abanto Vásquez (2001, p. 298) en la consideración que el lenguaje utilizado por el legislador peruano es bastante ambiguo y carece de precisión.

Trataremos, a continuación, de establecer el contenido de los aludidos elementos normativos del tipo.

2.2.1. Caudales

La interpretación de la expresión "caudales" no es unívoca, observándose criterios restrictivos y amplios al momento de delimitar el contenido del precitado elemento típico.

Por "caudales" cabe entender al dinero y todo bien, mueble o inmueble, con valor económico, fungibles o no fungibles (Abanto Vásquez: 2001, p. 298; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 166; Vílchez Chinchayán: 2021, p. 332) y de carácter público, es decir, pertenecientes a la Administración (Entrena Fabré: 1991, p. 51). Conforme al sentido patrimonialista proporcionado a la interpretación del delito de peculado, resulta consustancial a la expresión "caudales" el contenido económico en los mismos, pues solo así se guardará coherencia con los fines de protección del patrimonio estatal perseguidos a través de la tipificación del peculado.

En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República ha expresado, en el Recurso de Nulidad N° 4174-96-Junín, la exigencia de contenido económico del "caudal", afirmando que los libros contables no pueden ser calificados como "caudal público" por carecer justamente de dicho contenido económico.

2.2.2. Efectos

Los "efectos" vienen conformados por todos aquellos "documentos de crédito negociables emanados de la Administración Pública" (Abanto Vásquez: 2001, p. 300; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 167) con valor económico, incluyéndose entonces a los títulos de crédito, las cartas de crédito, los títulos de participación accionaria, etc. (Romano: 2002, p. 22).

2.2.3. Cuestiones aplicativas: ¿pueden, indistintamente, ser los "caudales" y "efectos" objeto de apropiación o utilización?

Lo referido respecto al contenido de los elementos "caudales" y "efectos" nos obliga a fijar su vinculación con las acciones materiales de "apropiación" y "utilización". Con esto se quiere decir que trataremos de determinar si tanto los "caudales" como los "efectos" pueden ser objeto de "apropiación" y "utilización", respectivamente.

Si tratamos de construir la tipicidad del delito de peculado a partir de las estructuras jurídico-patrimoniales, por contar con la solidez propia del denominado "núcleo duro" del Derecho Penal y por tener a su favor la identidad del bien jurídico protegido en el delito de peculado (patrimonio estatal), tendríamos que limitar la punición del peculado por apropiación ha aquellas conductas que recaigan únicamente sobre bienes muebles. Sin embargo, una interpretación de este tipo plantearía insuficiencias de punibilidad, haciendo peligrar la función de protección del patrimonio estatal que tiene asignada el tipo penal de peculado.

Hay que considerar que la referencia a la "apropiación" en la descripción del delito de peculado no supone –como antes se indicó– un traslado reflejo de las estructuras propias del delito de apropiación ilícita a la figura que ahora comentamos, por ello conviene establecer algunas distinciones.

En primer lugar, debe mencionarse que la expresión "se apropia..." del artículo 387° del Código Penal hace referencia al sentido lingüístico de la expresión y no a su sentido técnico legal patrimonial. La "apropiación" a la que alude el delito de peculado es entonces la "*acción y efecto de apropiar*" (conforme a la 21° edición del diccionario RAE), la que a su vez implica "hacer propia de alguno cualquier

cosa" (conforme a la 21° edición del diccionario RAE), esto es, cualquier bien. Pues bien, a partir del sentido lingüístico de la expresión "se apropia..." podemos concluir que en la misma tienen cabida las acciones que recaen sobre todo tipo de bienes, tanto muebles, como inmuebles.

Esta explicación no contradice nuestra posición de interpretar el tipo penal de peculado a partir de las estructuras patrimoniales pues si en ese ámbito se limita la punición de los actos indebidos de apropiación únicamente a los bienes muebles, ello no se debe al sentido lingüístico de la expresión sino a una decisión de política legislativa.

3. Trascendencia de la cuantía de la afectación patrimonial en la configuración del delito de peculado

Además del impacto que la dimensión del perjuicio patrimonial podría tener de cara a identificar un mayor desvalor del resultado a través de la aplicación de la agravante prevista en el apartado 4° de la segunda parte del artículo 387° del Código Penal –aplicable cuando "el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias"– es discutido en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre el tratamiento jurídico que corresponde asignar a los casos en los que la afectación patrimonial producida por el hecho punible es de escasa entidad.

Esta cuestión a pasado a generar el interés de la doctrina penal nacional a partir de ciertas decisiones judiciales en las que se ha sostenido la irrelevancia penal de los comportamientos en los que el importe de la afectación patrimonial resulte de escasa magnitud. En ese sentido, puede destacarse la Ejecutoria Suprema del 8 de abril de 2009 (R.N. N° 1686-2007-Áncash).

Cierto sector de la doctrina (Chanján Documet: 2012, p. 127) encara el problema a partir de una obviedad: la solución no puede ser obtenida recurriendo a la literalidad del texto. Esto resulta una obviedad pues de existir una solución legal el dilema no existiría.

Es cierto que existen circunstancias, relacionadas a la modificación del régimen de la suspensión de la ejecución de la pena –operada mediante las Leyes 30710, del 29 de diciembre de 2017, y 32250, del 14 de marzo de 2025– que obligan a adoptar interpretaciones reduccionistas, como la asumida por Vílchez Chinchayán (2021, p. 323) y Chanján Documet (2012, pp. 129-130), sin embargo, queda por responder si dichas propuestas son compatibles con el principio de legalidad.

En mi opinión, la cuantía del daño patrimonial solo puede servir para reconocer el menor o mayor desvalor del injusto y, por ende, debe traducirse en

la medida de la pena que corresponda al comportamiento, pero no puede habilitar una solución en favor de su atipicidad que resulte *extramuros* del texto legal. Las razones que justifican las posturas en favor de la atipicidad de esos supuestos son plausibles de *lege ferenda*, pero indefendibles a partir del tenor literal posible de la ley.

Con el planteamiento que formulamos, no solo se contendrían la excesiva dosis de punitivismo en el régimen del peculado, sino que permitiría una solución coherente con el significado jurídico que el monto del perjuicio ya tiene en el artículo 387° del Código Penal. En efecto, el delito de peculado tiene una punición calificada cuando "el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias", por lo que resulta razonable que en los supuestos de escasa lesividad patrimonial se imponga una sanción atenuada y el órgano jurisdiccional proceda posteriormente a la conversión de la pena privativa de libertad, conforme al artículo 52° del Código Penal.

Ahora, con esto no queremos negar la trascendencia del principio de ofensividad como criterio hermenéutico de interpretación de los tipos penales, sino que discrepamos con un uso indiscriminado del mismo. Este principio –si se quiere aplicar coherentemente– debería limitarse a los casos en los que delito recaiga sobre bienes cuyo valor sea *extremadamente exiguo* de forma que el perjuicio patrimonial sea practicamente nulo y por ello no pueda tener efectos en la prestación de servicios públicos.

Por otro lado, como adecuadamente resalta Spena (2009, p. 152), la verificación de la ausencia de ofensividad debe comprender todo los aspectos que integran el bien jurídico tutelado por el delito del cual se trate. En ese sentido, si se pretende discutir si la ausencia de ofensividad de un comportamiento puede justificar hermenéuticamente su irrelevancia penal, el razonamiento debería comprender los diversos elementos que integran el bien jurídico tutelado.

4. Los viáticos como objeto material del delito de peculado

La cuestión sometida a examen se relaciona a la posibilidad de comprender *los viáticos asignados al funcionario o servidor público como objeto material del delito de peculado.*

La respuesta afirmativa o negativa en torno a la cuestión de si los viáticos asignados al funcionario o servidor público pueden, en efecto, dar lugar a atribución de responsabilidad penal en su contra a título del delito de peculado, pasa por abordar ciertas cuestiones previas que nos permitirán, en línea deductiva, reconocer la respuesta al problema planteado.

4.1. El viático: ¿caudal? o ¿efecto?

Partiendo del problema postulado, es indispensable identificar –dentro de las limitaciones de espacio propias del caso– cierto marco conceptual que resulte útil en torno a la cuestión planteada. Desde esa perspectiva, el artículo 387° del Código Penal determina indubitablemente que la acción típica del delito de peculado debe necesariamente recaer sobre *caudales o efectos* del Estado.

La doctrina especializada ha reconocido los diversos alcances de estos términos: mientras la expresión *caudales* identifica a "todo objeto con valor patrimonial valorable pecuniariamente **en forma directa**: dinero, bienes muebles e inmuebles" (Rojas Vargas: 2001, p. 498), la expresión *efectos* hace referencia a los objetos, cosas o bienes que **representan** un valor patrimonial público (documentos de crédito negociables); resultará necesario entonces determinar si los *viáticos* son asimilables a los conceptos de *caudales o efectos*.

Tratando de dar una respuesta a esta cuestión, debe tenerse presente que el concepto de *viático* (u otros similares, como ocurre con la *asignación por el desempeño de la función congresal*) constituye un *elemento de índole normativo* y como tal sus alcances deben ser extraídos ya sea de *normas jurídicas y/o sociales*. En este caso, la interpretación de la expresión "viáticos" obliga a remitirse a la variada y densa normatividad administrativa reguladora de dicho concepto.

Desde ese prisma puede afirmarse que el *viático*: *es una asignación de dinero destinada a permitir que el funcionario o servidor público, en caso de necesidad de viaje, pueda desarrollar adecuadamente sus funciones públicas, comprendiendo los gastos de alojamiento, alimentación y movilidad*. De esta noción pueden extraerse algunas consideraciones de trascendencia ulterior: Primero, los *viáticos* constituyen, en sentido técnico penal, *caudal;* segundo, su entrega responde a fines instrumentales pues su *finalidad específica* se encuentra asociada al ejercicio regular de la función pública.

4.2. Las formas de acceso al caudal estatal (percepción, administración o custodia) en el caso de los viáticos

Sin embargo, no basta con afirmar que los *viáticos* constituyen *caudal del Estado* para dar respuesta a la cuestión aquí planteada, sino que resulta indispensable conectar el problema planteado con el examen de la naturaleza jurídica de la posesión del caudal estatal.

En efecto, el artículo 387° del Código Penal exige que la acción típica del delito de peculado recaiga sobre caudales o efectos cuya *percepción, administración o custodia le estén confiadas al funcionario o servidor público por razón de su*

cargo. Desde esa perspectiva, corresponderá determinar si los *viáticos* se encuentran en posesión del funcionario público en virtud de alguno de esos modos de acceso.

Y aquí la cuestión será determinar si el funcionario público recibe el viático para su *administración* pues la *percepción y custodia*, por sus propias características no resultan aplicables en el contexto de los *viáticos*.

En efecto, la expresión *percepción* es identificada de modo unánime por la doctrina como *la captación*, tanto interna –por parte de la Administración– como externa –por parte de los administrados–, de caudales o efectos que pertenecen –definitiva o momentáneamente– al Estado. Mientras que la *custodia* alude a la posesión con fines de conservación y vigilancia.

Pues bien, en la medida en que la expresión *administración* en el sentido del artículo 387° del Código Penal alude –como ya se indicó– a la posesión del dinero que *implica funciones activas de manejo y conducción* del patrimonio estatal, no cabe sino aceptar que los *viáticos* son asignados al funcionario o servidor público con fines de administración en torno a una circunstancia concretas: la necesidad de traslado para desempeñar las específicas funciones públicas que le han sido encomendadas.

De ese modo resulta además posible vincular el título de posesión del caudal con la exigencia típica de *relación funcional* entre el caudal público y la función pública desempeñada por el autor, derivada de la exigencia legal de que el patrimonio del Estado hayan sido confiadas al funcionario o servidor público *en razón de su cargo*: como se señaló anteriormente, el *viático* es asignado al funcionario o servidor público para *el desarrollo adecuado de específicas funciones públicas* y, por lo tanto, el poder de manejo que tiene de dicha asignación está asociado a dicho propósito.

Ahora, precisamente debido a que los viáticos son asignados al funcionario público para realizar actos de función específicos –los relacionadas a las actividades que debe desempeñar fuera de la localidad– es posible sostener la existencia de una *relación funcional específica* entre el caudal y la función pública que permitiría reconocer uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal propio de los delitos funcionariales: *la infracción del deber*. Sobre esta cuestión retornaré más adelante cuando se aborden ciertos problemas contingentes asociados a esta cuestión.

Dicho esto, es posible afirmar, que los viáticos constituyen *caudal confiado en administración al funcionario o servidor público en función a su cargo* y, por lo tanto, se admite su condición de *objeto material del delito de peculado*.

4.3. Problemas contingentes

Sin embargo, lo que hasta este punto constituye una cuestión no controvertida podría verse afectada si se introducen ciertos matices, vinculados a la regulación de la justificación y rendimiento de los *viáticos* que podrían hipotéticamente llevar a plantear dudas en torno al ámbito de pertenencia de los viáticos.

Ciertamente, la inexistencia o relativización de las exigencias administrativas de rendición de cuentas de los viáticos asignados al funcionario o servidor público pueden generar dudas en torno a la propuesta formulada, en la medida en que aquello podría permitir considerar que la falta de control posterior a la entrega del viático supone su liberalidad y, por lo tanto, podría llevar a sostener que se trata de patrimonio integrado ya al ámbito personal del funcionario público y llevar así a excluir la relevancia penal del hecho.

Precisamente, es la complejidad y variedad de la regulación administrativa y laboral de los viáticos asignados a los funcionarios y servidores públicos los que podrían llevar a generar dudas en torno a la respuesta propuesta. Es que, aunque en la mayoría de los casos las diversas entidades públicas establecen obligaciones de *rendición de cuentas*, no siempre dicha obligación tiene efectos similares ni se realizan siempre siguiendo los mismos estándares.

En efecto, mientras en ciertas instituciones públicas los viáticos no se encuentran sometidos a rendición de cuentas efectivo y se basan en el principio de confianza y la declaración del propio funcionario público, lo que determinaría la imposibilidad material de apreciar actos de apropiación de viáticos; en otras, en las cuales el régimen legal de los viáticos es más estricto, se intensificaran los controles administrativos e incrementaran las posibilidades efectivas de atribuir al funcionario o servidor público actos de distracción de caudales públicos.

En relación a la primera de las cuestiones (justificación de viáticos basadas en la declaración del propio funcionario público), tenemos que la norma que regula los viáticos en casos de viajes al extranjero, el Reglamento de la Ley N° 27619 (Decreto Supremo N° 047-2002-PCM) establece en su artículo 6° que la obligación de sustentación documental de gastos por parte de los funcionarios o servidores públicos que realicen viajes al exterior debidamente autorizados se limita al 70 % del viáticos asignado en tanto que el 30 % restante podrá ser sustentado mediante *declaración jurada*. Esta fórmula se repite continuamente en diversas normas administrativas que regulan la cuestión en otros sectores de la Administración Pública.

En relación a la segunda de las cuestiones (los diversos niveles de control estatal en la rendición de cuentas) tenemos que mientras algunas entidades son bastante estrictas en el procedimiento de rendición de cuentas –por ejemplo, el

OSCE (ex Consucode) impone una diversidad de pautas estrictas que comprenden incluso el modo de llenado de los documentos justificatorios)[81]– otras recurrirían a procedimientos más laxos –por ejemplo, el Congreso de la República tiene un procedimiento de rendición de cuentas basado en el principio de confianza[82]–.

Estas circunstancias podrían llevar a plantear posiciones que cuestionen la posibilidad de considerar penalmente relevante, a título de peculado, los actos de distracción de viáticos en aquel margen no sujeto a control o justificación de índole documental; ya sea, (i) a través de una línea explicativa que sostenga que dicha suma pertenece a la esfera patrimonial personal del funcionario o servidor público y, por lo tanto, que niega la consideración de dicho importe como "caudal" del Estado; o, (ii) mediante una línea explicativa que considere los actos de distracción de dichas sumas dentro del margen del *riesgo permitido* al considerar que la implementación de un sistema de control o fiscalización de los viáticos podría generar el efecto adverso de obstaculizar el funcionamiento adecuado del aparato estatal.

En nuestra opinión, consideraciones como las anteriores no resultan admisibles pues suponen un error de percepción respecto al significado jurídico de la no exigibilidad de documentación sustentoria de los gastos realizados: que la Administración Pública reconozca que existen ciertos gastos que no pueden ser objeto de justificación documentaria no supone que la suma de dinero asignada al funcionario o servidor público a título de viáticos se trasladen a la esfera patrimonial de aquel ni que la apropiación de dinero de la Administración Pública por parte del funcionario público resulte irrelevante penalmente porque la fiscalización y control adecuados puedan resultar de difícil concreción.

Esta afirmación encuentra sustento en la propia caracterización del delito de peculado como *delito consistente en la infracción del deber* que irroga al sujeto cualificado obligaciones y deberes positivos de protección del patrimonio del Estado, las cuales no resultan soslayadas ni por la diversidad en el tratamiento legal de la rendición de viáticos –que en ciertas entidades del Estado es más estricto que en otras– ni por el hecho que la Administración Público permita la rendición de viáticos vía declaración jurada del funcionario o servidor público.

81 Directiva N° 009-2005-CONSUCODE/PRE.

82 La *rendición de cuentas para la asignación por el desempeño de la función congresal* se sustenta únicamente "con la declaración presentada ante la Oficina de Tesorería del Congreso" (segunda disposición final del Reglamento del Congreso de la República) en un procedimiento en el que predomina el principio de confianza, en la medida en que una vez revisada la documentación sustentatoria, esta es devuelta al propio congresista de la República (procedimiento de reembolso y rendición de cuentas de viáticos y/u otros conceptos para el desempeño de la función congresal, aprobado en la vigésimo cuarta sesión del Consejo Directivo del Congreso de la República).

Y es esta configuración del delito de peculado como *delito consistente en la infracción de un deber* la que permite sostener que el funcionario o servidor público que administra caudales asignados como viáticos, está obligado a disponer correctamente de los mismos dándole el uso instrumental para el cual aquellos han sido confiados. Como se aprecia, lo trascendente es que la infracción del deber en el delito de peculado se vincula directamente con ámbitos de gestión pública destinados a la prestación efectiva de los servicios públicos (Vásquez Portomeñe Seijas: 2003, p. 368), lo que permite eludir objeciones asociadas al tono totalitario y moralizante que podría tener la noción de *infracción del deber*.

Ciertamente esta posición podría generar cierta discusión en torno a los supuestos de escasa significación económica del viático apropiado que podrían llevar a plantear cuestionamientos en torno a la proporcionalidad del recurso a la sanción penal; sin embargo, en mi opinión el legislador, a través de la Ley N° 29703, que incorporó en el artículo 387° del Código Penal una circunstancia calificante del peculado *"Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias"*, que es preservada en la modificación producida mediante la Ley N° 29758, ha reconocido –en línea concordante con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116– que la protección que se pretende articular a través del tipo penal de peculado no descansa exclusivamente en los aspectos patrimoniales que servirán, todo lo más, para reconocer un mayor desvalor de la conducta y del resultado, sino que tiene incorporada la finalidad político criminal de *preservación de los deberes funcionariales*, que es lo que precisamente permite sostener que la poca significación del perjuicio patrimonial no tiene efectos de exclusión de tipicidad asociados a su escasa lesividad en la medida en que la lesividad de la conducta debe referirse también, aunque no exclusivamente, a la infracción del deber sino únicamente de reducción de la medida de la culpabilidad.

Es necesario advertir que *no postulamos que la responsabilidad penal por delito de peculado sobre viáticos radique en la mera omisión de la obligación administrativa de rendición de cuentas por parte del funcionario o servidor público,* pues es en la *apropiación* en la que reside el desvalor de la conducta propia del delito de peculado. Aunque el incumplimiento administrativo de la rendición o justificación de los viáticos constituya un *indicio* de la apropiación del caudal, sin la acreditación probatoria *más allá de toda duda razonable* de la realización del acto de apropiación del patrimonio estatal no será posible la imposición de una pena por el delito bajo examen.

Tampoco debe creerse que la posición aquí defendida suponga una inflación de los ámbitos de intervención del Derecho Penal en desmedro de los controles administrativos-sancionadores, pues la prosecución penal de los actos de peculado por apropiación de viáticos –conforme la praxis jurisprudencial parece

revelar– se encuentra limitada a aquellos casos en que el funcionario o servidor público recurre a la utilización de documentos falsos con el propósito de ocultar su conducta delictiva.

Concluyo este acápite destacando que aunque la posición contraria –de exclusión de los viáticos como delito de peculado– puede tener ciertos elementos favorables en la medida en que se sustenta en el principio de mínima intervención del Derecho Penal, su capacidad de rendimiento es defendible estrictamente en términos de *lege ferenda*, por lo que su utilización por parte de la Magistratura sería incompatible con el principio de legalidad en la medida en que implicaría una afectación del principio de *lex stricta*.

En tanto el estado de la cuestión legislativa se mantenga inalterado, la respuesta más compatible –en términos de *lege lata*– con los objetivos político criminales propuestos por el legislador en la formulación del tipo penal de peculado es aquella que reconoce la posibilidad de sancionar penalmente las conductas de apropiación de viáticos asignados al funcionario o servidor público.

4.4. El Acuerdo Plenario N° 7-2019/CIJ-116 y su insatisfactoria solución al problema

El Acuerdo Plenario N° 7-2019/CIJ-116 fue desarrollado con el objetivo de enfrentar directamente la cuestión aquí planteada, partiendo de la premisa de que la tutela penal que proporciona el delito de peculado se dirige a la correcta gestión funcional de la Administración Pública. Ese dato inicial revelará –más adelante– ciertas inconsistencias de la solución jurisprudencial que se propone en el mencionado Acuerdo Plenario.

En esa línea se sostiene que el funcionario o servidor público satisface las exigencias de gestión funcional de la Administración Pública en la medida en que el dinero otorgado como viáticos se ubique dentro del monto máximo tasado por día. A partir de esa premisa concluye que aquel puede utilizar ese monto "para alimentarse, dormir y desplazarse como mejor crea conveniente". A partir de esta premisa, se concluye que "la facultad de la libre disposición de los caudales percibidos es incompatible con el concepto de administrar dinero para fines estatales" (fundamento jurídico octavo).

El Acuerdo Plenario N° 7-2019/CIJ-116 señala que la asignación de viáticos al funcionario público es una expresión del Estado de su "deber de garantizar que los funcionarios o servidores comisionados que se desplacen no estén sometidos a la inseguridad o a riesgos que podrían afectarlos personalmente en particular en el ámbito de la salud, todo ello con motivo del desempeño de la comisión, debiendo

tenerse en cuenta el sentido del tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución Política del Perú que establece que 'ninguna relación laboral puede [...] desconocer o rebajar la dignidad del trabajador'".

Del mismo modo, el Acuerdo Plenario parece establecer que el incumplimiento de la obligación de rendición de cuentas por parte del funcionario público solo generaría la obligación de devolver el importe no sustentado o que el mismo sea objeto del objeto respectivo.

Los viáticos –según el Acuerdo Plenario N° 7-2019/CIJ-116– son entregados al funcionario público para "gastos de movilidad, alimentación y hospedaje" por ende se afirma que los mismos se entregan "en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración, a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias, etc." Ese importe, por otro lado, al estar presupuestado, se encuentra "preconcebido y destinado a cubrir los gastos personales del comisionado" por ende "el órgano estatal espera razonablemente sea consumida en toda su dimensión durante el tiempo de la comisión".

En ese contexto, se debe verificar si el funcionario público cumplió o no la comisión; si la cumplió, pues la omisión de los deberes de sustentación del gasto debe ser solo de interés del Derecho Disciplinario. De lo contrario se infringiría el carácter fragmentario del Derecho Penal. No obstante, los supuestos en los que no se haya realizado el desplazamiento o el funcionario público sustentó el viático con documentos fraudulentos, entonces será de posible aplicación las diversas modalidades de falsedad.

Ahora, los argumentos del Acuerdo Plenario N° 7-2019/CIJ-116 resultan, en nuestra opinión, poco solventes en la medida en que no termina de explicar los motivos por los que uno de los supuestos de *gestión funcional incorrecta del patrimonio* (uno de los espacios coberturados por el bien jurídico en el delito de peculado) consistente en el apoderamiento de importes dinerarios recepcionados como viáticos por el funcionario público. En particular, no creemos que se haya explicado suficientemente porque la recepción de los viáticos se produce "en calidad de transferencia en disposición".

5. La consumación en el delito de peculado doloso

La determinación del momento consumativo de la conducta en el delito de peculado requiere del análisis diferenciado de las diversas modalidades de peculado doloso que reprime el artículo 387° del Estatuto Penal nacional.

5.1. La consumación en el delito de peculado doloso por apropiación

El delito de peculado doloso por apropiación encuentra su punto de consumación cuando el funcionario o servidor público produce el resultado que reprime el tipo penal, es decir, cuando el patrimonio estatal resulta afectado. Se trata por tanto de un delito de lesión (Roca Agapito: 1999, p. 174; Franco: 1987, p. 85). No es suficiente la sustracción del bien sino su utilización como patrimonio propio (Seminara: 2003, p. 314; Abanto Vásquez: 2001, p. 309; Alonso Pérez: 2000, p. 252; Peña Ossa: 1995, p. 100). En esta línea se inscribe el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 (fundamento jurídico sétimo, literal c), al señalar que el acto de apropiación exige que el objeto material del comportamiento se traslade de la esfera de la función pública a la esfera de disposición del autor.

Nada tiene que ver para constatar la consumación del delito en comento la realización de requerimientos y su posterior incumplimiento por parte del funcionario o servidor público, pues ello sirve únicamente para los propósitos probatorios del tipo subjetivo.

5.2. La consumación en el delito de peculado doloso por utilización

Esta modalidad de peculado doloso encuentra su consumación de modo instantáneo al producirse la "utilización". Es entonces un delito de mera actividad, por ende, no se requiere de un resultado típico. Esto, por cierto, no implica negar que el comportamiento típico tenga una contenido patrimonial incito.

De este modo, si –por ejemplo– un funcionario público tiene bajo su custodia equipos de ordenador para ser utilizados por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), pero bajo determinadas circunstancias los utiliza a favor de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) con la cual desarrolla un proyecto conjunto, no cometerá delito de peculado impropio en la medida en que los equipos de ordenador son utilizados para los propósitos de la Administración.

6. El tipo subjetivo

El artículo 387° del Código Penal, en su primer párrafo, contiene como elemento subjetivo el dolo.

La cuestión problemática no es tanto si se trata de un delito doloso, sino si puede comprenderse –en virtud de la interpretación patrimonial propuesta– dentro del dolo del tipo penal *el ánimo de lucro,* el *animus rem sibi habendi* o el *animus utendi,* conforme a la específica modalidad de peculado de la que se trate.

No se trata, como sostiene equivocadamente Vílchez Chinchayán (2021, p. 321) de "exigir un elemento adicional al dolo" sino de reconocer a partir de la literalidad posible del texto de la ley, si aquella reconoce algunas particulares expresiones del dolo.

6.1. El tipo subjetivo en el delito de peculado doloso por apropiación

Aunque la propia denominación del tipo penal: "peculado **doloso** por apropiación" permitiría afirmar que el elemento subjetivo del delito en comento es el dolo, ello no dice mucho y resulta poco esclarecedor.

Nuestra intención, en efecto, no es proceder a explicar el contenido del dolo y el debate doctrinal que sobre el mismo existe, sin embargo, resulta imperativo proceder a realizar algunas precisiones, pues de ello dependerán las posteriores apreciaciones que sobre el respecto se realizará.

De manera dominante, se sostiene que "el dolo es conocimiento y voluntad de la realización típica. El sujeto conoce y conociendo las circunstancias que existen objetivamente y que son coincidentes con las circunstancias del tipo legal, despliega su voluntad en el sentido de realizar el proceso comunicativo típico" (Bustos Ramírez: 2004, p. 821).

Pues bien, la existencia del elemento subjetivo "dolo" no elimina la posibilidad que concurran aditivamente elementos subjetivos específicos del tipo penal y que permiten limitar con claridad los alcances del tipo penal, cumpliendo de ese modo funciones de garantía (Bustos Ramírez: 2004, p. 833). Dentro de estos elementos subjetivos específicos del tipo penal se ubican los ánimos y las intenciones.

En ese contexto, se distingue entre elementos subjetivos de intención trascendente, elementos subjetivos de tendencia, elementos subjetivos de expresión y elementos subjetivos psicológico-situacionales (Bustos Ramírez: 2004, pp. 834-835; Mir Puig: 2005, p. 263; De Toledo y Ubieto-Huerta Tocildo: 1986, pp. 137-138).

En lo que aquí interesa tenemos que el delito patrimonial de apropiación ilícita tiene justamente un elemento subjetivo de tendencia interna intensificada, el conocido como *animus rem sibi habendi*, que se replica en el delito de peculado (Alonso Pérez: 2000, p. 251; González Rus: 2000, p. 459; Entrena Fabré: 1999, p. 68; Etxebarria Zarrabeitia: 1997, p. 195; Romano: 2002, p. 37; Salinas Siccha: 2014, p. 311; Calderón Valverde: 2012, p. 166).

Este configuración del dolo se integra, además, con el ánimo de lucro (elemento de tendencia interna trascendente) conforme ha sabido resaltar en la doctrina autores como De Francesco (2003, p. 2275), Morillas Cueva (2011, p. 982), Muñoz Conde (2001, p. 426), Queralt Jiménez (2010, p. 846), Pérez Manzano

(1998, p. 487), Roca Agapito (1999, p. 190 ss.) y Vizueta Fernández (2013, p. 266). En mi opinión el *animus rem sibi habendi* y el ánimo de lucro no son elementos subjetivos del tipo incompatibles entre sí, de allí que no profundizaremos sobre el debate desarrollado al respecto especialmente en España.

Ahora, la configuración propuesta del tipo subjetivo impide la verificación del tipo penal en los casos en los que el comportamiento sea desarrollado con dolo eventual (Morillas Cueva: 2011, p. 982).

A nivel jurisprudencial, ese planteamiento se aprecia en las Ejecutorias Supremas del 11 de diciembre de 1997 (R.N. N° 713-97-Cañete: "el ilícito materia de imputación es eminentemente doloso, por el que el agente debe conocer y querer la apropiación, a lo que se debe agregar que también se requiere un elemento subjetivo del tipo, cual es el ánimo de lucro, que comprende la intención de apoderarse de un bien y la de obtener un beneficio o provecho"); del 24 de junio de 2003 (R.N. N° 88-2001-Ica: "el delito de apropiación ilícita es eminentemente doloso, el agente debe conocer y querer la apropiación, requiriéndose además el elemento subjetivo del ánimo de lucro en provecho propio o de tercero"); las resoluciones de la Sala Penal de Arequipa del 16 de abril de 1999 (Exp. N° 98-0037-0401-JP-08: "en consecuencia, al no evidenciarse en su comportamiento el *animus lucrandi*, ni el *animus rem sibi habendi*, elementos subjetivos del tipo instruido..."); de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín del 22 de octubre de 1996 (Exp. N° 209-94: "el tipo subjetivo exige que el agente o el tercero favorecido se lucre con la acción de la apropiación..."); de la Sala penal de la Corte Superior de Justicia de Áncash del 7 de abril de 1998 (Exp. N° 576-97: "Que, la actuación del procesado... en la forma establecida, y que aparecen en autos, no configura el delito de peculado; al no haberse apropiado o utilizado para sí los bienes –calaminas–; ni mucho menos existe el móvil de lucro...").

La cuestión por determinar será entonces si ese (o esos) elemento(s) subjetivo(s) de tendencia interna intensificada o de intención es (son) requerido(s) también en la tipicidad subjetiva del peculado doloso por apropiación, es decir. ¿Exige el tipo subjetivo de peculado doloso la concurrencia del *animus rem sibi habendi* (y ánimo de lucro)?

Y los aspectos problemáticos de tal cuestión residen esencialmente en la falta de referencia expresa del *animus rem sibi habendi* (y ánimo de lucro) dentro del texto del tipo penal descrito en el artículo 387° del Código Penal: ¿Si el tipo penal no hace referencia expresa al elemento subjetivo de tendencia interna intensificada o de intención trascendente, puede el mismo ser exigido?

A mi entender, la exigencia del *animus rem sibi habendi* (y ánimo de lucro) en el delito de peculado doloso por apropiación constituye un imperativo

derivado del principio de intervención mínima. Explico: si la incorporación del *animus rem sibi habendi* (y ánimo de lucro) tiene por objetivo en el delito patrimonial de apropiación la exclusión de comportamientos de menor reprochabilidad, entonces, la exigencia del mencionado elemento subjetivo de tendencia interna intensificada (o de intención interna trascendente en el caso del ánimo de lucro) tendrá siempre efectos de restricción de los alcances del tipo penal; es decir, operan siempre a favor del ciudadano. Si esto es así, la orientación esencialmente patrimonial que hemos visto tiene nuestro texto penal en relación con el delito de peculado permite considerar que la falta de referencia al *animus rem sibi habendi* (y ánimo de lucro) obedece a una imperfección de técnica legislativa superable en sede interpretativa.

La incorporación del *animus rem sibi habendi*, por otra parte, no enfrenta la garantía de legalidad penal en tanto debe entenderse que los elementos subjetivos de esta clase forman parte del propio contenido del dolo.

6.2. El tipo subjetivo en el delito de peculado doloso por utilización

Es del caso analizar el contenido del tipo subjetivo del delito de peculado por utilización, pues más allá de reconocer que se trata de un delito doloso, es indispensable precisar en qué consiste el dolo de esta modalidad específica de peculado.

El dolo del peculado doloso por utilización viene conformado por el *animus utendi,* es decir, el ánimo de dar uso momentáneo al bien sin intención de apoderarse del mismo. Es de precisar que el *animus utendi* no constituye un elemento distinto al dolo, sino que forma parte de aquel (Da Costa Pinto: 1987, p. 79).

Dado a que el peculado es un delito que no implica *sustracción* por parte del autor, no se requiere *animus reddendi* o intención de devolver el bien.

A partir de la incorporación en el tipo subjetivo de elementos de tendencia interna (*animus rem sibi habendi, animus utendi y ánimo de lucro*) podrá reducirse la tipicidad a los supuestos de concurrencia del dolo directo. De distinta opinión se manifiesta en la doctrina nacional Reátegui Sánchez (2015, p. 437).

V. TIPO DE INJUSTO DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO

El artículo 387° del Código Penal comprende, además de la modalidad dolosa del delito de peculado ya analizada, un supuesto culposo del mencionado delito, bajo la siguiente fórmula típica:

"(...) Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa".

Las diferencias entre el supuesto doloso del delito de peculado y la modalidad culposa no se ubican únicamente en el ámbito del tipo subjetivo sino que se trasladan también al plano del tipo objetivo.

1. Cuestiones relevantes de tipicidad objetiva del delito de peculado culposo

La redacción que ofrece nuestro Estatuto Penal es bastante distinta a la que plantea el Código Penal español que plantea –en puridad– una punición por omisión impropia en la medida en que el castigo al funcionario público se sustenta en el hecho de "consentir" que un tercero sustraiga caudales o efectos públicos (Mir Puig: 2000, p. 302; Roca Agapito: 1999, pp. 174 ss.). nuestro Código Penal, por el contrario, hace expresa referencia a la "culpa", con lo que se aparta del referente español.

1.1. La conducta del funcionario o servidor público: la cuestión de la "infracción del deber objetivo de cuidado" y la imputación al tipo objetivo

1.1.1. La "infracción del deber objetivo de cuidado" en el ámbito de las competencias funcionariales

La tipicidad objetiva en los delitos culposos, como es conocido, guarda importantes diferencias con la tipicidad objetiva correspondiente a los delitos dolosos. Los delitos culposos sustentan su tipicidad objetiva en la *infracción del deber objetivo de cuidado*.

Este *deber objetivo de cuidado* se desprende de los aspectos normativos correspondientes al ejercicio de la función pública. En tal virtud, existirá *infracción del deber objetivo de cuidado* cuando el funcionario o servidor público no asuma el halo de deberes que le competen funcionarialmente y que vienen definidos normativamente, es decir, por la ley. Esto quiere decir que la infracción del deber

objetivo de cuidado que fundamenta la imputación por delito de peculado culposo es propia, de modo tal que la infracción de deberes se debe encontrar referido a deberes propios (Romano: 2002, p. 53).

Se trata, como parece ser notorio, de deberes relacionados al control o supervisión de los fondos o caudales públicos, en particular aquellos relacionados con los riesgos asociados al comportamiento de terceros, dentro de los cuales se puede comprender a otros funcionarios públicos, siempre que carezcan de competencia específica en la gestión del patrimonio público afectado.

1.1.2. La imputación al tipo objetivo en el delito de peculado culposo

Esta *infracción del deber objetivo de cuidado* es justamente la que "da ocasión" a que el caudal o efecto perteneciente al Estado sea sustraído por un tercero, lo que plantea adicionalmente la necesidad de constatar la relación de causalidad entre la *infracción del deber objetivo de cuidado* y la acción del particular y de verificar la imputación al tipo objetivo. Por ello, Soler resaltaba la necesidad que la "acción dolosa –del particular– debe guardar una estrecha relación con la culpa del funcionario" y recurría a criterios de determinación de la causalidad (como la causalidad hipotética) para establecer tal relación (Soler: 1973ª, p. 209).

Nuestro texto penal permite que el tipo culposo de peculado pueda ser cometido tanto por acción como por omisión (Rojas Vargas: 2001, p. 305).

1.1.3. La conducta del tercero

La punición del *intraneus* (funcionario o servidor público) queda condicionada a la realización –por parte de otra persona que puede ser particular o también funcionario o servidor público (Fontan Balestra: 1971, p. 290; Frisancho Aparicio-Peña Cabrera Freyre: 1999, p. 299)– de actos de sustracción de los caudales o efectos públicos.

Esto, evidentemente, no supone que el funcionario o servidor público responda por el hecho ajeno, sino que la realización del acto de sustracción de otra persona –que tiene relevancia típica independiente– es la que hace exigible –desde la perspectiva del principio de ofensividad– el castigo del injusto propio del funcionario o servidor público.

El contenido y sentido de la expresión "sustracción" puede ser extraído de la discusión jurídico-patrimonial relacionada al delito de hurto (artículo 185 del Código Penal).

Es importante recordar que la sustracción constituye solo uno de los elementos del tipo penal de hurto, que requiere fundamentalmente la existencia de apoderamiento, de modo tal que nuestra línea discursiva se limitará al análisis del elemento "sustracción".

Respecto a la expresión "sustracción", parece existir consenso en considerar que consiste en la aprehensión y remoción del bien del estricto ámbito de dominio de su propietario o poseedor, esto es, que se trata de una *acción* (Rojas Vargas: 2000, p. 151). La admisión de expresiones negativas u omisivas de la "sustracción" ha encontrado seria resistencia teórica (Rojas Vargas: 2000, p. 151).

Tiene razón Rojas Vargas (2001, p. 302) cuando advierte la coherencia técnica de la utilización de la expresión "sustraer" en la medida en que responde con mayor precisión al comportamiento del particular quien, considerando el modo en que accede al patrimonio público, en ningún caso, podrá "apropiarse" del caudal o efecto público.

La acción de *sustracción* del tercero –particular o funcionario o servidor público– debe ser necesariamente dolosa, excluyéndose en consecuencia las realizadas mediante culpa (Soler: 1973, p. 209).

2. La consumación del delito de peculado culposo

La consumación del delito de peculado culposo se produce en el momento en que los caudales o efectos que forman parte del patrimonio estatal son, en efecto, sustraídos por el tercero (Abanto Vásquez: 2001, p. 320; Donna: 2000, p. 293; Fontán Balestra: 1971, p. 290; Frisancho Aparicio-Peña Cabrera Freyre: 1999, p. 299; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 172; Rojas Vargas: 2001, p. 305), lo que supondría que se trata de un delito de resultado lesivo.

Esta tesis, sin duda, es la que se amolda más adecuadamente con el sentido literal posible de la ley que delimita la relevancia penal del comportamiento a que, en efecto exista un detrimento sobre el patrimonio del Estado atribuible objetivamente no solo al tercero, que realiza el acto de sustracción, sino también al funcionario público que infringe culposamente sus deberes de control y supervisión del patrimonio estatal.

Por su naturaleza culposa, se trata de un ilícito que no admite tentativa (Abanto Vasquez: 2001, p. 320; Rojas Vargas: 2001, p. 305).

VI. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

El delito de peculado doloso y culposo incluyen un régimen de calificación o agravación del comportamiento que resulta idéntico al previsto respecto del delito de colusión desleal.

Precisamente por ese motivo, nos limitaremos a introducir argumentos y razonamientos adicionales en la medida en que así lo exijan las particulares o específicas características del delito de peculado. En lo demás, nos remitimos a aquello sugerido respecto del delito de colusión desleal.

En ese contexto, conviene precisar que respecto de la modalidad dolosa del delito de peculado son aplicable las mismas agravantes que corresponde al delito de colusión desleal. Salvo una diferencia muy específica pero poco trascendente respecto de su sistematización (en el delito de colusión desleal, dos de ellas se agrupan en un solo supuesto alternativo), se tratan de idénticos supuestos.

Por el contrario, el delito de peculado culposo solo sanciona una circunstancia agravante que, por cierto, resulta común con el delito de peculado doloso. Se trata de una circunstancia de agravación en el que la respuesta punitiva intensificada se fundamenta en el mayor *desvalor de la acción* del funcionario o servidor público que ejecuta la acción de peculado sobre caudales o efectos que estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Discrepo de quienes –como Abanto Vásquez (2001, p. 311)– consideran que la calificación de la conducta tiene como fundamento "el mayor daño que la conducta puede causar en determinados administrados". El sustento del mayor reproche que merece la realización de la acción peculado sobre caudales o efectos que estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social se ubica más bien en el mayor desvalor que refleja la acción del funcionario o servidor público que, a pesar de conocer los fines asistenciales a los que se encuentra asignado el patrimonio estatal, lo afecta a pesar de conocer el efecto que provocará en cierto sector de la población, particularmente vulnerable.

§

IV

CAPÍTULO IV

LOS DELITOS DE COHECHO

ARTÍCULOS 393°, 394° Y 397° DEL CÓDIGO PENAL

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

§ 1. El delito de cohecho resulta ser quizás el más paradigmático de los delitos contra la Administración Pública, al punto de ser denominado por algunos autores como el delito "rey" (Olaizola Nogales: 1999, p. 31; Rodríguez Collao-Ossandón Widow: 2005, p. 299; Oliver Calderón: 2009, p. 345) dentro de la tipología de los delitos contra la Administración Pública.

Esta calificación como *delito rey* se explica a partir de su estrecha vinculación con un fenómeno social, como es la corrupción (Asúa Batarrita: 1997, p. 14; Caro Coria: 2002, p. 103), cuya transcendencia y persistencia quedan fuera de toda duda y cuya proliferación propicia espacios de criminalidad oculta e impunidad (Valeije Álvarez: 1995, 25) que determinan que el análisis dogmático y político criminal del mencionado ilícito resulte de innegable utilidad práctica. No hay que olvidar que a través de los delitos de cohecho pasivo se da inicio a los delitos de "corrupción de funcionarios" (Sección IV, Capítulo II, Título XVIII del Libro II del Código Penal).

Sobre su trascendencia, Acalé Sánchez (2017, pp. 03-04) ha resaltado el impacto de la corrupción en el sistema democrático, mientras que De la Mata Barranco (2004, p. 04) por su parte pone de manifiesto su impacto en la corrupción en la libre competencia, la libertad de mercado o la transparencia de los procesos electorales, en tanto que Galán Muñoz (2018, p. 55) y Rodríguez Gómez (2005, p. 269), resaltan el impacto de la corrupción sobre los mass media. El impacto de la corrupción en el entorno social es destacado también por autores como Abanto Vásquez (2001, pp. 359 ss.), Buompadre (2001, p. 179), Caro Coria (2012, p. 103 ss.), Rodríguez Collao-Ossandón Widow (2005, p. 15) y Romano (2002, p. 126).

Sobre su persistencia y carácter endémico, De la Mata Barranco (2004, p. 17) recuerda cómo es que ya en los jeroglíficos del antiguo Egipto se reconocía a los magistrados por una imagen de bustos sin brazos para transmitir la idea de que aquel no debía recibir ninguna clase de regalo.

Por su parte, Rodríguez Collao-Ossandón Widow (2005, pp. 15-16) han destacado que la corrupción es un fenómeno permanente que no solo se ha proyectado históricamente, sino que, por un lado, ha demostrado su capacidad para

afectar significativamente a toda la sociedad, sin distinciones geográficas o culturales y, por otro lado, tener la capacidad de erosionar todo tipo de organización, sea esta pública o privada, sin importar su sesgo ideológico y si se trata, o no, de un régimen democrático o dictatorial. En esa línea se han expresado también Oliver Calderón (2009, p. 343), Pariona Arana (2012, p. 303), Guimaray (2021, p. 19) y Lifante Vidal (2021: p. 20).

Su carácter extensivo, conforme hacen mencionar estos autores, ha generado el riesgo de normalización (Galán Muñoz: 2018, p. 57) que ha llevado a sostener que en el mayoría de los países más de la mitad de las personas se han visto involucradas, por acción u omisión, en actos de corrupción (Rodríguez Collao-Ossandón Widow (2005, p. 17). Este dato objetivo se consolida con la identificación de las diversas tramas de corrupción observadas en los últimos años en Alemania: Siemens, WV, Allianz Arena; España: Gürtel, Bárcenas, ERE, Bankia, AVE a la Meca; y en nuestro país: Lava Jato, Cuellos Blancos, Club de la Construcción, entre otros (Abanto Vásquez: 2022, pp. 166-167).

A todo lo antes indicado, su cada vez más notoria vinculación con la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial, revela el incremento de su potencialidad lesiva (De la Mata Barranco: 2004, pp. 04-05) y permite reconocer la necesidad de que este fenómeno sea abordado por diversos ámbitos del saber (Artaza Varela: 2021, p. 21).

Sin duda, la respuesta penal frente al cohecho, una de las manifestaciones más conocidas de la corrupción, constituye uno de los parámetros más significativos y útiles para diagnosticar los rasgos de la política criminal de nuestros países, considerando que respecto de dichos delitos nos une una tradición jurídica común y una diversidad de obligaciones internacionales que nuestros Estados se encuentran obligados a asumir (entre otros, la Convención Interamerica contra la Corrupción de la OEA, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales). Las circunstancias descritas precedentemente justifican la elección de la materia.

§ 2. Cualquier pretensión de rigurosidad en el análisis de esta tipología delictiva requiere reconocer el contexto político criminal en el que aquella se desenvuelva: el de *marcha triunfal del punitivismo.*

En la legislación chilena, por ejemplo, el delito de cohecho, en sus diversas modalidades, se encuentra regulado en los artículos 248° a 250bis° del Código Penal chileno de 1874, dentro de la rúbrica "de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos". Aunque el Código Penal chileno ha sido elogiado por constituir una *rara excepción* ante la

conocida inestabilidad de las legislaciones de los países de nuestra región (Iñesta Pastor: 2003, p. 296), parece ser que el legislador chileno ha sucumbido progresivamente ante la *marcha triunfal del punitivismo disfrado de "reforma" legislativa.*

En efecto, pese a que el delito de cohecho tuvo más de ciento veinticinco años sin sufrir una sola modificación legislativa, desde la Ley N° 19.645, del 11 de diciembre de 1999, la regulación penal ha perdido en estabilidad al introducirse cambios estructurales en este delito. La avalancha de "reformas" se inició: la Ley N° 19.829, del 8 de octubre de 2002; la Ley N° 20.341, del 22 de abril de 2009; la Ley N° 20.730, del 8 de marzo de 2014; y, la Ley N° 21.121, del 20 de noviembre de 2018, y aunque se reconocen aspectos positivos en las mismas, permiten también advertir rasgos de amplificación punitiva, expresada en penas más intensas y en una mayor cobertura de los tipos penales (Oliver Calderón: 2021, pp. 774 ss.).

En el caso peruano no ocurre algo distinto. El delito de cohecho, descrito en el artículo 393° y siguientes del Código Penal de Perú, a través del cual se da inicio a los delitos de "corrupción de funcionarios" (Sección IV, Capítulo II, Título XVIII del Libro II), se ha visto comprendido en esa *ola reformista* que ha comprometido la mayoría de los tópicos de nuestro texto legislativo y que se caracteriza, en gran medida, por la intensificación de la respuesta punitiva. Dos ejemplos notorios son los delitos de cohecho activo genérico y cohecho activo específico (artículos 397° y 398° del Código Penal del Perú). El primero sufrió cambios los años 1999, 2004, 2013 y 2016, en tanto que el segundo fue objeto de incrementos punitivos los años 1996 (2 veces), 2004, 2013 y 2016.

II. EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE COHECHO

1. Anclajes sobre los que se asienta la noción de bien jurídico en el Derecho Penal

Sin distraer el objeto de nuestro análisis, consideramos pertinente plantear algunas premisas en torno a la visión adoptada respecto del bien jurídico y que nos permitirán comprender con más claridad las posteriores reflexiones en torno a la identidad del interés jurídico que consideramos protegido por el delito de cohecho.

En esa línea de ideas, corresponde fijar –como primer anclaje– que la categoría *bien jurídico* debe ser capaz de reconocer ese grupo selecto de *intereses sociales vitales* indispensables para el libre desarrollo de la personalidad del ser humano (Muñoz Conde-García Arán: 1993, p. 65; Roxin: 2004, p. 23; Moccia: 2003, p. 183; Rodríguez Collao-Ossandón Widow: 2005, pp. 94-95). De este modo se

adopta una posición –en los términos de Rodríguez Collao-Ossandón Widow– *antropocéntrica* del bien jurídico que, sin desconocer la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos, condiciona su legitimidad a que "la intervención penal se encuentre supeditada a que el bien de que se trate efectivamente sea instrumental al individuo" (2005, p. 94). No es difícil advertir la conexión entre el libre desarrollo de la personalidad con el principio de dignidad de la persona humana.

Un segundo anclaje por fijar guarda relación con la relación entre la protección de bienes jurídicos y los parámetros que proporciona la Constitución Política al Derecho Penal para cumplir esa misión. Con esta aseveración no pretendemos adoptar una posición que considere que la Constitución Política sea *el catálogo* de bienes jurídicos dignos de protección por el Derecho Penal, sino simplemente afirmar la relación de armonía entre el ordenamiento penal y constitucional de modo que, entre uno y otro, no exista contrariedad (Roxin: 1997, pp. 55-56; Reyna Alfaro: 2019, p. 199).

El tercer anclaje puede fijarse a partir de la distinción –ya propuesta en 1915 por Max Ernst Mayer (2007, pp. 26-27) pero trasladada a la doctrina hispanohablante por Santiago Mir Puig– entre *bien jurídico* y *bien jurídico penal* (2005, p. 129). En efecto, Mayer reconocía que el *bien jurídico* resultaba un concepto prejurídico, en la medida en que su existencia no depende de un constructo normativo, sino que aquel procede de la vida, de la realidad social, siendo función del ordenamiento jurídico tan solo otorgarle protección jurídica. Precisamente, en ese contexto es que surgía el dilema de seleccionar, entre los diversos bienes jurídicos (esto es, los intereses sociales vitales protegidos por el ordenamiento jurídico) aquellos que el Estado debía tutelar a través de su herramienta más potente. Se distingue así entre *bien jurídico* y *bien jurídico penal.*

Ahora, el cuarto y definitivo anclaje lo proporcionan aquellas condiciones que nos permiten reconocer los intereses vitales a los que debe corresponder la protección del Derecho Penal. Me refiero a las nociones de *merecimiento de tutela penal, necesidad de tutela penal y capacidad o idoneidad de tutela penal* a través de lo cual es posible –dentro de las limitaciones que se deben reconocer– introducir elementos que permitan objetivar y, con ello, optimizar la operatividad de los principios de lesividad, mínima intervención y fragmentariedad del Derecho Penal.

2. Función interpretativa del bien jurídico penal

La problemática del bien jurídico y su identificación concreta en cada delito no solo se relaciona con la misión del Derecho Penal como rama del ordenamiento jurídico orientada a la protección de bienes jurídicos, sino con el hecho, poco tomado en cuenta pese a su importancia especialmente relevante en la praxis forense, de que el bien jurídico se manifiesta ineludiblemente en cada tipo penal y que la

interpretación de la ley penal, como en su oportunidad dijeron Maurach-Zipf: "sin la directriz que le da la noción del bien jurídico, es simplemente imposible" (1994, p. 339). Es así que el concepto de bien jurídico-penal, conforme recuerda Urquizo Olaechea, asume un papel fundamental de "guía" en el proceso de interpretación de la ley penal, con el cual será posible descubrir "el ámbito de protección o el fundamento del injusto" (1998, p. 812).

3. Bienes jurídicos mediatos e inmediatos

Como es habitual en los delitos que tienen por objetivo la protección de bienes jurídicos institucionales, es posible reconocer, por un lado, que existe un interés jurídico que se tutela genéricamente (bien jurídico mediato) a través de cada uno de los delitos contra la Administración Pública, que se reconoce mayoritariamente como el "correcto funcionamiento de la Administración Pública" (Donna: 2000, p. 210; Villada: 1999, p. 313; Abanto Vásquez: 2020, p. 188; Salinas Siccha: 2011, p. 06), y, por otra parte, que el delito de cohecho brinda protección específica a un valor (bien jurídico inmediato) cuya identidad trataremos de visualizar en las líneas que siguen. Estamos ante una distinción de significativa relevancia práctica y que nos permite reconocer entre el *bien jurídico genérico o mediato* y el *bien jurídico específico o inmediato.*

La distinción entre bienes jurídicos mediatos e inmediatos –como bien refiere Martínez Buján Pérez (2007, pp. 214-215)– tienen su origen en los desarrollos de la doctrina italiana, facilita el trabajo de hermenéutica jurídica al asignar al bien jurídico mediato labores asociadas a la sistematización de los delitos dentro de la Parte Especial y dejar en manos del bien jurídico inmediato la función más relevantes que se asignan al bien jurídico penal, especialmente la función interpretativa (Martínez Buján Pérez: 2007, pp. 159-160).

4. El correcto desempeño de la función administrativa como bien jurídico mediato en los delitos contra la Administración Pública

En cuanto al interés genéricamente tutelado en los delitos contra la Administración Pública, cuya función –como indicamos anteriormente– parece limitarse al plano sistemático, podemos indicar que, luego de transitar por posiciones con lato contenido eticizante (Reyna Alfaro: 2009, pp. 254-259), el desarrollo doctrinal ha alcanzado consenso en considerar que la protección que el Derecho Penal proporciona a través de los delitos de corrupción de funcionario se dirige a garantizar la funcionalidad, el funcionamiento correcto de la Administración Pública o, dicho de otro modo, el correcto desempeño de la función administrativa (Abanto Vásquez: 2022, p. 169; Abanto Vásquez: 2020, p. 188; Acalé Sánchez: 2017, p. 18; De la Mata Barranco: 2004, p. 67; Oliver Calderón: 2009, p. 362;

Rodríguez Collao-Ossandón Widow: 2005, p. 97; Rodríguez Gómez: 2005, p. 279; Romano: 2002, p. 129).

Ahora, esta idea –a la que nos suscribimos y que se reconoce en el trabajo de Abanto Vásquez (2020, p. 188)– requiere necesariamente identificar el marco ideológico en el que el concepto de Administración Pública o función administrativa tiene operatividad y este proviene necesariamente de la Carta Fundamental. Esta conexión constitucional se reconoce en los aportes de Acalé Sánchez (2017, p. 19), Contreras Alfaro (2005, p. 417), Estrada i Cuadras (2020, p. 52), Rodríguez Gómez (2005, p. 279) y Valeije Álvarez (1995, p. 29).

En ese contexto, adquieren utilidad las distinciones respecto del modo en que la Administración Pública funciona en el Estado de policía y el modo en que lo hace en el Estado de Derecho (social y democrático), lo que permite reconocer diferencias sustanciales en el modo en que se articulan las relaciones internas del funcionario público (con el Estado) y las externas (con los administrados).

Mientras en el Estado de policía o totalitario, la relación Estado-ciudadano se configura de modo vertical, lo que supone la adopción de la idea de *sujeción a la Administración* (Gómez Méndez-Gómez Pavajeau: 2004, pp. 40 ss.) y, por ende, la atribución en favor del Estado y de sus agentes de una diversidad de potestades y atribuciones predominantemente coactivas (Reyna Alfaro: 2009, pp. 249-250); en el Estado de Derecho la actividad de la administración estatal se orienta a la satisfacción de los intereses de la ciudadanía, expresado, fundamentalmente, en el ámbito de la prestación de los servicios públicos (Estado prestacional). La orientación hacia un *Estado prestacional* se reconoce en autores como De la Mata Barranco (2004, p. 66; 2009, p. 47), Contreras Alfaro (2005, pp. 417-418), Feijóo Sánchez (1999, pp. 700-701), Guimaray (2021, pp. 84, 86-87, 93-95), Jareño Leal (2011, 19); Mandujano Rubín (2018, p. 73), Reyna Alfaro (2009, p. 250), Reyna Alfaro-Ventura Saavedra (2008, pp. 589 ss.), Rodríguez Gómez (2005, p. 280), Rosales Artica (2021, pp. 46-48), Vázquez-Portomeñe Seijas (2003, p. 113), Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert (2021, p. 64) Urquizo Olaechea (2002, pp. 232, 234-235).

No puede dudarse que el *estado del arte* en el plano constitucional nos permite sostener que la tutela penal proporcionada mediante los delitos contra la Administración Pública toma como punto de referencia la concepción prestacional de la Administración Pública y su carácter instrumental para la realización de los derechos fundamentales de sus ciudadanos (Asúa Batarrita: 1997, pp. 18-19; De la Mata Barranco: 2009, p. 49; implícitamente, Clemente-Ríos: 2001, p. 27; aludiendo a la actuación "orientada al bien común" de los agentes públicos, Kindhäuser: 2009, p. 26; también, Salinas Siccha: 2011, p. 05).

De este modo se entiende que la ofensividad en los delitos contra la Administración Pública se relaciona directamente con la restricción o limitación de los diversos aspectos que permiten que la actuación de la administración estatal y de sus agentes alcancen esa finalidad prestacional general de forma efectiva y eficiente (a saber, los principios de legalidad administrativa, imparcialidad, objetividad, igualdad, eficacia, entre otros). Conviene indicar que la noción de *eficacia de administrativa* propuesta por De la Mata Barranco (2009, p. 51), y resaltada también anteriormente en Feijóo Sánchez (1999, p. 700), aunque correcta resultaría insuficiente sin el complemento del factor de *eficiencia* que debe servir de guía a todo aquel (como es el caso de los funcionarios públicos) que gestionan recursos escasos.

En este apartado, conviene reconocer –con Estrada i Cuadras– que "Las prácticas corruptas disminuyen la calidad de los servicios públicos, pues el coste que supone para las empresas el precio del soborno se compensa con la menor calidad de los productos o servicios prestados a la Administración" (2020, p. 49).

Ahora, no puede desconocerse que a través de los delitos de corrupción de funcionarios públicos se puede otorga tutela penal indirecta a elementos periféricos como el libre mercado y la libre competencia (Neira Pena: 2017, p. 94), sin embargo, esos específicos objetos de tutela son asimilados en el propio concepto de *correcto funcionamiento de la Administración Pública.*

5. La discusión doctrinal respecto del bien jurídico protegido en el delito de cohecho

Ahora bien, aunque la identificación del bien jurídico genéricamente protegido en los delitos contra la Administración Pública no plantea en el actual estado de la discusión jurídico penal –como hemos observado– mayores controversias, no ocurre lo mismo respecto al bien jurídico específicamente tutelado en el delito de cohecho en el que la doctrina penal ha identificado diversas posiciones a partir de la exigencia, derivada de la función de garantía que asume el concepto de bien jurídico, de una identificación suficiente del interés tutelado por la ley penal.

La labor de identificación del bien jurídico especificamente tutelado por el delito de cohecho enfrenta una primera dificultad consistente en determinar si las diversas modalidades de cohecho –esto es, pasivo y activo– protegen un mismo bien jurídico o si cada uno de dichos delitos brinda tutela a intereses sociales diversos.

Quienes apuestan a favor de la diversidad de bienes jurídicos en los delitos de cohecho pasivo y cohecho activo (tesis favorables a la diversidad), consideran que, en el caso del delito de cohecho pasivo, en virtud de la condición de funcionario público del autor, la identidad del bien jurídico debe ser vinculada a

la fidelidad inmanente al ejercicio de la función pública. En cuanto al delito de cohecho activo, tratándose el autor de un particular, sin relación del acto de función pública objeto de comercio ilegal, la cuestión del bien jurídico cobra distintos matices pues, aunque se afectan las funciones propias de la Administración Pública, a dicho valor se agregarían la dignidad del Estado y el prestigio social de las instituciones públicas.

Esta postura, minoritaria por cierto (en ese sentido, Muñoz Conde: 1999, p. 957; Catalán Sender: 1999, pp. 192-194), permite extraer como principales notas resaltantes, en primer lugar, la identificación del bien jurídico como "quebrantamiento del deber" por parte del funcionario público y, por otra parte, el carácter unilateral de los delitos de cohecho pasivo y cohecho activo (Olaizola Nogales: 1999, p. 91).

Las críticas fundamentales a estas posiciones es que identificar el bien jurídico con el "quebrantamiento del deber" no permite un nivel de concreción del bien jurídico que lo haga compatible con la función de garantía de dicha categoría. Por ese motivo Olaizola Nogales (1999) formula la siguiente crítica: "un deber extrapenal no puede servir en ningún caso, por sí solo, para fundamentar un injusto penal" (p. 93).

Por otro lado, la doctrina penal ha formulado críticas a esta identificación del bien jurídico al generar la posibilidad de que la relación "deber-obediencia" permita una utilización autoritaria de tal noción que resulte incompatible con la idea de *Estado de Derecho*. En ese sentido, De la Mata Barranco (2004, pp. 57-58) resalta que en esta visión "se traduce una visión autoritaria de la actividad administrativa incompatible con un Estado social y democrático de Derecho".

Por tales consideraciones, no es posible partir de la "infracción del deber" para ubicar la identidad del bien jurídico en el delito de cohecho, pues como se ha subrayado, lo elemental no es la relación entre el funcionario público y la Administración Pública, sino que las conductas de cohecho se realizan a raíz del ejercicio de la función pública (Olaizola Nogales: 1999, p. 93).

La pretensión de considerar diversos los bienes jurídicos protegidos mediante las variadas modalidades de cohecho (activo o pasivo) fracasa pues no toma en cuenta un dato fáctico –aunque no dogmático pues las figuras de cohecho activo y pasivo tienen distintas características dogmáticas– evidente: el delito de cohecho (activo y pasivo) es un delito plurisubjetivo de convergencia, es decir, es un "delito de dos", en un tipo bilateral de encuentro, con tipificación independiente (Olaizola Nogales: 1999, p. 99) Abanto Vásquez (2001, p. 370) Portocarrero Hidalgo (1995, p. 197), Reátegui Sánchez (2015, p. 609), Rodríguez Collao-Ossandón Widow (2005, p. 310), Rojas Vargas (2001, p. 370), Buompadre (2001, p. 184),

Gómez Méndez (2000, p. 155), Parra Gutiérrez (1998, p. 131), Peña Ossa (1995, p. 162) y Villada (1999, p. 316).

A partir de la explicación, es menester ubicar el ámbito del ejercicio de la función pública directamente afectado mediante las conductas de cohecho. La doctrina se ha decantado mayoritariamente a favor de tres posturas que identifican el bien jurídico en el delito de cohecho como: a) la confianza en el correcto funcionamiento de la Administración Pública; b) la no comerciabilidad de los actos de la Administración Pública; y, c) la imparcialidad de la Administración Pública. Trataremos de aproximarnos a los contenidos de estas propuestas teóricas.

5.1. La confianza en el correcto funcionamiento y el prestigio de la Administración Pública

Esta postura postula que el delito de cohecho protege "la confianza de la colectividad en el correcto funcionamiento de la Administración Pública". Adoptada por autores tan representativos como Maurach, Schröder y Bacigalupo Zapater, esta posición considera que la conducta del cohecho incide principalmente en la opinión pública y su estimación respecto a la actividad de la Administración Pública, lo que supone que su confianza resulta mermada (en ese sentido, Olaizola Nogales: 1999, pp. 96-97; Vizueta Fernández: 2003, pp. 207 ss.).

Las principales objeciones que se formulan a esta posición doctrinal se relacionan, en primer lugar, al nivel de vaguedad que subyace a la misma y, con ello, la imposibilidad de cumplir propósitos de limitación de la intervención penal; y, en segundo lugar, a la necesaria preexistencia de la misma para recurrir a la tutela penal.

La primera de las críticas alude a que el elevado nivel de abstracción de la idea de *confianza colectiva* o del *prestigio de la Administración Pública* impediría que el bien jurídico cumpla con la función de garantía que le es propia, en la medida en que a través de la noción de *confianza de la colectividad en el correcto funcionamiento de la Administración Pública* se podría dar cobertura a absolutamente cualquier manifestación punitiva (De la Mata Barranco: 2004, p. 65; Vizueta Fernández: 2003, p. 208). Con razón señala De la Mata Barranco que "cualquier comportamiento irregular del funcionario puede lesionar o poner en peligro el prestigio de la Administración –depende cómo se interprete este–; pero por ello mismo, estamos antes una propuesta que no satisface ninguno de los aspectos fundamentales que el concepto central de bien jurídico exige al ordenamiento en orden a la precisión de los límites del *ius puniendi* estatal" (2004, p. 65).

Con relación a la segunda de las críticas, se sostiene que la tutela a favor del bien jurídico supone su preexistencia, lo que aplicado al planteamiento de la *confianza de la colectividad en el correcto funcionamiento de la Administración Pública*

como bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública significaría reconocer que la colectividad, en efecto, confía en el adecuado funcionamiento de su administración estatal. Pero ¿y si esto no ocurre?, ¿qué sucede si la colectividad no confía de su Administración Pública?, ¿puede protegerse un bien jurídico que, de hecho, no existe? Estas interrogantes han sido respondidas satisfactoriamente por Kindhäuser al sostener: "si fuese correcto el parecer que sostiene que el bien jurídico protegido de los delitos de corrupción estatal es la confianza de la opinión pública, la corrupción sería menos digna de castigo mientras más intensamente se practique en un Estado" (2009, p. 25; similar, Oliver Calderón: 2009, p. 360).

Particularmente consideramos que existe una razón metodológica sustancial para rechazar la solvencia de este planteamiento: la confianza y el prestigio de la Administración Pública son *consecuencia* del modo en que la Administración Pública desarrolla sus actividades y del cumplimiento, por parte de sus agentes, de una serie de obligaciones y deberes que determinan la satisfacción del interés colectivo mediante –fundamental pero no exclusivamente– la prestación de servicios públicos. Direccionar la tutela penal hacia el objetivo, sin atención a los instrumentos o medios que sirven para su consecución constituye un error metodológico que llevaría a una protección penal ineficiente. Esta idea ha sido postulada también por Rodríguez Collao-Ossandón Widow (2005, p. 98) y Guimaray (2021, p. 111).

5.2. La no comerciabilidad de los actos de la Administración Pública

Por su parte, quienes optan por considerar que el valor protegido en las figuras de cohecho resulta ser "la no comerciabilidad de los actos de la Administración Pública" o la "no venalidad de la función pública", argumentan que la actividad prestacional de la Administración Pública es gratuita y, si no lo es, su retribución se encuentra regulada por el Estado, quien tiene completo manejo sobre la misma.

El objetivo de la represión del cohecho es pues evitar que los funcionarios públicos se beneficien patrimonialmente merced al ejercicio de la función pública. El origen de esta postura doctrinal se ubica fundamentalmente en la literatura italiana. Se trata de una posición adoptada por autores como Clemente-Ríos (2001, pp. 65-66), Portocarrero Hidalgo (1995, p. 197), Esper Méndez-Ambrogio (2001, p. 22), Vílchez Chinchayán (2021, pp. 389-390), Villada (1999, p. 313), Vizueta Fernández (2013, p. 238), Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert (2021, p. 123).

A esta posición cierto sector de la doctrina (De la Mata Barranco: 2009, p. 43; Olaizola Nogales: 1999, p. 98) objeta con razón que confunde la "*ratio legis*" del delito con su bien jurídico. Es cierto que el legislador ha querido evitar,

mediante la represión del cohecho, que los actos de la Administración Pública sean objeto de comercio, pero este motivo o interés legislativo no puede ser equiparado al bien jurídico tutelado.

Por otro lado, como bien destaca De la Mata Barranco, la integridad o incorruptibilidad del funcionario público serán de interés del ordenamiento jurídico penal siempre que afecte la funcionalidad de la Administración Pública, pues de lo contrario tendríamos que reconocer un peligroso acercamiento con las posturas que sostienen que el *prestigio* u *honorabilidad del funcionario público* resultan el bien jurídico protegido en estos delitos (2009, pp. 43-44).

Además, tal identificación del bien jurídico plantea problemas frente a la entrega, no de retribuciones, sino de recompensas, esto es, frente al cohecho precedente, en donde no existe, en puridad, una compra-venta de la función pública (Vizueta Fernández: 2003, p. 215).

5.3. La imparcialidad de la Administración Pública

Una tercera posición, que consideramos más acertada, ubica el bien jurídico en el delito de cohecho en "la imparcialidad de la Administración Pública"[83].

83 De forma similar, Abanto Vásquez, M. (2001): *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano* (p. 371); Alonso Pérez, F. (2000): *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal* (p. 237); Artaza Varela, O. (2021): "La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho" (p. 50); Calderón Valverde, L. (2012): "Delito de colusión" (p. 209); De la Mata Barranco, N. (2004): *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella* (p. 72); De la Mata Barranco, N. (2009): "Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública" (p. 53); Donna, E. A. (2000): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 211); Estrada i Cuadras, A. (2020): "Delitos de corrupción y tráfico de influencias en la Administración Pública" (p. 52); Feijóo Sánchez, B. (1999): "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conductas" (p. 704); Guimaray, E. (2021): *Delitos contra la Administración Pública y corrupción* (p. 149) (incorporando la noción de legalidad); Kindhäuser, U. (2009): "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad" (p. 28); Martínez Huamán, R. (2019): *Delito de colusión* (p. 558); Morales Prats, F. / Rodríguez Puerta, M. J. (1999): "Del cohecho" (p. 1226); Muñoz Conde, F. (1999): *Derecho Penal. Parte especial* (p. 957); Navarro Cardoso, F. (2018): *El cohecho en consideración al cargo o función* (p. 40); Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2006): "Delitos contra la Administración Pública" (p. 310); Peña Cabrera Freyre, A. (2014): "Estudio dogmático de los delitos de cohecho y perspectivas político-criminales" (p. 255) (incorporando la legalidad como factor adicional); Reátegui Sánchez, J. (2015): *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal* (pp. 608, 665); Rodríguez Collao, L. / Ossandón Widow, M. M. (2005): *Delitos contra la función pública* (p. 313); Rodríguez Gómez, C. (2005): "Aspectos penales de la corrupción en la Administración Pública" (p. 288); Rojas Vargas, F. (2001): *Delitos contra la Administración Pública* (p. 370); Serrano Gómez, A. (2001): *Derecho Penal. Parte Especial* (p. 770); Valeije Álvarez, I. (1995): *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. El delito de cohecho* (p. 30 y ss.); Ugaz Sánchez Moreno, J. C. / Ugaz

El principio de imparcialidad informa el funcionamiento de la Administración Pública y opera como un "límite externo al buen funcionamiento de la Administración" (Valeije Álvarez: 1995, p. 31) que –mediante la ausencia de interferencias indebidas en la adopción de sus decisiones (De la Mata Barranco: 2004, pp. 74-75)– permite evitar el riesgo que la eficacia de la función pública se vea transformada en arbitrariedad.

De este modo, como ilustra Valeije Álvarez: "la tutela de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública se nos presenta como un bien jurídico medial para alcanzar la tutela de un derecho fundamental como es la igualdad de todos los ciudadanos en la obtención de prestaciones públicas o, lo que es lo mismo, la tutela de la correspondiente obligación por parte de la Administración de actuar atendiendo a la satisfacción general de los intereses de todos los ciudadanos" (1995, p. 31). Conforme se desprende de lo antes referido, el ejercicio de la función pública en términos de imparcialidad permitirá que la prestación de servicios públicos en favor del ciudadano se desenvuelva óptimamente (Rodríguez Collao-Ossandón Widow: 2005, p. 513).

En efecto, en el Estado de Derecho el ciudadano debe confiar siempre en que los actos de la Administración serán desarrollados de manera igualitaria y sin interferencias indebidas que supongan un tratamiento desigual o discriminatorio a favor de algunos administrados y en perjuicio de otros (Artaza Varela: 2021, pp. 50-51). En ese sentido, como correctamente refiere Kindhäuser: "el poder de decisión estatal solo puede ser ejercido ordenada y confiadamente si se asegura que los motivos del que decide no están influencias por la concesión indebida de ventajas" (2009, p. 28).

La idea antes planteada nos permite reconocer el modo en que el "principio de imparcialidad" de la Administración Pública se relaciona con el principio constitucional de igualdad y la prohibición de discriminación arbitraria (Artaza Varela: 2021, p. 51). El desequilibrio en la prestación de servicios públicos o en la toma de decisiones que los habilitan impide que la ciudadanía en general obtenga un trato similar.

Ahora, es evidente que la preservación del principio de imparcialidad puede tener un efecto colateral: la confianza de la colectividad en que las decisiones que provengan de la Administración Pública serán objetivas y no serán

Heudebert, C. (2021): *Corrupción y delito en la función pública* (p. 123) (incorporando la legalidad y probidad). En la doctrina italiana, Pagliaro, A. (2000): *Principio di Diritto Penale. Parte Speciale*, tomo I (p. 146); Romano, M. (2002): *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali* (pp. 130-131); Stortoni, L. (2001): "Criminalidad organizada y Administración Pública" (p. 166).

influenciarán por variables ajenas a la legalidad. Sin embargo, tal como precisamos anteriormente, aquello no supone reconocer que ese efecto o consecuencia sea el bien jurídico protegido (Kindhäuser: 2009, p. 25).

Esta fórmula de identificación del bien jurídico permite reconocer que la estructura del cohecho –como adecuadamente ha desarrollado Artaza Varela (2021, pp. 44-45)– no es bilateral, sino más bien trilateral pues además de comprender al corruptor y al corrompido, comprende el impacto sobre la función pública.

III. ESTRUCTURACIÓN DE LA TUTELA PENAL DE LA IMPARCIALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA PROTECCIÓN ESCALONADA DE BIENES JURÍDICOS

La línea argumentativa antes desarrollada nos permite sostener que la función de protección de bienes jurídicos no es exclusiva del Derecho Penal, sino que atañe también a otras ramas del ordenamiento jurídico (Derecho Administrativo, Derecho de Sociedades, etc.) y, además, involucra a otros medios de control social no formalizado (por ejemplo, las herramientas de cultura organizacional orientada al cumplimiento normativo). De esta forma puede reconocerse que la protección de bienes jurídicos opera escalonadamente, encontrando su último peldaño, cuando se reúnen las condiciones –oportunamente descritas– que permiten calificar un bien jurídico como bien jurídico penal. Explicaré esta idea a partir de la tipología de los delitos de corrupción de funcionarios.

1. Primer escalón: ética e integridad en el ejercicio de la función pública

El fenómeno de la corrupción es uno de carácter ético-jurídico en el que la ausencia de valores en el desempeño de la función pública o en su interacción con aquella por parte de los particulares, lleva a una perversión absoluta de los valores y criterios que deberían regir la actuación de la Administración Pública y la de los agentes estatales. La corrupción pública, como acertadamente refiere Alessandro Spena, supone "la penetración de una actitud mercantil en la gestión de la cosa pública; es decir, la invasión de la lógica del provecho y la ganancia privada en un contexto que, en cambio, debería ser inmune e inspirarse en otro espíritu, de servicio ético" (2009, p. 169).

Precisamente por ese motivo resulta esencial que la misión de protección de los bienes jurídicos que corresponde al Estado se articule de modo progresivo utilizando escalonadamente los diversos instrumentos del Estado de Derecho. En ese sentido, el fortalecimiento de los aspectos éticos y de integridad en el ejercicio

de la función pública y en su interacción con los agentes públicos constituyen el punto de partida dentro del planteamiento de prevención escalonada propuesto.

2. Segundo escalón: prevención mediante el *public compliance*

Pero este primer escalón, tiene una dimensión colectiva –que opera como segundo escalón– relacionada con la cultura organizacional de los entes que integran la Administración Pública. En efecto, si se reconoce que existe una contracultura de la corrupción, tendrá que aceptarse que el remedio (o al menos parte de él) debe ser hallado en el plano de la cultura de la organización pública (Rose-Ackerman: 2001, pp. 126 ss.; Salinas Siccha: 2011, p. 429).

En ese sentido, deberán priorizarse la implementación de medidas de prevención que refuercen los componentes éticos que son propios al ejercicio de la función pública y que viabilicen el predominio de la transparencia en la actuación de (y con) los agentes del Estado (Fortuny Cendra: 2020, pp. 43-44; Pariona Arana: 2012, p. 304; Guimaray: 2021, pp. 49-50), mediante una gestión pública orientada al cumplimiento de la legalidad administrativa y regida por criterios de eficacia (Nevado-Batalla Moreno: 2005, pp. 125, 130) y transparencia.

En esa línea adquirirá un lugar privilegiado la incorporación de sistemas o elementos de cumplimiento normativo (*compliance*) en la gestión de las organizaciones tanto aquellas del sector público como las del sector privado.

El *public compliance* será una herramienta de prevención que debe tener una posición protagónica en la protección de bienes jurídicos (Guimaray: 2021, p. 52), sobre todo si reconocemos que –a diferencia de lo que ocurre con las organizaciones privadas, que debido a la existencia de una responsabilidad penal de la propia persona jurídica que les impone obligaciones de debida diligencia orientadas precisamente a evitarla– las entidades de la Administración Pública no pueden ser objeto de sanción penal. En efecto, la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente en el plano de los delitos de corrupción, constituye un factor que ha incentivado la adopción de modelos de prevención en las organizaciones empresariales (Guimaray: 2021, p. 52). De hecho, Fortuny Cendra (2020, p. 43), reconoce que la primera oportunidad con la que la Administración Pública *se topa con el compliance* es a través de las entidades públicas que desarrollan actividad empresarial y pueden, por ende, ser sancionadas penalmente (Bermejo-Montiel: 2020, p. 155).

El *compliance empresarial*, por su parte, servirá como herramienta colaborativa dentro de una posible estrategia de *actuación combinada* entre el sector público y el privado (expresión propuesta por Neira Pena: 2017, p. 125; Honisch: 2018, p. 346), la cual se encuentra fundada en un dato criminológico actualmente

indiscutible y que ha sido referido por Vázquez-Portomeñe Seijas (2023, p. 375): la conexión existente entre la criminalidad económica y los delitos de corrupción de funcionarios.

Observamos, en este punto, la necesidad de incorporación e interacción del *compliance* en los sectores público y privado que, respondiendo al carácter predominante bilateral de la corrupción, introduzca reglas para enfrentar el conflicto de intereses y el clientelismo en la gestión pública (Rose-Ackerman: 2001, pp. 126 ss.) y, a su vez, impida que se generen alertas (*red flags*) sobre la actuación de los agentes estatales (hospitalidades, por ejemplo).

3. Tercer escalón: Derecho Administrativo Sancionador

El Derecho Administrativo y su capacidad sancionatoria es una herramienta cuya capacidad de rendimiento para la tutela de los intereses de las administraciones públicas es continuamente resaltada por la doctrina (Rodríguez Gómez: 2005, p. pp. 275-277; Stortoni: 2001, p. 166), sobre todo a partir de mayor flexibilidad, asociada a la menor intensidad de la respuesta que proviene de aquella rama del ordenamiento jurídico (Stortoni: 2021, p. 167).

En línea con lo antes indicado y reconociendo que no toda forma de corrupción pública es objeto de interés por parte del Derecho Penal, la intervención de esta rama del ordenamiento jurídico debe estar limitada, conforme a su carácter de *última ratio*, a los supuestos que revistan mayor nocividad social, dejando en manos del Derecho Administrativo Sancionador los supuestos menos significativos (Feijóo Sánchez: 1999, p. 701; Guimaray: 2021, p. 20).

4. Cuarto escalón: Derecho Penal

Las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son indiscutibles: son expresiones del *ius puniendi* estatal que responden a similares principios orientadores y que persiguen los mismos fines (de prevención y de garantía) y que cumplen idénticas funciones –protección de bienes jurídicos y de motivación– (Navarro Cardozo: 2018, p. 21). Este argumento no implica postular, a partir de la aparente superposición entre ambas ramas del ordenamiento jurídico, que el recurso al Derecho Penal responda a decisiones discrecionales del legislador, conforme advierte Rosales Artica (2021, pp. 67-69). Por el contrario, sirve para reconocer la necesidad de esclarecer las circunstancias que sirven para la delimitación adecuada de ambas parcelas del ordenamiento jurídico (Abanto Vásquez: 2022, p. 171). Esta sería –como da a entender Vázquez Portomeñe Seijas (2003, p. 116)– una tarea pendiente de la dogmática penal.

Esta declaración, aunque aparenta carecer de dificultades en su implementación, enfrenta una serie de obstáculos asociados al predominio de políticas legislativas populistas de corte punitivista cuyo efecto natural sea la extensión del ámbito de cobertura del Derecho Penal y su mayor superposición con el Derecho Administrativo Sancionador. Frente a esta situación –como propone Abanto Vásquez (2002, pp. 171-172)– deben ensayarse respuestas que nos permitan aferrarnos a las garantías inmanentes a un Derecho Penal liberal: la reducción teleológica de los tipos penales en el marco de su aplicación judicial.

IV. PRINCIPALES EXPRESIONES DEL DELITO DE COHECHO

En el propósito didáctico que sigue esta obra y en el propósito de evitar reflexiones repetitivas e innecesarias, formularemos nuestras propuestas interpretativas centrales en torno al análisis del delito de cohecho pasivo propio. Las apreciaciones que se formulen respecto de las otras formas de cohecho reguladas en nuestro texto legal tendrán carácter complementario respecto de aquellas planteadas inicialmente con respecto del cohecho pasivo propio.

1. El delito de cohecho pasivo propio

1.1. Fórmula legal

"**Artículo 393°.-** El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa".

1.2. El autor

El delito materia de análisis se encuentra estructurado como un tipo especial propio y de infracción del deber, limitándose la cobertura del tipo penal a aquellos sujetos que posean la condición de funcionario o servidor público, con exclusión de aquellos comprendidos en el tipo penal de cohecho (pasivo y activo) específico (magistrados, árbitros, fiscales, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo).

1.3. La conducta típica

La conducta propia del tipo de cohecho pasivo propio se rige por dos verbos rectores de utilización alternativa: "aceptar" o "recibir". Estamos siempre frente a modalidades activas del comportamiento.

1.3.1. La aceptación

La expresión "aceptar", según su sentido literal posible, hace alusión a cinco diversas acepciones. Las dos primeras acepciones son utilizadas por el legislador en el tipo penal de cohecho pasivo propio.

La primera acepción de la expresión, conforme al diccionario de la Real Academia Española, alude a la acción de "recibir alguien voluntariamente lo que se le da, ofrece o encarga". La segunda acepción de la expresión hace referencia a la acción de "aprobar, dar por bueno". Así, cuando la ventaja indebida es de materialización inmediata (donativo) se debe entender que la expresión "aceptar" alude a la recepción física de la misma, mientras que cuando se hablan de ventajas de materialización futura (promesa) se alude a la aprobación para la futura recepción de la ventaja indebida (Abanto Vásquez: 2001, p. 379).

La aceptación de la dádiva puede manifestarse, con relación a la violación del deber funcionarial, *ex ante* o *ex post*.

a) La aceptación *ex ante* de la ventaja es la que se produce de modo anticipado a la realización de la acción u omisión infractora de los deberes de función (cohecho antecedente).

b) La aceptación *ex post* de la ventaja (cohecho subsecuente) es la que se produce con posterioridad a la realización de la acción u omisión infractora de los deberes de función, y como consecuencia de haber faltado a los mismos.

La aceptación, la *ex ante* y la *ex post*, puede realizarse tanto de modo expreso como de forma tácita (Catalán Sender: 1999, p. 202) y puede realizarse ya sea de forma directa como indirectamente, a través de tercero (Buompadre: 2001, p. 186; Serrano Gómez: 2001, p. 771). El modo en que la aceptación se produzca es absolutamente irrelevante. Tampoco se requiere ninguna clase de formalidad en la aceptación (Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 127).

No obstante, si es importante destacar la menor lesividad que revela el cohecho subsecuente (especialmente el cohecho impropio) en la medida en que la realización del acto corrupto sin que medie un pacto venal que interfiera en la desarrollo de la función pública (Guimaray: 2021, p. 145). En este tipo de situaciones

parece revelarse un predominio de consideraciones éticas sobre la tutela efectiva (pero necesariamente fragmentaria) de los bienes jurídicos.

1.3.2. La recepción

Se trata de la efectiva incorporación de la dádiva o ventaja indebida en la esfera de custodia del funcionario público. Estamos frente a la materialización de la concreción física de la ventaja o dádiva que da lugar al acto funcional objeto del pacto venial.

1.3.3. Los medios corruptores

La aceptación o recepción realizada por el funcionario o servidor público se refiere –conforme a la formulación legal del tipo penal– a "donativo", "promesa" o "cualquier otra ventaja o beneficio" que aparecen así como los *medios corruptores*.

A. Los donativos

Los "donativos" son los bienes con carácter económico y suponen la obtención actual, inminente, del beneficio por parte del funcionario público, en contraposición a lo que ocurre con las promesas que son proposiciones unilaterales de ventaja, también patrimonial, a futuro (Muñoz Conde: 1999, p. 958; Catalán Sender: 1999, p. 202; Abanto Vásquez: 2001, p. 381; Hugo Álvarez: 2000, p. 161; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 199).

No es relevante en sede de tipicidad la proporción de la ventaja en relación con la inconducta funcional (Donna: 2000, p. 219) o la cuantía de la ventaja o promesa (Alonso Pérez: 2000, p. 239; Díaz y García Conlledo: 1997, pp. 162-163), siempre que aquella cumpla con ciertos estándares mínimos de idoneidad. Sobre esto insistiremos en líneas posteriores.

B. La promesa

La "promesa", por su parte, hace referencia al ofrecimiento de entrega posterior de donativo o cualquier otro tipo de ventaja indebida en favor del funcionario público.

Debe tratarse de una promesa con ciertos niveles de concreción, tanto en su contenido como en la efectivización de su cumplimiento. De este modo, las promesas genéricas, esto es, aquellas en las que objeto de la ventaja resulta ambiguo o aquellas en las que su momento de cumplimiento resulte impreciso deberán ser excluidas del ámbito de cobertura del tipo penal.

C. Expresiones residuales: ventaja o beneficio

La expresión "ventaja" se refiere a las ventajas indebidas de cualquier otro índole sin importar su naturaleza (laboral, sexual, etc.). Con ello, el legislador penal, al incorporar este referente subsidiario (con relación a la ventaja o promesa), ha asumido una postura amplia que permite eludir posibles lagunas de punibilidad.

Por otro lado, el término "beneficio" –incorporado en el tipo penal mediante la Ley N° 28355, del 6 de octubre de 2024– no parece haber optimizado la protección penal al principio de imparcialidad pública, otorgada a través del delito de cohecho, por lo que puede calificarse de un mero sinónimo del término "ventaja".

1.3.4. La violación del deber funcionarial

§ 1. La ventaja indebida solicitada o aceptada por el autor tiene como objetivo, en esta particular modalidad de cohecho, la violación de un deber funcionarial. Dicho factor es el que permite diferenciar esta modalidad particular de cohecho (cohecho propio) con el cohecho impropio, en el que la ventaja indebida es otorgada como consecuencia del cumplimiento de deberes del funcionario público.

Este deber funcionarial puede venir conformado de modo activo (deber de hacer) o de un modo pasivo (deber de no hacer), dependiendo de las características específicas y el modo de configuración del acto funcionarial objeto del pacto venal.

Son carentes repercusiones penales los actos que no tengan referencia al deber funcionarial. Por esta razón es especialmente importante que a través de la imputación que se formule, la infracción al deber funcionarial sea determinada o, al menos, sea determinable (Rodríguez Puerta: 1999, pp. 179-180). No es difícil reconocer en este punto la cercana relación entre el principio de legalidad y el principio de imputación suficiente.

§ 2. Es importante advertir que razonamiento lógico lleva a sostener que la verificación de la violación del deber funcionarial requiere, necesariamente, que el autor tenga dentro de su ámbito de competencias funcionales la realización de la acción u omisión violatoria del deber funcional que es objeto del acto venal (Catalán Sender: 1999, p. 200; Donna: 2000, pp. 220, 222; Villada: 1999, p. 328).

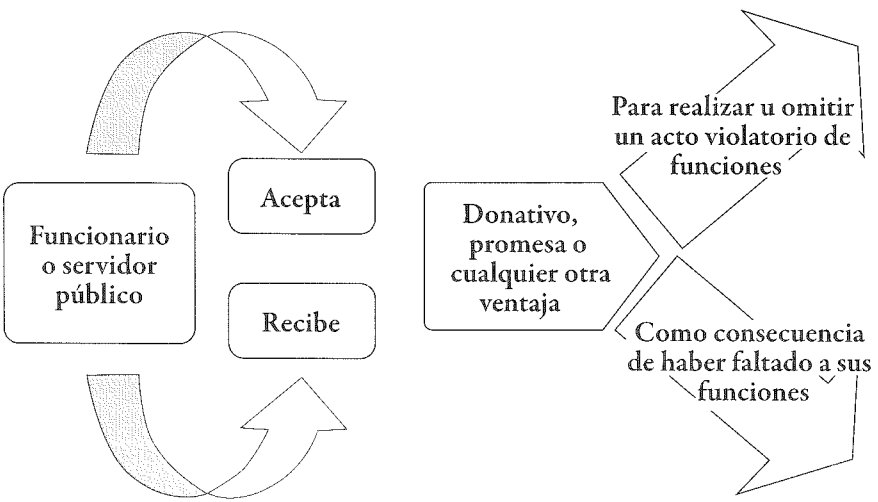
Las competencias funcionales solo pueden ser extraídas de la ley. Es la ley la que fija cuáles son los ámbitos de competencia que corresponde a cada funcionario o servidor público, la vulneración de deberes ético-morales carece de relevancia jurídico-penal. De entenderse lo contrario –esto es, que la violación de deberes

morales puede obtener relevancia penal a título de la figura de cohecho pasivo propio– podrían verse seriamente afectados la idea de taxatividad consustancial al principio de legalidad (Rojas Vargas: 2001, p. 385).

Además, una interpretación del tipo penal de cohecho pasivo propio en el sentido de comprender dentro de sus alcances los deberes ético-morales rememoraría la idea de un Derecho Penal orientado a la protección de valores éticos y no a favor de una protección de bienes jurídicos merecedores y necesitados de tutela por el Derecho Penal.

Por otra parte, una limitación a los deberes funcionales con base normativa permite una aplicación restrictiva del tipo penal coherente con su función de protección de bienes jurídicos, pues solo son reprimibles penalmente aquellos comportamientos que tengan capacidad lesiva en relación al bien jurídico.

TIPO PENAL OBJETIVO DE COHECHO PASIVO PROPIO



1.3.5. Criterios ulteriores de delimitación del comportamiento típico

Una interpretación racional del tipo penal de cohecho pasivo propio requiere delimitar ciertos aspectos particulares que podrían propiciar el riesgo de recurrir a fórmulas interpretativas extensivas que fortalezcan visiones moralizantes de la tutela penal de la Administración Pública.

§ 1. El "donativo", "promesa" o "cualquier otra ventaja o beneficio" puede estar destinado al propio funcionario o servidor público como a una tercera persona (Díaz y García Conlledo: 1997, p. 163), debe encontrarse necesariamente referido a una determinada conducta violatoria del deber funcionarial (Donna: 2000, p. 221; Rodríguez Puerta: 1999, p. 179) que debe ser, sino determinadas, al menos, determinables. Eso es especialmente importante en el ámbito probatorio pues como bien indica Rodríguez Puerta "De no quedar esta circunstancia –la ventaja obtenida– suficientemente probada, difícilmente podrá apreciarse el delito de cohecho" (1999, p. 179).

§ 2. Ahora, de cara a evitar una extensión excesiva del tipo penal, se recomienda recurrir a criterios restrictivos, derivados de una lectura teleológica del tipo penal, en virtud de los cuales solo tendrán relevancia penal los comportamientos en los que la *dádiva o la promesa de aquella* en favor del funcionario o servidor público sea *idónea ex ante* para afectar el principio de imparcialidad (en ese sentido, Artaza Varela: 2021, p. 47; Navarro Cardoso: 2018, pp. 40, 91-110; Guimaray: 2021), p. 149; Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 127). Hacemos referencia a la *capacidad objetiva para corromper* de la ventaja indebida, conforme a la expresión utilizada por Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert (2021, p. 127) o a la *suficiencia motivadora del donativo* a la que hace alusión Rojas Vargas (2016, p. 292) que permite, en clave de interpretación, excluir del ámbito de cobertura del tipo penal aquellos supuestos en los que la dádiva en favor del funcionario público por su insignificancia resulta inidónea para provocar que este decante su actuación funcional basándose en la influencia de la dádiva o promesa ilegal.

1.4. Consumación

El delito de cohecho pasivo propio contiene diversidad de modalidades de realización, lo que exige establecer –de modo individual– el momento de consumación de cada una de sus manifestaciones, aunque debe señalarse que tanto la modalidad típica de "aceptar" como la de "recibir" suponen expresiones típicas de *mera actividad* y no exigen un resultado material.

En la modalidad de *aceptación de una ventaja indebida* para realizar una acción violatoria de los deberes funcionariales, para omitir un acto violando sus deberes funcionariales, o como consecuencia de aquello, la consumación del delito opera de modo inmediato, de modo *instantáneo*. Ya explicamos como las dos acepciones utilizadas por el legislador nacional para la expresión "aceptar" constituyen *meras actividades*. La aceptación, tanto como recepción de la ventaja, como aprobación para su futura recepción, constituyen siempre simples actividades, lo que supone que su modo de consumación será *instantáneo* (Abanto Vásquez: 2001, p. 399).

En la modalidad de recepción de ventajas indebidas, la consumación del delito se produce cuando la ventaja indebida haya sido efectivamente trasladada a la esfera de disposición del funcionario público. El acto funcional, previo o posterior, dependiendo de la modalidad de cohecho de la cual se trate, no constituye un factor determinante del momento consumativo.

1.5. Tipo subjetivo

En cuanto al tipo subjetivo, estamos frente a una figura dolosa que por su estructura, conformada por diversos elementos objetivos y, en particular, por tratarse de un comportamiento en el que el pacto corrupto tiene una dirección particular: *realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o por haber faltado a las mismas*, solo será punible a título de dolo directo (Donna: 2000, p. 223; Clemente-Ríos: 2011, p. 77; Salinas Siccha: 2014, p. 468; Ugaz Sánchez Moreno-Ugaz Heudebert: 2021, p. 133).

2. El delito de cohecho pasivo impropio

2.1. Fórmula legal

"Artículo 394°. Cohecho pasivo impropio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa".

2.2. El comportamiento típico

§ 1. Aunque la estructura típica de esta figura guarda cierta identidad con la correspondiente al delito de cohecho pasivo propio, es posible identificar las distinciones en la legalidad (o ilegalidad) del acto funcional que provoca la acción corruptora: mientras en el cohecho pasivo propio el acto funcional es ilegal, en el cohecho pasivo impropio el acto funcional es lícito, residiendo el injusto en la venta de la función pública (Alonso Pérez: 2000, p. 241; Gómez Méndez: 2000, p. 160; Catalán Sender: 1999, p. 213; Parra Gutiérrez: 1998, p. 132).

§ 2. Se requiere asimismo que la solicitud o aceptación de "donativo", "promesa" o "cualquier otra ventaja o beneficio indebido" se realice con la pretensión

que el funcionario o servidor público practique "un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación". Nos detenemos brevemente para referir algunas cuestiones sustanciales.

En primer lugar, se habla de "acto propio de su cargo", lo que permite distinguir el cohecho pasivo impropio del cohecho pasivo propio y justifica la utilización de la expresión "impropia" en el *nomen juris* del tipo. La referencia a lo *propio* o *impropio* en el cohecho se corresponde con el dato criminológico de que la corrupción suele estar dirigida a la infracción de las obligaciones funcionales. En ese orden de ideas, el cohecho es *propio* por ser su expresión habitual, común, en la realidad forense, en tanto que el cohecho impropio recibe tal denominación por no ser una expresión ordinaria o habitual en la realidad criminológica.

En el delito de cohecho pasivo impropio, la actuación del funcionario o servidor público, en cuanto al ejercicio de las funciones pública, se sujeta a la legalidad existente, con lo que cobra sentido la expresión "sin faltar a su obligación" que sirve de criterio de deliminación típica.

§ 3. Una segunda cuestión se relaciona con la viabilidad de recurrir a criterios de interpretación del tipo penal que permitan extraer del ámbito de lo penalmente relevante comportamientos que resulten inadecuados para generar una situación de riesgo significativo sobre el principio de transparencia en la Administración Pública.

En efecto, mientras en el cohecho pasivo impropio antecedente, la incorporación del término "*para*" en el texto legal sirve para indicar que el acto funcional ha sido influenciado por la "aceptación" o "recepción" del "donativo", "promesa" o "cualquier otra ventaja o beneficio indebido", circunstancia que permitiría verificar la *relación de riesgo* entre el comportamiento y el bien jurídico; cuando la aceptación de ventajas indebidas por parte del funcionario público resulta posterior a la realización del "acto propio de su cargo", será sumamente difícil reconocer el impacto del comportamiento en el bien jurídico.

Para dar solución a este tipo de situaciones, conforme ha sido expuesto en líneas anteriores, es necesario reconocer la importancia de verificar la idoneidad del comportamiento corruptor para afectar el bien jurídico protegido.

3. Cohecho activo genérico propio e impropio

3.1. Fórmula legal

"**Artículo 397°**.- El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio

para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa".

3.2. Autoría y participación

Puede ser autor del delito de cohecho activo absolutamente cualquier persona natural, incluyendo a las que posean la condición de funcionarios o servidores público, con excepción de aquellas que tienen competencia específica para la realización del acto funcional aludido (Abanto Vásquez: 2001, p. 413; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 223; Rojas Vargas: 2001, p. 424).

Ahora, no comparto la opinión de Abanto Vásquez (2001, p. 414) al sostener como posible que el funcionario o servidor público sean quienes hagan la propuesta de corrupción al particular y este acceda a la propuesta (cohecho activo de respuesta). Una lectura de esta clase no solo, como reconoce el mismo Abanto Vásquez, se aparta de la literalidad del tipo (2001, p. 414), sino que plantearía serias dificultades prácticas en los casos en que la aceptación del particular sea consecuencia de temor y, por lo tanto, sea también de aplicación el tipo penal de concusión.

Como las diversas formas de cohecho, el cohecho activo genérico se encuentra construido como un delito de participación necesaria, en la medida en que se requiere indispensablemente la concurrencia del binomio particular –funcionario o servidor público–. No obstante, la punición del funcionario o servidor público se encuentra condicionada a su efectiva aceptación de la propuesta de corrupción (Abanto Vásquez: 2001, p. 417; con matices, Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 224).

3.3. La acción típica

La acción típica del delito de cohecho activo, propio e impropio, tanto en su redacción original como en la vigente, alude a la realización de un acto de corrupción. Este acto de corrupción, de modo consecuente con la redacción legal vigente ("bajo cualquier modalidad") puede manifestarse expresamente o de modo tácito (Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 224).

El cohecho activo, como ya se indicó, es un delito de acción lo que, de modo coincidente con planteos anteriores, incluye a los denominados "*actos concluyentes*" y excluye la punición de comportamientos meramente omisivos (Abanto Vásquez: 2001, p. 414).

Ahora, según el texto original del artículo 399°, la acción típica vendría conformada por la pretensión de corromper a un funcionario o servidor, recurriendo a medios determinados (dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase) con el propósito de hacer u omitir algo en violación de sus obligaciones (primer supuesto, cohecho activo propio) o de hacer u omitir algo en cumplimiento de sus obligaciones (segundo supuesto, cohecho activo impropio).

Como el tipo penal en comento utiliza el término "trata de corromper", se entiende que el mismo constituye un tipo penal de emprendimiento, es decir, es un "tipo penal de tentativa elevada a calidad de delito consumado en fase de ejecución" (Rojas Vargas: 2001, p. 425). Esto, como es lógico, tiene consecuencias en el ámbito de la consumación.

El delito de cohecho activo genérico se construye como un delito de medios determinados, en la medida en que solo adquiere relevancia penal los actos realizados recurriendo a donativo, promesa, ventaja o beneficio (Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 224).

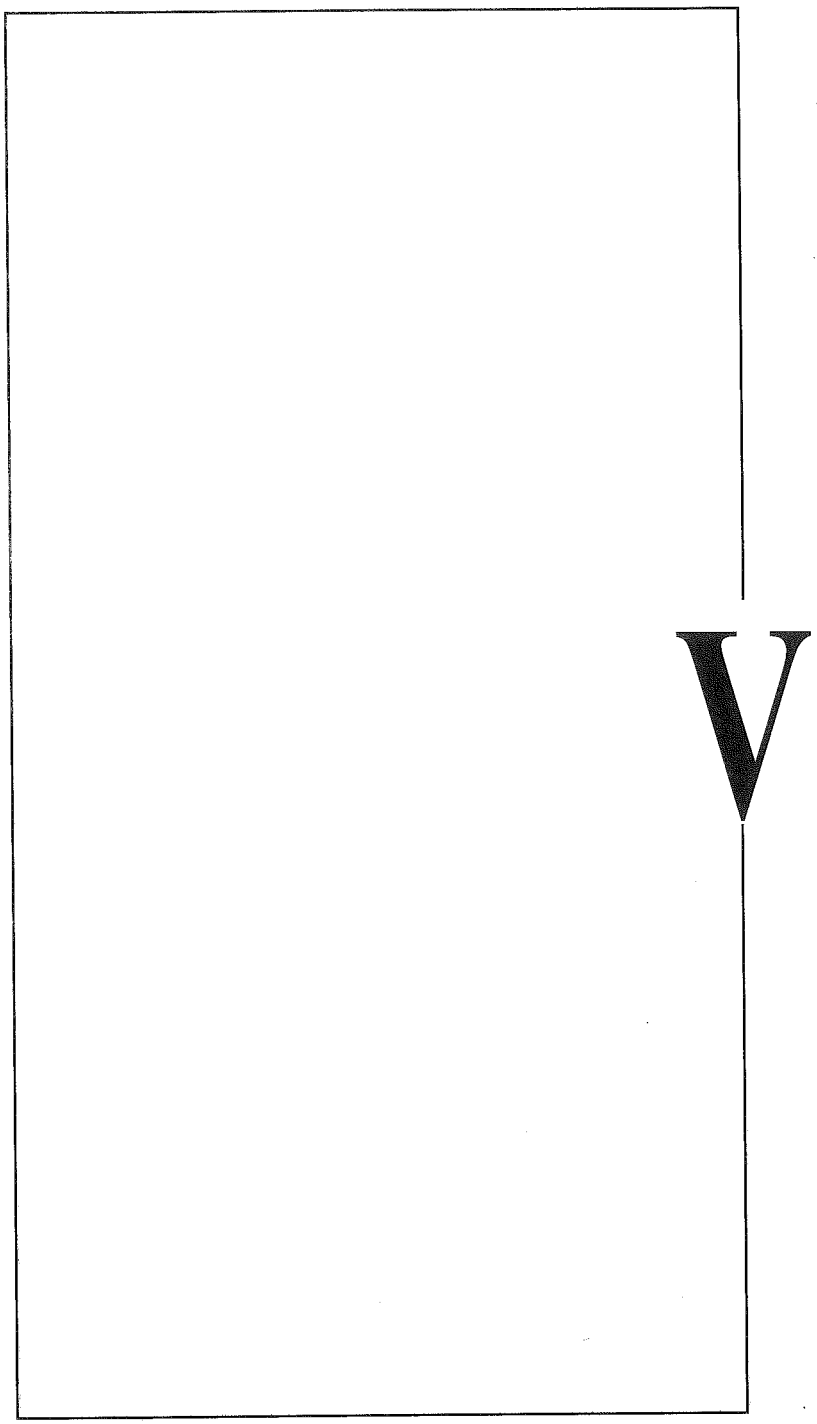
Por otra parte, la redacción del delito en comento limitan, incomprensiblemente, la punición al *cohecho antecedente*. Se castiga únicamente el cohecho destinado a lograr una acción u omisión funcionarial futura, lo que supone la exclusión de la corrupción destinada a premiar un acción u omisión funcionarial pasada.

Finalmente, debe reconocerse la distinción existente entre el cohecho activo genérico propio y el cohecho activo genérico impropio: la violación (o no vulneración) de los deberes propios de la función pública ejercida por el funcionario o servidor público.

3.4. El tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, sin embargo, la complejidad del contenido del tipo objetivo del delito de cohecho activo genérico parece limitar la punición a los casos de dolo directo (Abanto Vásquez: 2001, p. 422).

§



CAPÍTULO V

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL

I. GENERALIDADES

§ 1. La corrupción, entendida como "la desviación por parte de la Administración del fundamento de la justificación política de los poderes del Estado, que no es otro que el "interés público" legalmente determinado" (Demetrio Crespo: 2000, p. 67), es un problema del que no han logrado desprenderse las sociedades contemporáneas.

Desde hace varias décadas, los organismos internacionales vienen desarrollando diferentes mecanismos para la prevención y sanción de los hechos más significativos (Überhofen: 1997, pp. 101-103). En esa línea se inscribe, dentro del ámbito occidental, los múltiples instrumentos de la Unión Europea y del Consejo de Europa que, en algunos casos, han orientado reformas administrativas y penales como las adoptadas en España, Francia, Italia o en Alemania mediante la Ley de 13 de agosto de 1997 de Lucha Contra la Corrupción (*"Gesetz zur bekämpfung der korruption"*) (Überhofen: 1999, pp. 73 ss.). Desde nuestra perspectiva cobra relevancia la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) y la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en el seno de la OEA en marzo de 1996 y ratificada por Perú en 1997.

§ 2. El caso peruano es significativo, sus connotaciones han despertado una intensa persecución judicial contra ex altos funcionarios de los regímenes de gobierno pasados que, de diversas maneras, han incrementado su patrimonio. Las autoridades peruanas estiman que solo el perjuicio patrimonial al Estado mediante hechos de peculado o contratos concusionarios vinculados al tráfico de armas o comisiones ilegales podría superar los mil millones de dólares. Más difícil de calcular es la ganancia ilícita derivada de cohechos o sumas que han sido objeto de blanqueo de capitales. El descubrimiento de fortunas personales, principalmente en Suiza, México, Estados Unidos de Norteamérica, Panamá y otros países del Caribe que durante muchos años han venido operando como verdaderos "paraísos financieros", ha planteado un serio problema a las autoridades judiciales. No se cuenta con información sobre el origen de las mismas, pero dichas fortunas no podrían ser explicadas a través de las ganancias lícitas de esos funcionarios.

§ 3. Ello ha motivado un intenso debate sobre la posibilidad de tipificar estos hechos o "situaciones" bajo los alcances del artículo 401° del Código Penal, según el cual –conforme al tipo base– se sanciona con pena privativa de libertad de 5 a 10 años al funcionario que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, pena más grave que la de otros delitos de funcionario que atacan frontalmente los bienes de la Administración Pública y no como aquí, donde el tipo se construye sobre la peligrosidad abstracta del comportamiento y requiere de un indudable esfuerzo de interpretación a fin de mantener la vigencia de un *ius puniendi* limitado por la Constitución. No debe, pues, admitirse que estamos ante un tipo de "mera sospecha" y necesitado de control constitucional difuso o concentrado, como han venido sosteniendo abogados y "académicos" vinculados a la defensa de los procesados. En particular esta es la posición defendida por Sancinetti (1994, pp. 17-22).

§ 4. Como podrá recordarse, este delito fue incorporado en nuestra legislación en 1981 al reconocerse la presencia de importantes fortunas de militares de las dictaduras de 1968 a 1980. Pero, a pesar de que este delito tiene ya una vigencia cercana al medio siglo, hasta la fecha no ha revelado tener un nivel de trascendencia forense que permita la articulación de líneas de interpretación judicial que guíen su aplicación. El desarrollo doctrinal no presenta siquiera el alcance general de otros delitos contra la Administración Pública más tradicionales como el cohecho, el peculado o la malversación. Menos se ha llegado a un nivel de consenso entre las diversas posturas de la doctrina nacional, lo que no es un hecho aislado porque lo mismo acontece en la doctrina extranjera, donde los principales esfuerzos se han orientado a cuestionar la legitimidad político criminal de este delito y la propia configuración del injusto penal, antes que a una interpretación dogmática que sirva de baremo al ejercicio de la jurisprudencia (Gálvez Villegas: 2001, pp. 110-111). Frente a este panorama, el presente capítulo pretende abordar tales aspectos problemáticos.

II. ANTECEDENTES Y REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

§ 1. Existe consenso en torno a que la primera manifestación normativa en el Perú que sugería la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito era el artículo 22° de la Constitución de 1933[84], ubicado en el Título II de "Garantías constitucionales", en el Capítulo I dedicado a las "Garantías nacionales y sociales". Esta norma revelaba, a juicio de Luis Muñoz "la preocupación de rodear de prestigio y

84 Artículo 22: "Todo funcionario o empleado público, civil o militar, si tiene bienes o rentas independientes de su haber como tal, está obligado a declararlo expresa y específicamente, en la forma que determine la ley".

autoridad el ejercicio de la actividad del Estado", ya que "a través de la declaración que se exige es posible determinar si hubo o no enriquecimiento ilegítimo y por ende sancionable" (cita formulada por Peña Cabrera-Francia Arias: 1993, p. 7).

§ 2. La Constitución de 1979 reguló el problema del enriquecimiento ilícito con mayor especificidad en el artículo 62°, incardinado en el Capítulo VI ("De la función pública") del Título I que regulaba los "Derechos y deberes fundamentales de la persona". La norma no solo mantuvo el mandato de efectuar la declaración de rentas y bienes, sino que estableció la facultad del Fiscal de la Nación de denunciar ante el Poder Judicial los casos de enriquecimiento ilícito y la necesidad de que una ley regule la responsabilidad de los funcionarios en estos casos[85]. Posteriormente, aunque antes de que se criminalizara el enriquecimiento ilícito, el artículo 66.6° de la Ley Orgánica del Ministerio Público (D. Leg. N° 52 de 18 de marzo de 1981), reconoció la atribución del Fiscal de la Nación ya prevista en la Constitución. Por su parte, el artículo 41° de la Constitución de 1993, igualmente ubicado en el Capítulo IV "De la función pública" del Título I "De la persona y de la sociedad", prácticamente reprodujo el sentido del artículo 62° de su similar de 1979, a lo que añadió el deber de publicar las declaraciones juradas, además de elevar al máximo nivel la regla de duplicar el plazo de prescripción de los delitos contra el erario público[86] (Rubio Correa: 1999, pp. 429 ss.).

§ 3. En cumplimiento del mandato constitucional, y bajo una clara influencia de modelo adoptado en Argentina, en 1964, y en el entonces nuevo Código Penal colombiano de 1980, el D. Leg. N° 121 de 12 de junio de 1981 tipificó el enriquecimiento indebido, incorporándolo en el art. 361-A° del Código Penal Maúrtua de 1924[87], no entre los delitos de corrupción como era común en el Derecho Compa-

85 Artículo 62: "Los funcionarios y servidores públicos que determina la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, deben hacer declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión y al cesar en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de estos.

El Fiscal de la Nación, por denuncia de cualquier persona o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial cuando se presume enriquecimiento ilícito.

La ley regula la responsabilidad de los funcionarios a los que se refiere este artículo".

86 Artículo 41: "Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado".

87 Artículo 361-A: "El funcionario o servidor público que por razón de su cargo o de sus funciones se enriqueciere indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de cinco años ni menor de dos

rado, sino en la Sección Décima Cuarta ("Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales"), en el Título VI de "Denegación y retardo de justicia", ubicación que ha sido criticada por la doctrina nacional por no corresponder a la sistemática del bien jurídico protegido (Prado Saldarriaga: 1996, p. 290).

La previsión de una pena manifiestamente superior a la de otros delitos de corrupción hacía poco justificable su consideración como delito "subsidiario" o "complementario", y peor aún cuando en 1987, mediante la Ley N° 24653 de 28 de marzo, se agravó la pena de prisión fijándose entre 4 y 10 años, y se elevó la multa al rango de 60 a 180 días. Con ello, un delito de peligro abstracto pasaba a tener una consecuencia similar, o bastante mayor en algunos casos, que la de infracciones que lesionaban el bien jurídico, como el cohecho o el peculado, disfunción político criminal que, según veremos, se mantiene en la actualidad y dificulta la apreciación del enriquecimiento indebido como una fórmula subsidiaria, solo aplicable en defecto de otros ilícitos contra la Administración Pública.

§ 4. Este problema no pudo superarse en los sucesivos proyectos de Código Penal, de setiembre de 1984 (artículo 381°, ubicado entre los delitos de "peculado", reproduce el texto del artículo 361-A° del Código Penal de 1924), de agosto de 1985 (artículo 408°, ubicado en el Título de "Corrupción de funcionarios", reproduce el texto del artículo 361-A° del Código Penal de 1924), de marzo-abril de 1986 (artículo 383°, ubicado en el Título de "Corrupción de funcionarios", reproduce el texto del artículo 361-A° del Código Penal de 1924), de julio de 1990 (artículo 363°, ubicado en la Sección de "Corrupción de funcionarios", reproduce el texto del artículo 361-A° del Código Penal de 1924, pero solo prevé pena privativa de libertad de 5 a 10 años) y de enero de 1991 (artículo 394°, ubicado en la Sección de "Corrupción de funcionarios", reduce el texto a un solo párrafo y prevé pena privativa de libertad de 5 a 10 años, eliminando la referencia a los indicios de enriquecimiento, así como el secreto y exclusividad de la prueba ofrecida por el imputado), ocasiones en las que el proyectista se limitó a reproducir la orientación argentino-colombiana adoptada en 1981. De esta manera, el legislador del Código Penal de 1991 se limitó a variar la ubicación sistemática del enriquecimiento ilícito, incardinándolo en la Sección IV de "Corrupción de funcionarios"

---

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 condena.

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del 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".

del Capítulo II ("Delitos cometidos por funcionarios públicos") del Título XVIII ("Delitos contra la Administración Pública") de la Parte Especial.

La redacción del artículo 401° reprodujo, con ligeras variaciones, el primer párrafo del artículo 361-A° del Código Penal derogado, de modo tal que el delito se mantuvo, al menos desde el punto de vista formal, como un aparente tipo de sospecha, pero con una pena significativa de hasta 10 años de privación de libertad. Quizás en vista de la nula relevancia jurisprudencial de este ilícito, en el contexto de transición entre la caída del régimen de Fujimori y el siguiente gobierno, se revisó el tipo en orden dispensar al intérprete del necesario baremo que permita determinar el contenido de injusto del "enriquecimiento ilícito". Sin embargo, el legislador de la transición no encontró mejor solución que incorporar una regla procesal indiciaria, la prevista en el párrafo 2 del artículo 361-A° del Código Penal de 1924 y que había sido derogada en 1991 con la entrada en vigor del nuevo Código Penal. De esa forma, el artículo 7° de la Ley N° 27482 de 15 de junio de 2001, "Ley que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado", incorporó en el artículo 401° del Código Penal, como "gran novedad", un texto casi idéntico al adoptado hace 20 años que, en todo caso, no afecta el contenido del tipo penal.

Desde entonces se han producido una sucesión de modificatorias al tenor del artículo 401° del Código Penal: Ley N° 28355, del 6 de octubre de 2004 (que incorpora una agravante por la especial posición del funcionario público), Ley N° 29703, del 10 de junio de 2011 (que modifica la redacción del tipo básico), Ley N° 29758, del 21 de julio de 2011 (que modifica la redacción del tipo penal básico e incrementa los márgenes de pena), Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013 (que incorpora la pena de multa) y Decreto Legislativo N° 1243, del 22 de octubre de 2016 (que incorpora la pena de inhabilitación).

§ 5. Bien precisa Gálvez Villegas que los antecedentes más cercanos del tipo de enriquecimiento ilícito parecen haber surgido en las legislaciones latinoamericanas donde "al constatarse el surgimiento de ingentes fortunas acumuladas a partir del ejercicio de la función o el desempeño de cargos públicos, por parte de funcionarios o servidores públicos, paulatinamente se fue criminalizando estas conductas por los distintos países de Latinoamérica (...) habiéndose estructurado los tipos penales de variadas maneras pero siempre manteniéndose la orientación de reprimir penalmente el ánimo lucrativo de los funcionarios, expresado en el incremento de sus respectivos patrimonios" (2001, p. 204).

Aunque en otra oportunidad hemos desarrollado exhaustivamente los antecedentes en el Derecho Comparado de la regulación nacional del delito de enriquecimiento ilícito (Caro Coria: 2002, pp. 103 ss.), los cambios legislativos nos obligan a prescindir de dicho análisis en este momento.

III. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

§ 1. La Convención Interamericana contra la Corrupción establece los principios fundamentales que deben primar en la interpretación y reforma de los delitos contra la Administración pues, tras su ratificación por parte del Estado peruano (mediante el Decreto Supremo N° 012-97-RE de 24 de marzo de 1997, antes aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 26757 de 12 de marzo de 1997), forma parte del Derecho Nacional conforme ordena el artículo 55° de la Constitución[88] ostentando rango de ley, como se deduce del artículo 200.4° de la Carta Magna[89].

El artículo IX de este dispositivo regional establece los fundamentos del enriquecimiento ilícito[90], cifrando el injusto no solo en la omisión de justificación por parte del funcionario sino, además, en el notable incremento patrimonial. Como destaca Villavicencio Terreros, la fórmula propuesta por la Convención era más precisa que la utilizada en la legislación peruana, pues el artículo 401° párrafo 1 del Código Penal no define el enriquecimiento ni ofrece parámetros objetivos. Antes bien, la Convención Interamericana contra la Corrupción precisa los criterios para la verificación de esta infracción: 1) que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público; 2) que este incremento patrimonial resulte excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones; y, 3) que no pueda ser razonablemente justificado por el funcionario público (2001ª, p. 43).

§ 2. Las insuficiencias del tipo penal peruano no han sido superadas, aunque permite contar con algunos criterios objetivos que en definitiva deben incidir en la interpretación del tipo penal, entre ellos: 1) debe existir un aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público; 2)

88 Artículo 55: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional".

89 Artículo 200: "Son garantías constitucionales: (...) 4. La acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas generales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo".

90 Artículo IX: "Enriquecimiento ilícito. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, *el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos* durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan".

tal aumento debe apreciarse en comparación con la declaración jurada de bienes y rentas; y, 3) dicho aumento debe ser "notoriamente superior" al que normalmente haya podido tener en virtud del sueldo, emolumentos, incremento de capital o ingresos de origen lícito.

Estos criterios no hacen referencia expresa a la exigencia de que el incremento no pueda ser debidamente justificado por el funcionario, como si se observa en el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aunque ello podría deducirse de la exigencia de "ilicitud" del enriquecimiento prevista en el párrafo 1 del artículo 401°, pero entonces se abriría paso a una violación del principio *nemo tenetur* como se verá luego. En todo caso, el pleno cumplimiento de los términos de la Convención Interamericana contra la Corrupción exige la reforma del delito de enriquecimiento ilícito, de allí que a juicio de Villavicencio Terreros podría adoptarse la siguiente fórmula sustitutoria del artículo 401°: "El funcionario o servidor público que, incrementa su patrimonio con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años" (2001ª, p. 43).

Sin embargo, esta propuesta deja aún por resolver, además de la admisibilidad de la exigencia de "no justificación" frente al principio de no autoincriminación, múltiples cuestiones que se plantean en la doctrina nacional: **1)** la subsidiaridad o complementariedad del tipo; **2)** la punición del testaferro o tercero; **3)** la necesidad de fijar una pena proporcional a la adopción de una fórmula de peligro abstracto, frente a las consecuencias previstas para otros delitos de lesión de los intereses de la Administración Pública; **4)** la compatibilidad de la fórmula con los principios constitucionales de determinación y presunción de inocencia.

IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO Y TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN

§ 1. Como se sabe, el Derecho Penal desarrolla su finalidad última de tutela a la persona y mantenimiento del sistema social, a través de la protección de los presupuestos imprescindibles para la existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos (Serrano Piedecasas Fernández: 1999, p. 40). Más allá de la discusión en torno a la legitimación del *ius puniendi* a través del respeto del principio de lesividad o, más bien, de un sistema protector de la mera vigencia de la norma (Caro Coria: 2001, pp. 43 ss.), puede decirse que en el Derecho Penal contemporáneo se sigue considerando esencial que la antijuricidad material radique en la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos. En nuestro sistema jurídico así lo exige el artículo IV del Código Penal (Villavicencio Terreros: 2001, pp. 31-34).

En la determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública no solo se ha recurrido a objetos tangibles o determinables como el erario público o la imparcialidad en el ejercicio de la función, sino que es común el recurso a conceptos difusos, cuando no morales, como el "prestigio y buen nombre de la Administración", "la confianza ciudadana en la Administración Pública" o la "rectitud del funcionario", definiciones que se encuentran también en la delimitación doctrinal del bien protegido en el delito de enriquecimiento ilícito. Así, para Díaz Aranda lo tutelado es "la incorruptibilidad de la función pública y la confianza pública" (1999, pp. 71, 78). A juicio de Buompadre, se cautela "la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos" (2001, p. 349).

En la doctrina nacional, Bramont Arias defendió en el marco del artículo 361-A° del Código Penal derogado que el "objeto específico de la tutela penal es el interés concerniente al honor y al prestigio de la Administración Pública en sentido lato, en cuanto conviene salvaguardar la función o el servicio público del descrédito a que la exponen los funcionarios o servidores públicos que, movidos por la codicia y transformados en vulgares especuladores, hagan servir los actos de la Administración para su provecho personal o para fines privados" (1990, pp. 77-78).

Esta concepción se mantuvo en las primeras interpretaciones del artículo 401° del Código Penal, por ejemplo, para Peña Cabrera y Francia Arias "el bien jurídico tutelado es el deber de fidelidad y honestidad de los funcionarios públicos con la Administración Pública, y vinculado a ellos, se protegen otros valores, como el prestigio, decoro, deber del cargo, disciplina, con las que se identifica la Administración Pública" (1993, p. 22). De modo parecido, a juicio de Rojas Vargas se "busca garantizar el *normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos* públicos conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de *honradez* y *servicio a la nación*" (2001, p, 464), juicio que desde ya adopta una importante carga moral, ajena a toda concepción moderna del bien jurídico-penal que renuncia a dispensar de tutela penal a aquellos valores éticos de difícil determinación. Tal orientación es acentuada por el citado autor cuando señala que "No es el patrimonio estatal el punto de atención principal de la norma penal, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con los dineros del Estado, sino la *necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos* del funcionario y servidor público" (Rojas Vargas: 2001, p. 464).

Tampoco Gálvez Villegas, quien se ha enfrentado monográficamente al estudio del enriquecimiento ilícito, se ha mantenido al margen de valoraciones morales en la delimitación del objeto de tutela. En efecto, considera que "a través de la tipificación de este ilícito, se protege específicamente ciertos aspectos o componentes de la Administración Pública y no a todos sus componentes (...) es

más adecuado considerar, específicamente como bien jurídico u objeto de protección de este tipo penal, la funcionalidad, el *prestigio, dignidad y confianza de la función* pública; la que comprende a su vez, a la actuación de los agentes que la integran, pues, aún cuando la depositaria de la función pública es la Administración en cuanto órgano o entidad, la función pública va a ser ejercitada a través de sus integrantes, y por tanto, la actuación de estos será la que determine a fin de cuentas, el *prestigio de la Administración*" (2001, pp. 114-116).

§ 2. Esta línea de argumentación no es suficiente para dotar de contenido material al objeto de tutela en el enriquecimiento indebido, es necesario establecer las condiciones de merecimiento y necesidad de pena sobre las que reposa todo bien jurídico-penal (Caro Coria: 1999, pp. 44 ss.).

La defensa de la criminalización del enriquecimiento ilícito ha reposado por lo general en criterios de necesidad de pena, en el sentido de evitar vacíos de punibilidad frente a aquellos funcionarios que al final del ejercicio de sus cargos ostentan un patrimonio importante no justificado, en razón de sus ingresos y sin que pueda acreditarse que hayan cometido peculado, cohecho u otros delitos contra la Administración Pública. En tal sentido, la sospecha de la comisión de uno o varios delitos de funcionario, sumada al deseo de evitar estas situaciones o estados patrimoniales presuntamente ilícitos, suele considerarse suficiente justificación para otorgar relevancia penal a estas situaciones o estados de enriquecimiento.

En tal sentido, en el Derecho Penal argentino, Núñez ha sostenido que este delito "resguarda la Administración Pública frente al lucro y a la codicia corruptores de sus funcionarios y empleados" (1978, p. 439). A su vez, para Creus el delito trata de prevenir "aquellas conductas anormales que persiguen el logro de aumentos patrimoniales, prevaliéndose de la condición de funcionario público por parte del agente" (1991, p. 323; 1981, p. 417). Con mayor amplitud se expresó el Proyecto de 1960 para introducir en el Código Penal argentino el enriquecimiento ilícito, como recuerda Fontán Balestra, la necesidad de la norma se fundamentó en que "La corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto, sirviéndose su autor de personas interpuestas y de simulaciones. Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas" (1980, p. 358).

Argumentos semejantes se han defendido para justificar la punición del enriquecimiento indebido en el Derecho Penal colombiano (Ferreira Delgado: 1995, pp. 119-121; Peña Ossa: 1995, pp. 197-199). En nuestro ordenamiento acontece de igual forma, Rojas Vargas considera que "se trata de una criminalización social y políticamente pertinente por cuanto permitirá, a nivel teórico cuando

menos, conminar penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos y los efectos de los mismos de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el mandato constitucional de que "todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación"" (2001, p. 457).

Sin embargo, estas importantes consideraciones vinculadas a la prevención general no satisfacen la necesidad de pena, siendo necesario evaluar las posibilidades del Derecho Penal de poder enfrentar eficazmente estas situaciones de enriquecimiento. En esa orientación debe tomarse en cuenta la constatación empírica relativa a la escasa aplicación jurisprudencial del tipo de enriquecimiento ilícito, pese a sus más de veinte años de vigencia en nuestro sistema jurídico (Gálvez Villegas: 2001, pp. 339 ss.), lo que también acontece en Argentina (Sancinetti: 1994, p. 293) donde precisamente se creó este ilícito. Al parecer, solo tras la caída del régimen corrupto de Fujimori y Montesinos ha sido posible procesar a importantes funcionarios públicos, de manera que la aplicación del artículo 401 parece cumplir una verdadera función subsidiaria ante la imposibilidad de acreditar la comisión de otros delitos contra la Administración Pública.

Pero esta virtud, tampoco debe conducir a apreciar sin más la necesidad de pena. No cabe duda de que hacer reposar en la pena la prevención de estas situaciones de enriquecimiento, es una pretensión inocua si se carece de un eficaz sistema de prevención y control administrativo. Precisamente en ello radica una de las principales debilidades de la persecución de los delitos contra la Administración Pública en los últimos años, la inacción conciente o inconciente de los órganos de control y fiscalización del Estado, permitió arribar a niveles de corrupción escandalosos que durante mucho tiempo pasaron desapercibidos para la mayor parte de la ciudadanía. En ese contexto, los casos de corrupción sancionados a nivel administrativo y judicial parecían representar el escarmiento de "chivos expiatorios" por parte de un sistema que quería "tapar el sol con un dedo".

No puede avalarse una "huida al Derecho Penal" en materia de delitos de funcionario mediante la tipificación del enriquecimiento ilícito, como "válvula de escape" de un sistema ineficiente para prevenir y descubrir las disfunciones más graves de la Administración Pública (Abanto Vásquez: 2001, p. 482). En todo caso, una adecuada justificación del merecimiento de pena en el terreno del artículo 401° del Código Penal pasa por la implementación de adecuados mecanismos de control formal e informal contra la corrupción (Demetrio Crespo: 2000, p. 72), como bien ordena el artículo III de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Si a pesar de tal despliegue no fuera posible controlar el enriquecimiento injustificado de los funcionarios, podría legitimarse en términos de necesidad de pena una intervención subsidiaria del Derecho Penal frente a los casos de mayor gravedad, pero con ello queda aún pendiente evaluar el merecimiento de pena frente a tales casos.

§ 3. Se ha vinculado la represión del enriquecimiento ilícito con el mandato del artículo 39° de la Carta Magna de que "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación" (Prado Saldarriaga: 1996, p. 289). La fundamentación del merecimiento de pena en función de la Constitución es necesaria en general (Donini: 2001, pp. 4 ss.) y concretamente en los delitos de funcionario público y sus figuras específicas como el enriquecimiento indebido, es indiscutible pues que todo funcionario público, más allá de sus propias y legítimas expectativas personales, debe ejercer el cargo en concordancia con los fines constitucionales encargados al servicio y a la función pública. De esta manera, se halla vinculado a una serie de deberes que ubican al funcionario en una posición especial frente a determinados bienes, de allí que se admita la consideración de los delitos de funcionario en el ejercicio del cargo como delitos de infracción de un deber –*pflichtdelikte* (Suárez González: 2001, p. 152)–.

Se admite en general que la Administración Pública es un bien jurídico merecedor de tutela penal y que, como tal, satisface una función dogmático-hermenéutica y de ordenación sistemática de la parte especial o función inmanente al sistema, así como una función político criminal de crítica a que ciertos bienes se protejan penalmente o función trascendente al sistema (Feijóo Sánchez: 1999, p. 699). En ese sentido, se ha puesto de relieve que la Administración Pública, entendida como bien supraindividual e institucionalizado, debe concretarse como un bien funcional, no estático, vinculado a la función pública en sus diversas facetas. De ese modo, no se tutela la Administración *per se* o como un ente abstracto al margen de su función jurídico-social, lo que se desea tutelar es el "correcto funcionamiento de la Administración Pública", su función o tarea constitucional, cual es "servir con eficacia y objetividad a los intereses generales" (Feijóo Sánchez: 1999, p. 700; Abanto Vásquez: 2001, p. 12).

La materia de protección conforme a estas premisas "se refiere a la forma de actuación de la Administración conforme a sus fines y en el sometimiento a los principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia" (Demetrio Crespo, 2000, p. 71). De esta manera, según acotan Morales Prats y Rodríguez Puertas "la tutela penal de la actividad pública no puede desvincularse del marco institucional en el que esta se lleva a cabo (...) si de lo que se trata es de garantizar el correcto desempeño de la función pública, deberán respetarse para ello las previsiones constitucionales formuladas en esta materia". Ello conduce a "reconocer como único interés merecedor de tutela la actividad pública, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. En este contexto jurídico-político, la actividad pública no se justifica ni legitima por sí misma, sino en cuanto que instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales" (2001, p. 1846).

§ 4. Existe acuerdo en relación a que el carácter fragmentario y de última *ratio* del Derecho Penal impide la criminalización de todo comportamiento que afecta el funcionamiento de la Administración Pública, lo que conduce a fijar niveles de riesgo penalmente permitido en el que se incardinan conductas relevantes desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador y aquellas que carecen de toda relevancia jurídica porque no atacan aspectos esenciales de la función pública, como se aprecia por ejemplo en la admisión o tolerancia de determinados "*lobbys*" parlamentarios para la aprobación de una ley o judiciales para resolver una sentencia, o en la permisión de que una cuestión administrativa pueda ser decidida por un funcionario que mantiene amistad con el particular interesado en la resolución.

En esa perspectiva, se ha señalado que la funcionalidad de la Administración Pública se relaciona para efectos penales con la satisfacción de determinados "mínimos necesarios" al momento de servir a los intereses generales, "mínimos" que se relacionan con el interés básico para la pervivencia del sistema político-social, tal y como se entiende en la actualidad, de manera que el injusto penal merecedor de pena debe implicar un "plus de injusto" frente al administrativo o disciplinario, mayor desvalor que puede obedecer a criterios objetivos como la potencialidad lesiva, o a razones subjetivas como la renuncia a la criminalización de comportamientos imprudentes (Feijóo Sánchez: 1999, p. 701), como se aprecia en general en el Código Penal, salvo excepciones como la del peculado culposo del artículo 387° *in fine*.

§ 5. Ahora bien, en esa perspectiva de delimitación de lo penalmente relevante, debe tomarse en cuenta que el carácter supraindividual del bien jurídico funcionalidad de la Administración Pública, impide en muchos casos apreciar el disvalor del resultado a través de los concretos delitos que tipifica el Código Penal, como se observa precisamente en el enriquecimiento ilícito del artículo 401° que, a juicio de la doctrina nacional, se erige como delito de peligro abstracto en relación con los objetos protegidos por los delitos contra la Administración Pública, es decir la imparcialidad del funcionario, el patrimonio de la Administración, el carácter público de la función pública, entre otros (Abanto Vásquez: 2001, p. 477).

Como se sabe, uno de los principales problemas en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o institucionales, radica en identificar el disvalor de resultado. Se ha señalado que, si estamos ante bienes jurídicos de gran entidad como el ambiente natural, la libre competencia, la recaudación tributaria o la Administración Pública, la afectación no puede ser consecuencia de un comportamiento individual sino de la pluralidad de comportamientos que solo conjuntamente ponen en riesgo o lesionan el interés supraindividual (Schünemann: 1991, pp. 35-36). En esa línea, si la vinculación al principio de lesividad exige en el caso del artículo 401° del Código Penal la afectación del "correcto funcionamiento

de la Administración Pública", ello difícilmente podrá ser producto de un único estado de enriquecimiento.

Esta situación ha motivado, entre otros, dos planteamientos poco conciliables: la asunción de la categoría de los delitos de acumulación (*kumulationsdelikte*) y el escepticismo –cuando no la renuncia– a la intervención penal frente a estos comportamientos. La primera dirección apuesta por la instauración de tipos delictivos que describen comportamientos cuya realización múltiple se espera con certeza y no solo hipotéticamente, de modo que el efecto de la acumulación es nocivo para el bien jurídico (Kuhlen: 1993, pp. 716-717). De esa manera, la sanción penal de los comportamientos del artículo 401° del Código Penal se justificaría como medio de control de lo verdaderamente perjudicial para el bien jurídico, es decir la reiterancia o acumulación.

Las críticas contra este planteamiento son evidentes, se trata de grandes riesgos que no deben contemplarse como consecuencia de actos individuales sino como un problema sistémico, las conductas típicas no afectan por sí mismas el bien jurídico, se relajan los principios de culpabilidad y proporcionalidad porque al autor no se atribuye solo el injusto propio sino además el ajeno, y se sanciona la bagatela antes que los comportamientos de entidad suficiente para la intervención penal (Silva Sánchez: 1999, p. 110). Estos problemas surgen pues de la pretensión de imputar problemas sistémicos a individuos concretos (Müller-Tuckfeld: 1995, p. 478).

Tales consideraciones, consecuentes con una vinculación estricta al principio de lesividad, han conducido a la revisión de los fundamentos de la intervención penal en el terreno de los bienes jurídicos colectivos y plantear como hipótesis la derivación del control hacia el Derecho Administrativo Sancionador o hacia un derecho de intervención (*interventionsrecht*), ubicado entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, entre el Derecho Civil y el Derecho Público con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho Penal, pero a su vez con sanciones menos intensas para los sujetos (Hassemer: 1999, p. 72; Silva Sánchez: 1999, pp. 118 ss.; Lüderssen: 1993, pp. 268 ss.).

Aunque no es posible detenernos ahora en una valoración detallada de este interesante planteamiento *de lege ferenda*, debe quedar claro que la búsqueda de alternativas fuera del Derecho Penal exige agotar antes las posibilidades de concretar un disvalor de resultado o un grado mínimo de lesividad en los delitos que pretenden "proteger bienes jurídicos colectivos", de modo que la intervención penal en tales ámbitos, concretamente en el sector de los atentados contra la Administración Pública que aquí interesa por sus problemas de *lege lata*, pueda delimitarse aún conforme al principio de lesividad.

§ 6. En esa perspectiva, no debe olvidarse que la lesión del bien jurídico, colectivo o individual, no solo puede alcanzarse mediante la destrucción del interés sino también mediante su menoscabo o deterioro (Barbero Santos: 1973, p. 488; Torio López: 1981, p. 826; Corcoy Bidasolo: 1999, pp. 213 ss.). La lesión de un bien propio del Derecho Penal protector de la Administración Pública no tiene por qué acarrear la destrucción de todo el sistema administrativo y sus funciones, estos pueden verse seriamente afectados si se comete por ejemplo una defraudación importante en la adquisición de equipos para las Fuerzas Armadas, a través de la cual se distrae del erario público varios cientos de millones de nuevos soles.

Tampoco debe pasarse por alto que la tutela del bien colectivo puede realizarse mediante la tipificación de la lesión o creación de peligro a través de "objetos con función representativa". Como precisa Martínez-Buján Pérez, la protección de todo bien colectivo debe operar mediante delitos erigidos en función de un objeto con función representativa, que es el que ha de resultar inmediatamente lesionado o puesto en concreto peligro por el comportamiento típico individual, y sin que sea necesario verificar esa efectiva lesividad para el bien colectivo mediatamente tutelado, dado que la "abstracta peligrosidad" de la conducta típica para este último deriva de la lesión o peligro concreto reiterado y generalizado para el objeto representante. Por ello, para la imputación subjetiva es suficiente que la imprudencia o el dolo del agente abarquen únicamente el conocimiento de los elementos típicos, es decir la vulneración del objeto con función representativa inmediatamente protegido y sin que sea necesario probar el conocimiento en torno al bien colectivo. De esa manera, el menoscabo del bien jurídico "representado no posee relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el subjetivo" (1998, pp. 98-99).

Pero de la necesidad de proteger la funcionalidad de la Administración Pública, como fundamento de la criminalización del cohecho, el peculado o la malversación, no se deriva que los tipos deben erigirse en función de la lesión o puesta en peligro de toda la Administración Pública. Si la intervención penal opera en este ámbito a través de objetos con función representativa, como el erario público o la imparcialidad del funcionario, entonces la lesividad deberá buscarse en el grado de afectación de dichos objetos (Demetrio Crespo: 2000, p. 70).

Esta perspectiva debería conducir por otra parte a dejar de lado, en principio, la "necesidad" de instrumentar fórmulas de mera peligrosidad *ex ante* del comportamiento o de peligro abstracto (Caro Coria: 1999, pp. 506 ss.). El principal fundamento de esa exclusión radica, como precisa Bustos Ramírez, en que "desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación con él –y no al bien jurídico complementado (*individual*)– delitos de lesión o de peligro concreto" (1987, p. 198). En efecto, el carácter complementario de estos bienes institucionales no implica que los delitos que se configuren para

protegerlos hayan de ponerse, para definir su estructura, con relación a los bienes jurídicos individuales complementados, es decir los diversos intereses privados de los usuarios de los servicios de la Administración Pública. La tutela del interés colectivo no equivale a la protección de la suma de esos intereses individuales sino de las condiciones que permiten garantizar en el caso concreto su indemnidad, como objeto diferenciado y anticipado de tutela y única forma posible de prevenir su lesión (Maqueda Abreu: 1994, p. 492; Portilla Contreras: 1989, p. 741; Laurenzo Copello: 1992, pp. 120-121).

Luego, donde a primera vista podría afirmarse la mera peligrosidad abstracta para un bien individual y por consiguiente la crítica por la violación del principio de lesividad (Fiandaca: 1987, pp. 455 ss.), podrá observarse más bien la lesión o la puesta en concreto peligro de un bien colectivo (Tiedemann: 1985, p. 36; Otto: 1983, p. 550; Bustos Ramírez: 1994, p. 264; Escrivá Gregori: 1976, p. 115; Faraldo Cabana: 1996, p. 87; García Rivas: 1998, p. 116; Laurenzo Copello: 1992, p. 121; Maqueda Abreu: 1994, p. 492; Méndez Rodríguez: 1993, pp. 159-161) y, consecuentemente, la salvaguarda de dicho principio. Pero el riesgo de asumir una argumentación gramatical que legitime el peligro abstracto para bienes individuales, mediante la introducción de la categoría de los bienes colectivos y la "conversión" del peligro abstracto en un resultado lesivo o peligroso (críticamente, Santana Vega: 2000, pp. 175-176), podría superarse a través de tres exigencias que eviten una tutela demasiado anticipada o con límites materiales poco reconocibles.

Efectivamente, en *primer término*, el bien colectivo debe determinarse según los principios de merecimiento y necesidad de pena, lo que excluye la administrativización de la intervención penal o el deseo de proteger meras unidades funcionales de valor (Caro Coria: 1999, pp. 41 ss.). En *segundo término*, la peligrosidad de la conducta para un bien individual no equivale a la lesión o puesta en peligro concreto de un bien colectivo, la imputación objetiva de un resultado lesivo o de peligro para el bien colectivo precisa de una verificación *ex post* ajena a los delitos de mera conducta peligrosa. Como precisa García Rivas para la imputación objetiva del resultado típico que afecta al bien colectivo debe analizarse el fin de protección de la norma, lo que restringe considerablemente la tipicidad a diferencia de un delito de peligro abstracto para un bien individual (1998, pp. 111 ss.). En *tercer lugar*, estos criterios de imputación deben ser compatibles, al igual que en los delitos que afectan bienes individuales, con el principio de insignificancia, en orden a excluir la tipicidad de aquellos comportamientos que se realizan en resultados bagatelares de lesión o creación de peligro para el objeto representante del bien colectivo (Martínez Buján Pérez: 1998, p. 99). Este correctivo no es ajeno a los defensores de la técnica del peligro abstracto a fin de adecuarla al principio de *ultima ratio*, pero pese a que acarrea una incongruencia sistemática es instrumentado a nivel procesal pues, en sentir del Tribunal Federal Constitucional Alemán

"la prohibición constitucional contra el exceso permitiría tanto una solución material como una formal (procesal)" conforme se reconoce en las sentencias de 17 de enero de 1979 y 9 de marzo de 1994 sobre el caso del Cannabis.

Solo la *primera* y la *tercera condición* pueden observarse tras la tipificación del enriquecimiento ilícito. Conforme se ha visto, en los delitos contra la Administración Pública se acepta con carácter general que estamos ante un bien colectivo merecedor y necesitado de protección penal. En torno al tercer requerimiento, queda claro que la irrelevancia penal de las afectaciones de poco significado lesivo no solo viene determinada por el contenido del artículo IV del Código Penal, sino también por la sentida necesidad apuntada por la doctrina de limitar la punición en los delitos contra la Administración Pública a través del principio de exigüidad (Manes: 2000, ítem 4). Tal limitación debe imponerse en la interpretación del tipo de enriquecimiento ilícito del artículo 401° del Código Penal, más aún por su configuración como delito de peligro abstracto, pero también por la exigencia prevista en el párrafo final de un incremento patrimonial "notoriamente superior".

Como podrá advertirse, aunque la *segunda condición* puede observarse con relativa facilidad en otros delitos contra la Administración Pública, como el abuso de autoridad o la malversación de caudales, no podría apreciarse sino de manera artificial en el delito de enriquecimiento indebido del artículo 401° del Código Penal, cuya estructura se concreta, y así podrá aceptarse, en la realización de un comportamiento *ex ante* peligroso. La exigencia adicional de un resultado verificable *ex post*, de peligro concreto o lesión para los objetos de la Administración Pública tutelados, implicaría adoptar una exigencia que no contempla el tipo, pero además terminaría por vaciar de contenido esta figura subsidiaria.

Sin embargo, el recurso excepcional a tipos de peligro abstracto en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, como ocurre con más frecuencia para tutelar los bienes del Derecho Penal Económico, ha sido reconocido por la doctrina como una alternativa aceptable. Así, Demetrio Crespo entiende que en los delitos de funcionario el bien jurídico inmaterial mediatamente protegido es el adecuado funcionamiento de la Administración Pública, pero "lo que se castiga no es la "lesión" de dicho bien jurídico sino la del "objeto representante" en cada delito", bastando en todo caso para la ilicitud penal "que la conducta posea al menos "idoneidad abstracta" para afectar eventualmente una legítima expectativa" (Demetrio Crespo: 2000, pp. 70-71; Corcoy Bidasolo: 1999, pp. 242-244).

Pues bien, esa aptitud lesiva no es ajena al enriquecimiento ilícito, la propia redacción del tipo establece una conexión funcional entre el resultado de incremento patrimonial y el "ejercicio del cargo", de donde cabe derivar que solo adquieren relevancia penal aquellos comportamientos que, tras la infracción del deber especial, conducen al resultado de enriquecimiento, lo que en sí mismo

implica una afectación potencial, la creación de un peligro abstracto para los objetos tutelados a través de los delitos contra la Administración Pública (similar, Abanto Vásquez: 2001, p. 477).

§ 7. La estructura del delito de enriquecimiento indebido, dentro del contexto del artículo 401° del Código Penal, ha planteado dudas de legitimidad en torno al merecimiento de pena, más concretamente desde la perspectiva constitucional que le sirve de soporte, en tres sentidos: **1)** porque se adoptaría una fórmula lacónica, quizás vacía de contenido de injusto y entonces infractora de los principios de lesividad y legalidad reconocidos en los artículos 44° y 2.24.d° de la Carta Magna; **2)** podría violarse la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur* prevista en el artículo 8.2.g° de la CADH; y, **3)** porque podría conculcarse el principio de presunción de inocencia del artículo 2.24.e° de la Constitución.

Este último aspecto, vinculado a una posible inversión de la carga probatoria, admitida por un sector doctrinal como un medio necesario por razones de prevención general (lucha contra la corrupción) y dificultades probatorias (Fontán Balestra: 1980, p. 364), no desconocida en el Derecho Comparado en materia de corrupción –como ocurre con la *prevention act* de 1916 británica (en la que el funcionario debe acreditar, ante obsequios por él aceptados, que no se le ofreció como incentivo antijurídico por determinados actos), las regulaciones de Grecia, Austria y EE.UU. (en donde se recurre a "tipos de recogida" o subsidiarios) o el tratamiento legal en Turquía y China donde se encuentra más afianzada la inversión de la carga probatoria (en ese sentido, Überhofen: 1997, pp. 94-95), será analizado posteriormente, aunque cabe advertir que más allá de la propia fundamentación procesal, la superación de este problema pasa por una interpretación del tipo que no reconozca la obligación de justificación del patrimonio del funcionario, deber que a mi juicio no existe en la legislación peruana, ni en el ámbito administrativo ni en el penal como consecuencia del *nemo tenetur*. Dicho de otro modo, si el funcionario no está vinculado a un deber de justificación de la "licitud" del origen del "mayor patrimonio", pudiendo inclusive acogerse a la cláusula de silencio sin que a partir de ello se presuma su responsabilidad, entonces toda la carga de la prueba reposará, como corresponde de acuerdo a la Constitución, en el Ministerio Público quien debe acreditar no solo el resultado de enriquecimiento sino también la conexión, en términos de imputación objetiva, entre este y el ejercicio del cargo.

En cuanto a los otros problemas, como se advirtió con anterioridad, el legislador peruano, ya desde la tipificación prevista en el artículo 361-A° del Código Penal derogado, configuró el enriquecimiento ilícito como delito de peligro abstracto (Bramont Arias: 1990, p. 81), técnica que se mantiene en la actual redacción del párrafo 1 del artículo 401° que prácticamente reproduce el sentido de la norma derogada. Pero más allá de la controversia en torno a la admisibilidad

constitucional de los delitos de peligro abstracto en la tutela de bienes colectivos como la Administración Pública, lo que ya ha sido abordado, el problema radica en la determinación del propio disvalor de acción en el enriquecimiento indebido, en el sentido de si en verdad constituye una conducta *ex ante* peligrosa para los objetos vinculados a la funcionalidad de la Administración Pública, como la imparcialidad del funcionario, el erario público o el ejercicio público de la función.

En esa dirección ha de considerarse por un lado que, a diferencia de la regulación prevista en el artículo 361-A° del Código Penal anterior, el Código Penal vigente ubica sistemáticamente el enriquecimiento indebido en la Sección IV de "Corrupción de funcionarios", con lo que el objeto protegido parece limitarse al de los delitos de cohecho, esto es, la legalidad y la imparcialidad en el desempeño funcional (Abanto Vásquez: 2001, pp. 370-371). Sin embargo, ello no puede admitirse porque el artículo 401° no establece la fuente de enriquecimiento del funcionario, de manera que la mayor riqueza podría provenir tanto de un particular como del erario público, en cuyo caso habría que admitir cuando menos una tutela potencial del patrimonio del Estado. Es más, la referencia normativa a que el enriquecimiento se obtenga "por razón de su cargo", abre un bagaje de posibilidades de actuación funcional, de forma tal que el delito de enriquecimiento ilícito tiene como objeto de protección todos aquellos que puedan ser vulnerados a través de los delitos contra la Administración Pública.

Ahora bien, el laconismo del legislador ha despertado interpretaciones no uniformes en cuanto al contenido de injusto de este delito. El artículo 401° del Código Penal sanciona al funcionario que "por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente", lo que ha sido criticado pues al parecer no se describe una conducta peligrosa para los bienes antes señalados, sino una simple "situación" o "estado económico" (Abanto Vásquez: 2001, p. 476; Gálvez Villegas: 2001, p. 122; Rojas Vargas: 2001, p. 457). Como acota Sancinetti, "enriquecerse" no es un comportamiento, es el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento 1 y el estado patrimonial en el momento 2; esto constituye, naturalmente, un "hecho jurídico" en el sentido del Código Civil, pero no un "hecho" en el sentido del Derecho Penal de acto (acción u omisión punible), "porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta" (1994, p. 298). Bajo esa comprensión y al no evidenciarse un contenido de injusto, en términos de lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos, estaríamos frente a una manifestación de "Derecho Penal de autor" incompatible con la exigencia constitucional de lesividad que se deduce del artículo 44° de la Carta Magna (Prado Saldarriaga: 1996, p. 30) y se recoge expresamente en el artículo IV del Código Penal.

Como si esto fuera poco, la norma no indica cuáles son los medios de enriquecimiento, no define con claridad qué significa enriquecerse o en qué debe radicar la ilicitud, con lo que se alejaría ya del principio de determinación o certeza

("*nulla poena nulla lege certa*") y de ese modo del principio de legalidad que garantiza el artículo 2.24.d° de la Constitución y el artículo II del Código Penal (Urquizo Olaechea: 2000, p. 62). En efecto, para Hugo Alvarez la identificación de una conducta indebida en el enriquecimiento es muy cuestionable porque "no es la conducta del agente que solicita y/o acepta dádiva, promesa o cualquier otra ventaja (cohecho), tampoco del que abusando del cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer, para sí o para otro un bien o cualquier beneficio patrimonial (concusión); tampoco exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos ni en cantidad que exceda a la tarifa legal (concusión); tampoco es la conducta que defrauda al Estado en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquiera otra operación semejante en que interviene por razón de su cargo, o la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, etc. Es lícito preguntarse entonces, ¿qué o cuál es esta conducta a que hace referencia la norma en comentario?" (2000, p. 216).

Cuestiones semejantes han conducido a Rojas Vargas a entender que el tipo "no describe conducta alguna ni aporta mayores elementos de tipicidad o de antijuricidad que guíen el análisis jurídico, esta situación contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala" (2001, p. 465). En consecuencia, este delito carecería de los elementos que especifiquen el contenido, ya de por sí dudoso, del injusto penal (Abanto Vásquez: 2001, p. 476).

§ 8. Sin embargo, a mi juicio estas cuestiones y dudas de constitucionalidad, más allá del laconismo del legislador no ajeno a otras figuras de la parte especial, obedecen ante todo al déficit de interpretación y desarrollo dogmático del delito de enriquecimiento ilícito, tanto en la doctrina nacional como latinoamericana.

La interpretación de los delitos contra la Administración Pública tiene en Latinoamérica una larga tradición vinculada al Derecho español e italiano, de donde derivan las principales fuentes de inspiración legal de los tipos de cohecho, malversación, peculado, etc. Pero en estos ordenamientos europeos no se incluye (descontando la semejanza con la redacción del artículo 323° del Código Penal italiano adoptada en 1990) el delito de enriquecimiento ilícito, de modo que su desarrollo, con las notables diferencias legales que se aprecian por ejemplo entre los tipos argentino, colombiano y peruano, ha estado reservado a la doctrina latinoamericana que tampoco le ha prestado atención suficiente, lo que, entre otros motivos de carácter sistémico-social, podría explicar la casi nula aplicación jurisprudencial de una figura cuyos primeros esbozos y propuestas de redacción legal data en Latinoamérica, cuando menos, de 1936, como registra, a propósito del Derecho argentino Sancinetti (1994, p. 23).

En Colombia, Camargo recuerda que el enriquecimiento ilícito recién se plantea con el Proyecto de Código Penal de 1974 (1996, p. 2), mientras que, en México, como refiere Díaz Aranda (1999, pp. 6 ss., 22 ss.) existen antecedentes vinculados a la época colonial, aunque la configuración actual del enriquecimiento ilícito se remonta recién a la Ley de 21 de febrero de 1940. Algo similar cabe decir sobre la observación de Bramont Arias (1990. p. 77), quien haya antecedentes ya en la Ley romana *Praesas Provincial* y en las Ordenanzas francesas de San Luis de 1254, una del Rey Carlos VI de 5-2-1388 y otra de 1670, pero ninguna parece erigirse conforme a los parámetros actuales.

Como se verá posteriormente, si se parte de la ya advertida relación de funcionalidad que debe existir entre el resultado de enriquecimiento y el ejercicio del cargo, estos problemas podrán superarse sin quebrantar la legalidad penal, es decir delimitando normativamente el comportamiento prohibido, con los márgenes de certeza que permite una construcción normativa, y sobre la base de exigir una idoneidad lesiva en el comportamiento *ex ante* peligroso a fin de vincularlo cuando menos a la escala menor del principio de ofensividad.

En todo caso y en cuanto interesa poner de relieve de momento, estos problemas de constitucionalidad vinculados a este delito no pueden superarse con el simple argumento de que el artículo 41° de la Ley Fundamental ordena la criminalización del enriquecimiento indebido. La citada norma se decanta implícitamente por la penalización del enriquecimiento del funcionario, no con la intensidad del mandato positivo de criminalización del artículo 8° en materia de tráfico de drogas, pero de ella no se deduce un contenido del tipo penal o las técnicas de tipificación a utilizarse de modo que pueda justificar, sin más, el contenido del artículo 401° del Código Penal. Lo mismo cabe decir del artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aunque este instrumento se decanta para la criminalización de estas conductas ("tipificar en su legislación como delito") y dibuja las condiciones mínimas para la sancionabilidad penal, su fuerza vinculante se autolimita cuando la norma precisa que la instrumentación en el Derecho interno deber efectuarse "Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico", siendo por ello posible establecer, según cada caso, bien restricciones o ampliaciones de la conducta prohibida.

Tampoco es satisfactoria la explicación del injusto bajo la dogmática de la omisión. En la doctrina argentina se ha llegado a sostener que el quebrantamiento del deber de justificación del funcionario determina el contenido de injusto de un delito de omisión. Así, acota Núñez que "el delito, que es de omisión, existe si una autoridad competente (...), le requiere a este que justifique la procedencia del enriquecimiento y el requerido no prueba" (1978, p. 441). Esta posición es asumida en Perú por Portocarrero Hidalgo (1996, p. 242). Del mismo modo, para Creus estamos "ante un delito de omisión que se consuma cuando, vencidos los

plazos fijados para contestar al requerimiento o, en su defecto, transcurridos los plazos procesales pertinentes para ejercer el derecho de defensa (en la causa administrativa o jurisdiccional), el agente no justificó o no justificó suficientemente la procedencia extrafuncional de su enriquecimiento" (1991, p. 325).

Para fundamentar la legitimidad de ese deber de justificación recuerda Fontán Balestra (1980, p. 365) los fundamentos del Proyecto del Código Penal de 1960 defendido por Soler donde se indica que "la asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esa obligación como demasiado pesada e incómoda que se aparte de la función pública" (1978, p. 206).

Este planteamiento es común en la doctrina argentina porque el artículo 268° (2) del Código Penal pretendería sancionar el acto del funcionario de no justificar la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable cuando es debidamente requerido (en contra, Sancinetti: 1994, pp. 99-119), pero estas conclusiones no son trasladables a la interpretación del artículo 401° del Código Penal que sanciona más bien el propio enriquecimiento, sin referencia alguna a la justificación. Por ello, tampoco debe admitirse en la interpretación de la norma peruana, el argumento de que la omisión de justificación es, al menos, una condición objetiva de punibilidad (con relación a sus regulaciones nacionales, Díaz Aranda: 1999, p. 110; Fontán Balestra: 1980, p. 366; Creus: 1991, p. 323).

Antes bien, más allá de las diferencias legislativas que no han impedido que en la doctrina nacional se estime que la no justificación es una condición del tipo objetivo (Abanto Vásquez: 2001, pp. 480 ss.; Rojas Vargas: 2001, p. 468), existen dos problemas difíciles de superar y que más bien conducen a mi juicio a rechazar que el injusto del enriquecimiento ilícito deba construirse, sea ya por acción u omisión, en relación a un deber de justificación del incremento patrimonial del funcionario o que este deber deba observarse como condición objetiva de punibilidad. Por un lado, se tiene la dificultad de aceptar que es legítimo un deber de justificación frente a la garantía de no autoincriminación prevista en el artículo 8.2.g° de la CADH y, por otra parte, que es legítimo un delito que radica en el incumplimiento de un deber administrativo.

Respecto a lo primero, como ha señalado Reyes Alvarado, "en cuanto se logre establecer que existe un deber legal (si es que lo hay) que obligue al funcionario público a demostrar la licitud de la adquisición de sus bienes, y en cuanto esa norma sea considerada como acorde con los parámetros constitucionales de una nación, podrá exigirse al funcionario el cumplimiento de ese deber, so pena de que con su infracción genere un riesgo jurídicamente desaprobado" (Reyes Alvarado: 1997, p. 100). Tales condiciones no pueden apreciarse en nuestro sistema jurídico, el artículo 41° de la Constitución impone el deber del funcionario de efectuar la

declaración jurada de rentas y bienes que será una de las pruebas esenciales para una imputación por enriquecimiento ilícito, pero no establece la obligación del funcionario de efectuar una justificación de su posible riqueza ilícita.

Tal solución es conveniente, no es posible fundamentar una obligación legal de justificación sin infringir el principio de no autoincriminación o *nemo tenetur*. Aclara al respecto Sancinetti que la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo no puede burlarse estableciendo que el contenido del hecho punible omisivo se cifra en "no informar sobre ciertos actos previos del imputado", precisamente aquellos actos que se quiere prevenir mediante la amenaza penal (1994, p. 302).

Ante una imputación, en sede administrativa o judicial, por enriquecimiento ilícito, el funcionario tendrá derecho a conocer los fundamentos de la imputación, frente a lo cual le corresponderá el *derecho* de efectuar el descargo correspondiente en ejercicio del derecho de defensa que garantiza el artículo 139.14° de la Constitución, facultad que ha sido reconocida con carácter general por las diferentes normas de fiscalización administrativa y, en particular, por el artículo 235.3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en materia de procedimiento sancionador.

Del ejercicio del derecho de defensa no puede derivarse una obligación del funcionario de justificar el origen de su patrimonio. La doctrina procesal penal reconoce que el derecho de defensa implica la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva, derecho que debe entenderse en concordancia con el principio de no autoincriminación, el cual rige precisamente cuando se pretende obligar al imputado "a emitir una declaración que exteriorice un contenido", de modo que aún "la no declaración no permite inferencias de culpabilidad" (San Martín Castro: 1999ª, pp. 57, 70).

En tal sentido, si constitucionalmente no existe la obligación de justificación mencionada, no puede fundamentarse que el injusto del enriquecimiento ilícito radica en una omisión que se basa en un deber de garante inexistente. Es más, ni siquiera podría hablarse en estricto de una omisión jurídico-penal, "una omisión en la que el autor de antemano carece de capacidad de cumplimiento del deber siempre que antes haya cometido un delito (de) funcionario, y que solo aquí se quiera aplicar la pena, demuestra que –ya dogmáticamente– no se trata de un delito de omisión, porque el elemento "capacidad de cumplimiento del mandato", característico de toda omisión, sería reemplazado siempre por una *actio libera in causa*, el comportamiento activo delictivo, que produjo el enriquecimiento. Pero un delito omisivo que solo se puede penar por la acción anterior libre en la causa, y que presupone siempre que este hecho previo fundamenta la sanción, no describe una omisión sino la acción anterior" (Sancinetti: 1994, pp. 109-112).

Antes bien, aun cuando se considere que es constitucionalmente amparable el deber del funcionario de justificar la legitimidad de su incremento patrimonial, tampoco podría admitirse la punición porque se otorgaría relevancia penal a la infracción de una simple obligación administrativa de información, el delito se fundaría en un tipo puramente policiaco-administrativo (Sancinetti: 1994, p. 311; Abanto Vásquez: 2001, pp. 482-483). Así las cosas, y como se desarrollará más adelante, estimo que una construcción legítima del injusto del enriquecimiento ilícito de funcionario no requiere de la infracción de un inexistente de deber de justificación, sino más bien de una relación de imputación objetiva entre el ejercicio del cargo y ese resultado de enriquecimiento.

§ 9. Los problemas vinculados a la falta de lesividad y certeza del tipo de enriquecimiento ilícito también se observan en la redacción de artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), norma que, según se detalló anteriormente, requiere: **1)** que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público; **2)** que este incremento patrimonial resulte excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones; y, **3)** que no pueda ser razonablemente justificado por el funcionario público. Esta última condición no puede trasladarse a nuestro ordenamiento por la ya expuesto, más aún porque el artículo IX propone la adopción de esta fórmula por los Estados Parte "Con sujeción a su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico". De ese modo, puede renunciarse a la configuración del tipo en función de la omisión de justificación sin violarse o incumplirse los términos de la CICC.

Las condiciones 1) y 2) antes citadas no han sido expresamente previstas en el sintético párrafo 1 del artículo 401° del Código Penal, pero pueden deducirse del párrafo 2 que introdujo la Ley N° 27482 (Ley que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas). Más allá de la regla indiciaria que establece, del párrafo 2 se derivan determinados criterios interpretativos del tipo que, como también se advirtió con anterioridad, son los siguientes: **1)** debe existir un aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público; **2)** tal aumento debe apreciarse en comparación con la declaración jurada de bienes y rentas; y, **3)** dicho aumento debe ser "notoriamente superior" al que normalmente haya podido tener en virtud del sueldo, emolumentos, incremento de capital o ingresos de origen lícito.

La exigencia de estas condiciones en la interpretación del tipo de enriquecimiento ilícito permitirá afianzar, en una línea a solventar desde la imputación objetiva, el respeto del principio de legalidad por permitir alcanzar mayores cuotas de certeza en delimitación de lo penalmente prohibido. Lo mismo cabe decir en cuanto a la exigencia prevista en el artículo 401° párrafo 1 en el sentido que el enriquecimiento esté vinculado al ejercicio del cargo ("abusando del cargo"), lo que limita el ámbito de la prohibición a aquellos casos en los que dicho resultado

es objetivamente imputable al despliegue de la función pública, esto es, a un comportamiento externo del funcionario, de forma tal que no se criminalice un simple estado patrimonial sino un acto de ejercicio público. Ello permitirá, en definitiva, tomar distancia de un Derecho Penal de autor y asumir un modelo de imputación acorde con el Derecho Penal de acto o por el hecho.

§ 10. Sin embargo y en cuanto a lo que aquí interesa expresar, queda pendiente la fundamentación del disvalor de acción de modo que logre apreciarse, cuando menos, un comportamiento *ex ante* peligroso o idóneo para lesionar los objetos protegidos por los delitos contra la Administración Pública, solo con esa base mínima podrá hablarse de un contenido de injusto merecedor de pena. Antes bien, la propia construcción de este delito sobre la base del peligro abstracto debe conducir a admitir la aplicación subsidiaria del tipo de enriquecimiento ilícito, aunque el artículo 401° del Código Penal no lo exija expresamente.

En la doctrina penal peruana la admisión de la subsidiaridad no es pacífica. A juicio de Abanto Vásquez: "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 tratare 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) sino las otras figuras" (2001, p. 484). Pero, además, si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de *ne bis in idem*, ya que se sancionaría más de una vez 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" (Abanto Vásquez: 2001, pp. 485-486).

En sentido contrario se ha pronunciado Gálvez Villegas (2001, p. 188), quien afirma que en nuestra legislación no existe razón alguna para sostener que este sea un tipo subsidiario, así las interpretaciones en tal sentido se deberían más a que muchos de los autores nacionales habrían asumido opiniones propias de la doctrina colombiana sin haber constatado las diferencias estructurales con la legislación nacional. De esta manera, a su entender debe admitirse la posibilidad de concurso ideal (artículo 48) entre el enriquecimiento ilícito y otros delitos que se estructuren a partir de elementos objetivos como recibir, aceptar, etc., bienes o ventajas patrimoniales, o apropiarse de bienes o derechos.

Es más, a juicio de este autor, "si atendemos a que el delito en cuestión se realiza con la incorporación de los bienes, activos o derechos al patrimonio del agente (...), este tipo penal no resultaría subsidiario de ningún otro delito, por

cuanto su tipificación no resulta secundaria o auxiliar respecto a este último. Pues la subsidiariedad opera necesariamente para casos menos graves respecto al tipo principal más grave, en cuyo caso si nos encontráramos ante este último, el tipo penal subsidiario será desplazado, y solo podrá ser aplicado si es que no nos encontramos ante el tipo principal. En el presente caso el hecho de que no se aplique la norma de enriquecimiento ilícito cuando se determina que la incorporación de bienes, derechos o activos al patrimonio del agente es posterior a la comisión de otro delito y como consecuencia de este, no evidencia una relación de subsidiariedad entre las normas penales, (tipo cualquiera y enriquecimiento ilícito) sino, (...), expresa una relación de exclusividad o de exclusión, por encontrarnos ante una relación de consunción. En estos supuestos de consunción puede presentarse el caso (...) en que se aplique una norma menos grave, desplazándose la más grave (...); lo que no puede suceder en la subsidiariedad en que la norma principal siempre será más grave" (Gálvez Villegas: 2001, pp. 199-200).

De esta forma, Gálvez Villegas (2001, p. 195) entiende que en determinados casos ajenos al concurso ideal, aquellos en los que el enriquecimiento ilícito opera en la etapa de agotamiento de otro delito contra la Administración Pública previamente consumado, el enriquecimiento indebido quedará consumido en el delito anterior, a pesar de su mayor gravedad, porque su disvalor ya se haya incorporado en la desvaloración de ese delito previo, por lo que deberá aceptarse su desplazamiento, sin más, a fin de aplicar el de menor gravedad conforme a las reglas de la consunción.

Pese a estos argumentos, la subsidiariedad se admite en general en nuestro medio, tanto en la doctrina (Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 242; Peña Cabrera-Francia Arias: 1993, p. 42; Rojas Vargas: 2001, p. 467; Frisancho-Peña Cabrera Freyre: 1999, p. 358; Prado Saldarriaga: 1996, p. 291; Hugo Álvarez: 2000, p. 216) como en la jurisprudencia. Las dificultades para apreciar la autonomía del tipo a partir de la defensa de Gálvez Villegas son numerosas, no puede observarse concurso ideal a partir del mismo acto enriquecedor entre el enriquecimiento ilícito y otro delito contra la Administración Pública, sobre todo porque ambos delitos persiguen la tutela del mismo bien jurídico. La doble criminalización, bajo el argumento del concurso ideal, contra el mismo funcionario, por el mismo hecho y fundamento conllevaría una violación flagrante del *ne bis in idem*. Sin embargo, *de lege lata* tampoco es satisfactoria la solución que adopta casi toda la doctrina nacional en el sentido de preferir la aplicación de cualquier delito contra la Administración Pública, antes que el de enriquecimiento ilícito, el cual, con excepción de algunos delitos graves como el de colusión ilegal (artículo 384), conlleva una mayor pena a pesar de que no representa una lesión ni un peligro concreto para los bienes tutelados, erigiéndose más bien como un comportamiento de peligro abstracto.

Frente a esta disyuntiva, *de lege ferenda* debería consignarse expresamente en el tipo su carácter subsidiario y establecerse una pena necesariamente menor que la de otros delitos, como el cohecho o el peculado, que ya implican la lesión del bien protegido. Mientras tanto y en orden a salvaguardar el *ne bis in idem*, debe seguirse entendiendo que el delito del artículo 401° es subsidiario y no puede concurrir idealmente con otro delito contra la Administración Pública (también, Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 241), limitándose su función político criminal como medio de evitación de vacíos de punibilidad.

V. ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO

1. El funcionario o servidor público como sujeto activo

§ 1. La noción de funcionario o servidor público es relevante porque el Título XVIII de "Delitos contra la Administración Pública", diferencia entre "Delitos cometidos por particulares" (Capítulo I) y "Delitos cometidos por funcionarios públicos" (Capítulo II). En este último ámbito se incardinan principalmente, salvo excepciones como el tráfico de influencias (artículo 400°) o el cohecho activo (artículo 399°), delitos especiales en los que se exige como elemento de la autoría la condición de funcionario o servidor público, como se aprecia justamente en el tipo de enriquecimiento ilícito del artículo 401°.

Puede sostenerse en general que funcionario público es quien ocupa un *status* especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe evitar la lesión de los intereses de la Administración Pública (Rojas Vargas: 2001, p. 92). Pero actualmente no se discute la necesidad de acudir a un concepto de funcionario público de eficacia exclusivamente penal o, cuando menos, a criterios interpretativos que permitan diferenciarlo de la noción propia del Derecho Administrativo, civil o laboral, a partir de las notas de especialidad, autonomía y exclusividad del concepto penal de funcionario público. Es indiscutible la necesidad de acudir a una noción propiamente penal de funcionario para uniformizar la interpretación de este elemento normativo frente a las diversas definiciones previstas en el ordenamiento extra penal o ante el uso restrictivo de la expresión "funcionario público" en el lenguaje ordinario (Valeije Álvarez: 1997, pp. 442-443).

Pero sobre todo se trata de contar con una definición acorde con las necesidades de protección de los bienes jurídicos de la Administración Pública, lo que conllevará según el caso a una ampliación o a una reducción del concepto adoptado en sede administrativa (Rodríguez Mesa: 2000, p. 215). De esa forma, como acota Valeije Álvarez: "El legislador le indica al juez que debe dejar de lado la idea de que solo los funcionarios públicos administrativos pueden realizar los delitos que dentro del Código Penal reclaman como sujeto activo o pasivo a un

funcionario público, y que por lo tanto, debe incluir dentro de aquel concepto a otros sujetos que estando a disposición del Estado tienen a su cargo el ejercicio de funciones o servicios públicos" (1997, p. 444). En virtud de tal ejercicio es que se encuentran vinculados, como se indicó con anterioridad, a una serie de deberes especiales cuya infracción determina el mayor injusto penal del comportamiento. En consecuencia, se trata de que el concepto penal de funcionario abarque aquellas situaciones generadoras del deber especial que derivan, como ha precisado la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, de la "participación concreta y real en el ejercicio de funciones públicas o de administración" (sentencias del TS de 1 de febrero de 1964, 27 de marzo de 1978 y 7 de octubre de 1973).

§ 2. Atendiendo a estas razones es común en el Derecho Comparado que se establezcan criterios normativos para delimitar la noción de funcionario público, en ocasiones de modo muy general, como se aprecia por ejemplo en el artículo 24.2° del Código Penal español[91] que establece una "norma interpretativa contextual auténtica" (Valeije Álvarez: 1997, p. 444). Suele también recurrirse a criterios más precisos, como se observa en el § 11.(1) del StGB alemán[92], en los artículos 357° a 359° del Código Penal italiano[93], y en el artículo 425° del Código Penal peruano

91 Artículo 24.2: "Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas".

92 § 11.(1): "Con relación a este Código será: (...)
2. Titular de la función pública:
Quien, de acuerdo al Derecho alemán,
a) sea funcionario o juez,
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:
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
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. (...)".

93 Artículo 357: "Noción de funcionario público. A los efectos de la ley penal, son funcionarios públicos aquellos que ejercen una función pública legislativa, judicial o administrativa.
A estos efectos es pública la función administrativa disciplinada por una norma de Derecho Público y de actos autoritativos, y caracterizada por la formación y manifestación de la voluntad de la Administración Pública o el desenvolvimiento por medio de poderes autoritativos o de certificación".
Artículo 358: "Noción de persona encargada de un servicio público. A los efectos de la ley penal, son encargados de un servicio público el que, bajo cualquier título, presta un servicio público.

que impone una inusual casuística que va más allá de su antecedente inmediato, el artículo 361-B° del Código Penal derogado[94].

La insuficiencia político criminal de la cláusula prevista en el artículo 425° del Código Penal es evidente, se trata de una "disposición común" a todos los delitos contra la Administración Pública, semejante en ese sentido a la regulación italiana. Sin embargo, en el Derecho Comparado se tiende a regular el concepto de funcionario público en la Parte General del Código Penal, como se aprecia en textos actuales como los de España o en otros de mayor data como el de Alemania. Ello es más satisfactorio si se tiene en cuenta la necesidad de contar con una noción de funcionario más allá de los delitos contra la Administración Pública, con eficacia en otros apartados del propio Código Penal.

De *lege ferenda* es necesario trasladar la definición penal de funcionario a la Parte General, lo que asegurará su eficacia dentro y fuera del Código Penal

---

Por servicio público debe entenderse una actividad disciplinada de la misma forma que la función pública, pero caracterizada por la falta del poder típico de esta última, y con exclusión de tareas de simple orden o meramente materiales".

Artículo 359: "Persona que ejerce un servicio de necesidad pública. A los efectos de la ley penal, son personas que ejercen un servicio de necesidad pública:

1) Los particulares que ejercen profesiones forenses o sanitarias, u otras profesiones cuyo ejercicio esté prohibido por la ley sin una habilitación especial del Estado, cuando el público está obligado por ley a valerse de sus servicios.

2) Los particulares que, sin ejercer una función pública, ni prestando un servicio público, lleva a cabo un servicio declarado de necesidad pública mediante un acto de administración pública".

94 Incorporado conjuntamente con el tipo de enriquecimiento ilícito mediante el Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981.

Artículo 361-B: "Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa, aun cuando desempeñen cargos políticos o de confianza.

2. Los funcionarios o servidores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado.

3. Los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares".

Posteriormente, mediante la Ley N° 24653 del 28 de marzo de 1987, se sustituyó el texto, quedando el artículo 361-B redactado del siguiente modo:

"Se consideran funcionarios o servidores públicos para los efectos penales:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa del Estado aun cuando desempeñen cargos políticos o de confianza; incluso los contratados y los que emanan de elección popular.

2. Los funcionarios o servidores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta con participación mayoritaria o determinante del Estado, o de organismos sostenidos económicamente por el Estado; y,

3. Los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados y depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares".

conforme a la supletoriedad prevista en el artículo IX, sin perjuicio de delimitar la interpretación de dicho concepto en atención a los fines político criminales y al contexto en que se utilice (en ese sentido, Peña Cabrera-Francia Arias: 1993, p. 24). Desde el punto de vista sistemático también debe considerarse la necesidad de contar con una cláusula que delimite con mayor certeza la noción de funcionario, como se observa en la regulación alemana, y no a través de grandes criterios como el previsto en el texto español pues plantean múltiples cuestiones interpretativas en la jurisprudencia (Valeije Álvarez: 1997, pp. 445 ss.) en desmedro del principio de determinación, lo que tampoco debe conducir a la asunción de una regulación casuística como la peruana que incurre en reiteraciones innecesarias (Villavicencio Terreros: 2001ª, pp. 13-14).

Ahora bien, la variedad de criterios a los que puede recurrirse en la concepción normativa de "funcionario público", ha dado lugar a una mayor o menor extensión de la protección penal en el Derecho Comparado. Por un lado, partiendo de la interpretación del artículo 24.2° del Código Penal español, la doctrina hispana dominante considera que dicha condición viene dada por la exigencia concurrente de un **elemento subjetivo**, expresado en la existencia de un título, o cualidad jurídica en la persona, y otro de naturaleza **objetiva** cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir la contribución a la formación o al desarrollo de la voluntad estatal (Valeije Álvarez: 1997, p. 446; Olaizola Nogales: 1999, pp. 148-149; Cobo del Rosal-Quintanar Diez: 2000, p. 39; Rodríguez Mesa: 2000, p. 215). Ambos componentes pueden converger en uno, cual es "la exigencia de una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal", dicho de otro modo, "funcionario desde el punto de vista penal es todo aquel que está incorporado a la organización burocrática del Estado" (Valeije Álvarez: 1997, p. 493). Esta postura impera en la doctrina nacional (Abanto Vásquez: 2001, pp. 17 ss.; Rojas Vargas: 2001, pp. 33 ss.), aunque es necesario realizar mayores concreciones a la luz del artículo 425° del Código Penal peruano.

Una orientación más amplia que la española se aprecia en la regulación italiana, donde es suficiente para ostentar la condición de funcionario público la efectiva participación en la función pública, sin exigirse título alguno en virtud del cual se ejerza dicha función (artículo 357°) (Romano: 1999, pp. 254-255), aunque incorpora dos conceptos adicionales, el encargado de un servicio público (artículo 358°) y aquel que ejerce un servicio de necesidad pública (artículo 359°). En el primero de ellos tampoco es necesaria la existencia de título alguno (Romano: 1999, pp. 280-281), lo que sí acontece de modo expreso en el supuesto del artículo 359° pues hace falta ejercer una profesión cuyo ejercicio solo está permitido con una especial habilitación estatal, o bien la prestación de un servicio declarado de necesidad pública por un acto administrativo (Romano: 1999, pp. 306, 308, 309).

En el ordenamiento alemán se adopta más bien una postura intermedia, el § 11.(1).2 del StGB considera titular de la función pública (*amtsträger*), entre otros casos, a quien conforme al Derecho alemán sea funcionario (*beamter*), es decir nombrado por una autoridad competente para ejercer una función en el marco de una relación de servicio, o sea juez de profesión u honorífico (nums. 2.a, (1).3). También se considera titular de la función a quien se halle en una relación pública jurídico-oficial, es decir quienes ostentan puestos de confianza sin sujetarse frente a la Administración a una relación netamente funcionarial (num. 2.b). Asimismo, se incluye a quienes efectúan actividades que sirven a los objetivos de la Administración Pública de forma tal que la propiedad funcionarial guarda una especial vinculación con el tipo de actividad, cobrando relevancia los deberes que surgen del puesto concreto (num. 2.c). Finalmente, el num. (1).4 recoge el caso de los especialmente obligados por razón del servicio público, a quienes no considera titular de la función, pero les otorga relevancia penal por pertenecer generalmente a instituciones no estatales que al Estado le interesa controlar de algún modo, como determinadas asociaciones de beneficencia, fundaciones, etc. (Eser: 2001, § 11/17ss, 32, 21ss., 34ss.; Lenke: 2001, § 11/13-37).

Como puede observarse, el artículo 24.2° del Código Penal español solo recoge a los funcionarios públicos, no a posibles encargados de un servicio público como se aprecia en el Código Penal italiano o a personas especialmente obligadas como en el StGB, "sino únicamente a aquellos sujetos que participan en el ejercicio de la función pública en virtud de un título de incorporación determinado", por lo que en rigor es más estricto que las previsiones alemana e italiana, aunque si se toma en cuenta la amplitud de los títulos previstos en el artículo 24.2° del Código Penal hispano ("disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente"), esa distancia se acorta (Olaizola Nogales: 1999, pp. 148-149).

Dentro del contexto español, Valeije Álvarez (1997, p. 449) critica la tendencia jurisprudencial que renuncia al elemento subjetivo en la definición penal de funcionario y otorga relevancia plena al elemento objetivo vinculado al efectivo ejercicio de la función pública. Entiende que con ello, la noción se aborda mediante el mero reenvío al concepto de función pública, reduciéndose la interpretación a una tautología o simple intercambio de palabras. La autora considera además que entonces carecerían de sentido aquellas disposiciones, como las de cohecho pasivo de magistrado, arbitro, fiscal, perito (artículo 395° del Código Penal peruano), o secretario judicial (artículo 396°), en las que ya se define la específica función pública (Valeije Álvarez: 1997, p. 449).

Estas objeciones de orden formal, trasladables a casi todo ordenamiento en materia de delitos contra la Administración Pública, carecen de mayor relevancia si se otorga contenido material a la noción de "función pública", como lo hace la

misma autora citada, cuando tras constatar la ruptura de la tradicional ecuación entre actividad pública y Derecho Administrativo, en muchos como consecuencia de la llamada "huida del Derecho Administrativo", concluye que la función pública describe el conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directa o indirectamente o mediante actos de delegación (Valeije Álvarez: 1997, p. 498). De esa forma, pese al amplio abanico de técnicas organizativas mediante las cuales se prestan funciones públicas, identifica tres formas: "**a**) funciones desarrolladas por un organismo público de mano pública; **b**) funciones desarrolladas por particulares en virtud de un acto de delegación de la Administración Pública; **c**) funciones desarrolladas por organismos privados de mano pública" (Valeije Álvarez: 1997, p. 471).

En la misma dirección se incardina la definición de "función pública" como "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos", prevista en el artículo I párrafo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Antes bien, pese al desarrollo que pueda alcanzarse en torno al concepto de "función pública", lo que en todo caso permite superar interpretaciones tautológicas, la necesidad de exigir, además del ejercicio efectivo de dicha función, el elemento subjetivo o título como parte de la definición penal de funcionario pública, obedece, como no podía ser de otro modo, a razones de política criminal. La doctrina española considera que si la razón fundamental para castigar o castigar con mayor intensidad al funcionario radica en que este realiza actividades destinadas a servir a los intereses colectivos o generales de la sociedad, entonces la exigencia de que esa efectiva participación en la función pública opere en virtud de unos títulos de incorporación, se explica en la necesidad de proteger el "correcto ejercicio de esas funciones por parte de sujetos que de alguna manera se encuentran ligados a la Administración", pero también en el objetivo de evitar una ampliación excesiva de la tutela penal en este sector (Olaizola Nogales: 1999, p. 149).

§ 3. La interpretación del artículo 425° del Código Penal es compatible con la exigencia de los elementos objetivo y subjetivo en la concepción penal de funcionario público. En ese sentido se pronuncia, aunque al parecer excluye a los particulares que ejercen funciones públicas, la Ejecutoria Suprema de 8 de abril de 1998, Exp. N° 1556-98-Lima, según la cual "es funcionario o servidor público la persona que, jurídica, jerárquica o disciplinadamente se haya integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuere su régimen laboral (*elemento subjetivo*), siempre que este ente tenga funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de servicio público a la Nación (*elemento objetivo*)".

La norma peruana no establece en estricto una definición de funcionario público, sino un listado genérico de niveles de funcionarios y de servidores a efecto de imputar responsabilidad penal (Rojas Vargas: 2001, p. 34). La casuística que inspira los numerales 1 al 6 impide en ocasiones advertir la necesidad del efectivo ejercicio de la función pública, ello no acontece en la cláusula del numeral 3 referida a los particulares que asumen funciones públicas ("ejerce funciones"), pero sí en los restantes apartados en que el vínculo con la función pública deberá deducirse de los títulos correspondientes: pertenencia a la carrera administrativa (numeral 1) lo que en sí mismo conlleva ejercicio de la función, desempeño efectivo de cargos políticos o de confianza (numeral 2), del cargo de administrador o depositario (numeral 3), o de la fuerza pública (numeral 5).

Particularmente problemática es la cláusula abierta del numeral 7, habiéndose planteado incluso su eliminación (por parte de Peña Cabrera-Francia Arias: 1993, p. 33). Dado que al delegarse a la Constitución y la ley la ampliación del concepto penal de funcionario, podrían concebirse supuestos en los que por simple disposición normativa (título) se conceda dicha condición, sin necesidad del ejercicio efectivo de una función pública con la consiguiente ampliación de la injerencia penal, más allá de lo que requieren los bienes de la Administración Pública. Frente a ello no solo cabe oponer que el artículo 40° de la Carta Magna ya adopta un concepto restringido de funcionario, excluyendo expresamente por ejemplo a los trabajadores de empresas de Estado o de sociedades mixtas, con el consiguiente problema para la interpretación penal en el contexto del artículo 425.3° del Código Penal. Teniendo en cuenta la amplitud de los otros títulos detallados entre los numerales 1 y 6, se ha destacado también la necesidad de entender restringidamente la expresión "ley" del numeral 7, como ley en sentido estricto o formal, aunque se estima como no necesario que esta realice expresamente la asimilación extensiva, pudiendo derivarla a una norma reglamentaria.

En esa línea de ideas, la referencia a normas con rango de ley como posible cantera de la noción penal de funcionario da cabida a la vinculación de nuestro ordenamiento a la definición de "funcionario público" prevista en el artículo I párrafo 2 de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Este instrumento ha sido ratificado por el Estado peruano, constituye en virtud del artículo 55° de la Constitución una norma de Derecho interno que ostenta, cuando menos, rango de ley como se deduce del artículo 200.4° de la Ley Fundamental. La fuerza normativa de la Convención Interamericana contra la Corrupción es por ello indiscutible en nuestro ordenamiento, es una fuente de obligatoria observancia en la delimitación del concepto de funcionario o servidor público, y más aún atendiendo a la remisión a "la ley" que prevé el numeral 7 del artículo 425° del Código Penal.

Según el artículo I párrafo 2 de la Convención Interamericana contra la Corrupción se entiende por "funcionario público", "oficial gubernamental" o

"servidor público", "cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos". También para la Convención Interamericana contra la Corrupción es irrelevante la distinción entre funcionario y servidor público que nominativamente mantiene el artículo 425° del Código Penal, lo que no obsta para que ambas categorías adquieran distinta importancia a nivel administrativo (vid., Gálvez Villegas: 2001, pp. 27 ss., 37 ss.).

Esta definición acoge el requerimiento de título y de ejercicio efectivo de la función ("desempeñar actividades y funciones") como componentes del concepto de funcionario, condiciones que más allá de las particularidades del artículo 425° del Código Penal deben observarse rigurosamente en la interpretación y aplicación de los delitos contra la Administración Pública. Este recurso a la Convención Interamericana contra la Corrupción para la interpretación del artículo 425° es compatible con la reserva de ley. Si el concepto de funcionario es un elemento normativo en el terreno de los delitos contra la Administración Pública, su delimitación debe operar conforme a las normas pertinentes de todo el ordenamiento jurídico, incluyendo claro está el artículo I de la CICC. De ese modo, no estamos ante la aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional (artículo I de la CICC), sino de la concepción de un elemento técnico normativo conforme a las fuentes internacionales de obligatoria observancia en nuestro medio (Gálvez Villegas: 2001, p. 57).

§ 4. En cuanto a los títulos reconocidos en los numerales 1 al 5 del artículo 425° se ha advertido la conveniencia *de lege ferenda* de simplificar su contenido en una o dos reglas de carácter general e incorporar los designios de la CICC (Villavicencio Terreros: 2001ª, p. 16), aunque solo sea con el fin de alcanzar una mayor certeza de cara a la aplicación del concepto penal de funcionario.

Ahora bien, en la doctrina nacional se concibe el título básicamente dentro de los alcances del citado artículo 24.2° del Código Penal español. Así, Rojas Vargas entiende que el ingreso a la función pública puede producirse para efectos penales por: "(1) disposición legal, (2) elección popular y (3) nombramiento o delegación hecha por autoridad competente" (2001, pp. 35-36). Sin embargo, no es posible establecer una identidad entre estos títulos de la legislación española y los previstos en el Código Penal peruano.

Los casos de acceso "por mandato o disposición legal" ya han sido objeto de comentario a propósito del artículo 425.6° del Código Penal peruano, cabiendo resaltar en todo caso la mayor amplitud que adopta en el sistema español atendiendo a que su texto es muy lacónico, debiendo por ello admitirse la relevancia

de disposiciones de rango infra legal como la resolución u orden ministerial que implique "actos de nombramiento de funcionarios de carrera" (Valeije Álvarez: 1997, pp. 455 ss.; Olaizola Nogales: 1999, pp. 151-153). Con ello no solo queda clara la distinta relevancia de "la ley" en la definición penal de funcionario en ambas regulaciones, sino que conforme a la interpretación hispana cabría incardinar el supuesto del numeral 1 del artículo 425° de nuestro Código Penal, relativo a "Los que están comprendidos en la carrera administrativa", en los casos del numeral 6 ("los demás indicados [...] por la ley").

De otro lado, en la doctrina española el "nombramiento" debe derivar de una autoridad con atribución legal para crear la relación jurídica válida entre el nuevo funcionario y la Administración (Rodríguez Meza: 2000, pp. 216-217). Este título se ha relacionado por lo general con la designación del personal de confianza (Valeije Álvarez: 1997, pp. 457 ss.), es decir con algunos de los casos previstos en el artículo 425.2° ("Los que desempeñan cargos políticos o de confianza [...]"), relativos a funciones de naturaleza política (ministros de Estado, por ejemplo), administrativa o de gestión. Aquí la nota distintiva no es necesariamente la temporalidad, sino el margen de discrecionalidad para el nombramiento, como suelen permitir las Leyes Orgánicas de las entidades estatales o incluso simples Decretos Supremos o Resoluciones Ministeriales, pero también para el mantenimiento en el ejercicio de la función, el cual se halla condicionado a la existencia de esa "relación de confianza" que en muchos casos adquiere connotaciones personales o subjetivas (Gálvez Villegas: 2001, pp. 33-34).

Pero los casos de título para ejercer la función por "nombramiento" pueden en rigor extenderse también a determinados supuestos de los numerales 1 y 6 del artículo 425°. El numeral 1 incluye en la categoría penal de funcionario a quienes están "comprendidos en la carrera administrativa", expresión que debe delimitarse conforme al sentido del Derecho Administrativo ante la ausencia de mayores criterios de carácter propiamente penal. Esta regulación administrativa prevé la posibilidad de participar en la carrera administrativa mediante nombramientos, lo que también acontece en los supuestos del numeral 5 del artículo 425° del Código Penal ("miembro de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional"). En todo caso, el contenido de los numerales 1 y 5 implican una injustificada reiterancia, cuando menos frente a la amplitud del numeral 3 que considera funcionario para efectos penales a todo aquel que mantenga "vínculo laboral o contractual" con entidades u organismos del Estado y ejerce función pública.

El numeral 2 del artículo 425° del Código Penal también reconoce los casos de acceso a la función mediante el título de "elección", título que desde el punto de vista doctrinal consiste en un nombramiento por votos para el desempeño de un cargo o comisión vinculados a una representación política (Abanto Vásquez: 2001ª, p. 84). Aunque la norma nacional pudiera parecer amplia en el sentido de

considerar no solo la elección para cargos políticos sino también de confianza, es finalmente restrictiva porque señala que el cargo debe derivar de "elección popular", es decir del ejercicio del llamado "poder constituyente originario" o libertad política de sufragio que garantiza la Constitución (Olaizola Nogales: 1999, pp. 153-153, respecto del Código Penal español de 1932 que hasta la reforma de 1944 se refería a "elección popular"), por lo que se refiere únicamente a los casos de elección del Presidente de la República, congresistas, autoridades de los gobiernos locales y regionales, jueces de paz u otros casos previstos en la Carta Magna (Peña Cabrera-Francia Arias: 1993, p. 28).

No existe pues una correspondencia estricta entre los títulos reconocidos en el Código Penal peruano y los previstos en el ordenamiento español. Tampoco frente a los previstos en el párrafo 2 del artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que diferencia tanto a los funcionarios que desempeñan actividades o funciones "en nombre del Estado", es decir quienes forman parte de la burocracia estatal, de aquellos que las ejercen "al servicio del Estado" o sea desde fuera de dicho sistema. En cuanto al primer grupo de casos, se menciona al "funcionario o empleado del Estado o de sus entidades", supuesto que coincide principalmente con los casos de los numerales 1 y 5 del artículo 425° del Código Penal y parcialmente con la regulación del numeral 3. La Convención Interamericana contra la Corrupción también se refiere a los funcionarios "electos", con similar extensión a la prevista en el sistema español, dado que no se limita a la elección popular como el artículo 425.2° de nuestro Código Penal. Son igualmente relevantes para la Convención Interamericana contra la Corrupción los supuestos de "selección" y "designación", los que guardan una semejanza parcial con los casos de "nombramiento" del régimen hispano y que, según lo ya expuesto, pueden tener relevancia en el marco de los numerales 1, 2 y 5 del artículo 425° del Código Penal y en parte dentro de los alcances del numeral 3.

Con todo, sin perjuicio de reconocer *de lege lata* la vinculación a los preceptos del artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción según se ha argumentado, frente a la inconveniente casuística del Código Penal en esta materia deber adoptarse *de lege ferenda* una fórmula simplificada que evite reiterancias, acoja con más claridad la definición de funcionario de la Convención Interamericana contra la Corrupción y no persiga una innecesaria paridad con las fuentes españolas.

§ 5. En esa línea de ideas, debe tenerse en cuenta que la regulación nacional, a diferencia de la delimitación penal de funcionario del artículo 24.2° del Código Penal hispano, otorga expresa relevancia al particular que ejerce "funciones públicas". Así, conforme al numeral 3 del artículo 425° del Código Penal peruano se considera funcionario al particular que "mantiene vínculo (...) contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de

ello ejerce funciones". Como acota Gálvez Villegas, se trata de particulares que no se incorporan a la carrera administrativa, no por la naturaleza de la función sino por la de su contrato, y "participan del ejercicio de la función pública o en todo caso contribuyen a la realización de la misma, según desempeñen labores propias de los funcionarios o de los servidores públicos, por lo que quedan vinculados a la Administración Pública para efectos penales" (2001, p. 51). Un caso específico en que se recurre a esta regla es la extensión de la punición al contratista de una obra pública en el peculado de uso de bienes del Estado (artículo 388° párrafo 2).

Esta ampliación de la noción de funcionario a particulares que ejercen "función pública" coincide con el sentido del artículo I párrafo 2 de la Convención Interamericana contra la Corrupción y se asemeja, en el Derecho Comparado, a los casos del "encargado de un servicio público" del artículo 358° del Código Penal italiano (Benussi: 1998, pp. 41-47) o la extensión prevista en el § 11(1).2.c del StGB, según el cual se considera titular de la función (*amtsträger*) a quien "sea designado por una autoridad o para un puesto especial o que en sus desempeños reciba tareas de la Administración Pública" (Gribbohm: 1997, § 11/30ss.). En estos casos es evidente la presencia de título para el desarrollo de la actividad, pero suele cuestionarse si en estricto estamos ante el "ejercicio efectivo de una función pública", lo que bien puede superarse si se parte de un concepto amplio de "función pública" que tome en cuenta los fundamentos político criminales de la tutela penal de la Administración Pública. Es por ello que no son de recibo las tesis formal-objetiva (sometimiento de la actividad al régimen de Derecho Público), subjetiva o teleológica (la finalidad de los servicios prestados debe obedecer al interés público o general), ni las mixtas o eclécticas, como la defendida por Vives Antón y seguida por la doctrina mayoritaria, según la cual se añade a los requerimientos de las tesis formal y teleológica, un especial elemento subjetivo consistente en que los actos estén a cargo de un ente público (vid. la síntesis de Rodríguez Mesa: 2000, pp. 217-218; más ampliamente sobre estas posturas, vid. Olaizola Nogales: 1999, pp. 125-135, quien finalmente adopta una postura similar a la de Vives Antón).

En efecto, si lo esencial es la titularidad de la actividad o función –que es lo que da cabida a la posibilidad de afectar los bienes de la Administración–, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual esta se desempeñe (Valeije Álvarez: 1997, p. 473), entonces debe admitirse que ejecuta funciones públicas "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, solo corresponde a los poderes públicos" (Valeije Álvarez: 1997, p. 498). Dicho de otro modo, el reconocimiento de estos "supuestos intermedios" es necesario por razones de interés público si la intervención

del particular en actividades de la Administración Pública tiene capacidad lesiva (Abanto Vásquez: 2001ª, p. 86), pero además "se consigue establecer un criterio material de vinculación de todas las figuras de funcionarios respecto al bien jurídico protegido" (Rodríguez Mesa: 2000, p. 218; similar, Rebollo Vargas: 1996, p. 89).

Luego, como se advirtió antes citando también a Valeije Álvarez (1997), dentro del abanico de técnicas organizativas mediante las cuales se prestan funciones públicas no solo deben incardinarse las "funciones desarrolladas por un organismo público de mano pública", sino también las "funciones desarrolladas por particulares en virtud de un acto de delegación de la Administración Pública" y las "funciones desarrolladas por organismos privados de mano pública" (p. 471). Varios supuestos de estos dos últimos grupos de casos pueden considerarse dentro de los alcances del numeral 3 del artículo 425° del Código Penal, se reconoce como funcionario al particular que presta servicios sin estar sometido a la burocracia estatal y que ejerce funciones, como el caso del constructor de carreteras, el Profesor de Derecho que capacita a jueces o fiscales, pero no al concesionario del restaurante de un Ministerio. Es también funcionario según el artículo 425.3° el particular que ejerce funciones en las empresas públicas de Derecho Privado y sociedades de economía mixta, o sea los directores y administradores principalmente, aunque esta conclusión no siempre se ha aceptado en la jurisprudencia.

Dentro del numeral 3 no cabe incardinar a determinados particulares que ejercen funciones propias del Estado sin que ello enerve su relevancia en determinados tipos de la Parte Especial, es el caso de los árbitros que a pesar de asumir funciones de naturaleza jurisdiccional no mantienen vinculo laboral o contractual con el Estado. Pero pueden ser autores de colusión ilegal y patrocinio infiel (artículo 386°) o cohecho pasivo (artículo 395°), o ser sujetos sobre los que recae la acción en el cohecho activo (artículos 398° y 398-A°), lo que es conveniente porque a pesar de que en estricto carecen de título de incorporación ejercen funciones cuyo correcto ejercicio se desea de garantizar (Olaizola Nogales: 1999, pp. 141-142).

§ 6. En el ordenamiento peruano, como sucede en el Derecho Penal alemán a raíz del citado § 11(1).2.c del StGB, también revisten relevancia penal los particulares que cooperan en las tareas de la Administración Pública. Efectivamente, el numeral 4 del artículo 425° extiende la condición funcionarial, entre otros casos, al administrador o depositario de bienes de particulares "embargados o depositados por autoridad competente", lo que incluye títulos derivados de decisiones judiciales o administrativas, como sucede por ejemplo en los casos de administración de una empresa sujeta a la Ley de Reestructuración Patrimonial. Esta misma regla se utiliza de modo específico para ampliar la punición por peculado y malversación a los "administradores o depositarios de dinero o bienes

embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares" (artículo 392°).

Algo similar acontece en otras disposiciones de la Parte Especial que amplían la punición a particulares que colaboran con la Administración, como es el caso de los peritos y contadores, a los que en virtud del artículo 386° puede imponérseles las penas de la colusión ilegal (artículo 384°) o patrocinio infiel (artículo 385°). En otros casos se prevé tipos específicos de autoría de estos colaboradores, como se observa en el cohecho pasivo cometido por perito (artículo 395°). Se establecen asimismo delitos en los que la acción típica recae sobre el colaborador, es el caso de los tipos de cohecho activo de testigo, perito, traductor o intérprete (artículo 398°), y cohecho activo de abogado a un testigo, perito, traductor, intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional (artículo 398-A°, derogado por la Ley N° 28355, del 4 de octubre de 2004).

La admisión de estos casos debe ser excepcional, limitada a los supuestos expresamente tasados en la ley penal porque no existe una identidad conceptual con el ejercicio de la función pública, la participación de estos sujetos se halla entre dicho ejercicio y la simple colaboración en actividades funcionales de otros (Abanto Vásquez: 2001ª, p. 86). Se trata pues, como destaca Valeije Álvarez, de otorgar "cabida a supuestos intermedios en los que el interés público exige, por un lado, la incorporación de elementos profesionales con sus propias características (organización, competencia, iniciativa (...), etc.), pero de otro exige también su sometimiento a un orden general y al control penal cuando su actuación sea lesiva para aquel interés" (1997, p. 495).

Algo similar cabe decir frente a otras normas de la Parte Especial en las que la relación con la función pública es todavía más lejana, aunque la presencia de un interés público es indiscutible y justifica hasta cierto punto la injerencia penal del Estado, como se admite en el ordenamiento alemán a través del § 11(1).4 del StGB relativo al especialmente obligado por razón del servicio y que no es titular de la función pública (Lackner: 2001, § 11/13-17). En esa perspectiva cabe mencionar la extensión de la punición por colusión ilegal o patrocinio infiel prevista en el artículo 386° para los tutores, curadores y albaceas, respecto de los bienes de incapaces o testamentarías cuando tales títulos no derivan de un nombramiento oficial. Asimismo, la regla del artículo 392° que amplía la sanción por peculado o malversación a los que administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, y a las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodian dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Fuera de estos casos existen otros que deben entenderse restrictivamente, por ejemplo las cláusulas de interpretación analógica, como la referida a sujetos

similares a "miembro de un tribunal administrativo" (artículos 395°, 398° y 398-A°) o "quien desempeña cargo similar" al de auxiliar de justicia (artículo 396°), las cuales deben delimitarse bajo la exigencia de título para ejercer la función y efectivo ejercicio de la función pública, como ocurre con el estudiante de Derecho que labora como "secigrista" en el despacho de un juez proyectando sentencias.

Mayores problemas plantean disposiciones como la del artículo 388° párrafo 2, que extiende la pena del peculado de uso al empleado del contratista de una obra pública cuando los bienes son del Estado. Aquí ni siquiera es posible apreciar la presencia del algún título porque la relación de dependencia no se mantiene con el sector público sino con el contratista, menos aún puede hablarse del ejercicio de una función pública en ese marco de dependencia privada, con lo que se tiene una disposición vacía de contenido material en virtud de la cual se sustituye con una pena más grave la consecuencia de lo que podría significar un mero hurto de uso (artículo 187°) o falta contra el patrimonio si el valor de los bienes no supera la 4 remuneraciones mínimas vitales (artículo 444° párrafo 1 del Código Penal) y se acepta una analogía *in bonam parte*, no prohibida por el artículo III, en el sentido de admitir la falta derivada del hurto de uso (artículo 187°) porque es menos grave (es decir bajo el argumento "*a fortiori*" o con mayor razón) que la derivada de un hurto simple (artículo 185°).

§ 7. En cuanto a la jurisprudencia, bajo la vigencia del artículo 361-B° el desarrollo en torno al concepto de funcionario fue escaso, limitándose las decisiones judiciales a reproducir el texto de la norma, como se observa en la sentencia de 23 de julio de 1986 del 13° Tribunal Correccional de Lima, Exp. N° 36-86 (que luego se denominaría Sala Penal Superior), que calificaba como funcionario al administrador interino del Centro Cívico y Comercial de Lima por hallarse comprendido en la carrera administrativa.

Sin embargo, aunque el artículo 425° del Código Penal dispensa criterios para delimitar la noción penal de funcionario público ("*se consideran* funcionarios o servidores públicos"), la doctrina y la jurisprudencia nacional no siempre han aceptado la supremacía de esta determinación penal, recurriéndose a criterios constitucionales y administrativos. Se olvida pues que esta disposición "no es una norma en cuanto interpreta, sino en cuanto impone una interpretación única entre todas las que son admisibles" (Valeije Álvarez: 1997, p. 445), sin que por ello deba excluirse el recurso a la regulación extrapenal como fuente complementaria de interpretación de los elementos que componen la definición penal de funcionario, como ya se ha sustentado. De modo semejante, la ejecutoria suprema de 10 de setiembre de 1997 (Exp. N° 5823-96-Lima), en una causa vinculada a funcionarios de la Caja Municipal de Crédito Popular de Lima, empresa pública de régimen privado.

Pues bien, una muestra de las consecuencias de este problema radica en la interpretación del numeral 3 del artículo 425. Pese a que originalmente consideraba como funcionarios a "Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado", la ejecutoria suprema de 12 de agosto de 1994 (Exp. N° 1688-94-Lima), consideró injustificadamente que esta norma había sido derogada por el párrafo 2 del artículo 40 de la Constitución de 1993, según el cual: "No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta", por lo que negó la condición de funcionario del miembro del Comité de Administración del Fondo de Consolidación Minera (FOCOMI), designado como tal en tanto funcionario del Banco de la Nación. Por su parte, la ejecutoria de 12 de diciembre de 1996 (Exp. N° 710-95-B-Ica), se pronunció en igual sentido negando la calidad de funcionario del servidor de la Empresa Comercializadora de Alimentos S.A. Del mismo modo, en otro caso relativo al Banco de la Nación, se pronunció la ejecutoria suprema de 27 de abril de 1995 (Consulta N° 286-94-Lima).

Esta línea de interpretación fue amparada por un sector de la doctrina (Peña Cabrera-Francia Arias: 1993, p. 31) y reforzada con la reforma del numeral 3 (operada mediante la Ley N° 26713, del 27 de diciembre de 1996), que introdujo una cláusula poco clara a fin de considerar funcionario a "todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos". De esta forma, la ejecutoria suprema de 3 de abril de 1998 (R.N. N° 6314-97-Lima), entendió que no era funcionario el Presidente del Directorio de la empresa estatal Cementos Yura S.A. porque "al promulgarse la Ley veintiséis mil setecientos trece, modificatoria del artículo cuatrocientos veinticinco del Código acotado, por desarrollo constitucional se excluye de los alcances de dicho dispositivo a los ejecutivos y/o trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta; que, el citado precepto constitucional establece que los ejecutivos y los trabajadores de las empresas del Estado o de Sociedades de Economía Mixta no ejercen función pública, teniendo en cuenta el régimen estrictamente empresarial de dichas sociedades, reguladas dentro del ámbito de las personas jurídicas de Derecho Privado y que en consecuencia se encuentran desprendidas del "*ius imperium*" propio de las entidades estatales".

Sin embargo, la propia Corte Suprema ha defendido la línea contraria mediante la ejecutoria de 27 de noviembre de 1997 (Sala C, Exp. N° 4874-96-Lima), la cual señala correctamente que el artículo 40° de la Carta Magna rige para los beneficios sociales y no para la determinación de los funcionarios públicos que incurren en responsabilidad penal. Con mayor claridad se expresa la ejecutoria de 14 de abril de 1998 (Sala C, Exp. N° 5522-98-Lima), adoptada por la mínima

mayoría, según la cual el artículo 40° rige únicamente para efectos laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad penal de quienes manejan fondos públicos, pues sostener lo contrario sería propiciar la impunidad de los innumerables ilícitos penales que a diario se cometen en el manejo de fondos públicos, a través de las diversas empresas creadas por el Estado en el ejercicio de su gestión económica, interpretación que concuerda con la exposición de motivos de la citada norma constitucional pues lo que se pretendió evitar es que muchos trabajadores se acojan indebidamente a los alcances del Decreto Ley N° 25030 que regula la llamada "cédula viva".

Esta contradicción jurisprudencial fue advertida en su momento por los magistrados, habiéndose adoptado en el Pleno Jurisdiccional Penal celebrado en Arequipa en diciembre de 1997, por mayoría absoluta de 31 contra 23, el Acuerdo N° 4-97 según el cual se declara "que la prohibición contenida en el artículo 40° de la Constitución Política del Estado tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del Derecho Administrativo y Previsional" (Prado Saldarriaga: 1999, p. 469), bajo el considerando que: "La relación de personas que pueden ser responsabilizadas por delitos contra la Administración resulta de una decisión legislativa adoptada en atención a los principios de legalidad y lesividad, entre otros. Ella no puede verse limitada por más límites que los que corresponden a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por mandato de la Constitución" (Prado Saldarriaga: 1999, pp. 468-469).

En todo caso, debe tenerse en cuenta, como ya se dijo, que la actual redacción del artículo 425.3° permite otorgar la condición de funcionario público a quien efectivamente ejerce funciones públicas dentro de una empresa mixta (Abanto Vásquez: 2001, pp. 32, 34). A ello contribuye que en el propio debate parlamentario, relativo a la aprobación de la Ley N° 26713 que modificó el citado numeral 3, se señaló que "si bien la modificación efectuada mediante la citada norma legal se enmarca dentro de lo previsto por el artículo 40° de la Constitución Política del Estado en cuanto no considera dentro de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado, no es menos cierto que para efectos de la ley penal (...), dichos trabajadores continúan siendo pasibles de incurrir en responsabilidad penal" (Contraloría General de la República: 1997, p. 17). A partir de estas ideas, la Contraloría General de la República ha llegado a la conclusión de que "el Congreso de la República se ha pronunciado interpretando los alcances del artículo 40° de la Constitución Política en el sentido de que no implica asumir que los directivos, funcionarios y servidores de las empresas del Estado comprendidos en la Ley del Sistema Nacional de Control, están excluidos del régimen de responsabilidad penal previsto para funcionarios y servidores públicos; y, por ende, que la intención legislativa es que el nuevo texto introducido por la Ley N° 26713 engloba, entre otros, a funcionarios y servidores públicos" (1997, p. 17).

Por lo demás, esta conclusión está reforzada por el concepto de funcionario público del artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el cual comprende a "cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades", lo que incluye a los trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta (Villavicencio Terreros: 2001ª, p. 15). Atendiendo a estos argumentos debe darse crédito al sentido corrector de la Ejecutoria Suprema de 12 de junio de 1998 (Primera Sala Penal Transitoria, Exp. N° 154-97-Lima), para la cual si bien es cierto que anteriores resoluciones judiciales consideraron que con la vigencia del artículo 40° de la Constitución se derogó el numeral 3 del artículo 425° del Código Penal, "un examen minucioso de aquella disposición, nos hace llegar a la conclusión de que la dación del mencionado articulado constitucional obedeció a que los trabajadores del Estado regidos por la Ley N° 4916, desde el punto de vista laboral, no sean amparados por la Ley N° 20530, la misma que está referida a los servidores públicos que cumplen ciertos requisitos para la obtención de la denominada "cédula viva"".

2. El Estado como sujeto pasivo

Se acepta en general que el Estado, en tanto titular de los bienes afectados a través de los delitos contra la Administración Pública, es el sujeto pasivo del delito de enriquecimiento ilícito (Zarazo Oviedo: 1998, p. 53; Rojas Vargas: 2001, p. 465; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 242; Prado Saldarriaga: 1996, p. 290). Se ha sostenido que el particular es sujeto pasivo secundario si otorga una ventaja privada (Bramont Arias: 1990, p. 78; Gálvez Villegas: 2001, p. 153; Cancino Moreno-Toscano de Sánchez: 1986, p. 23), ello no debe admitirse porque de comprobarse tal entrega el particular podría ser autor o partícipe de otro delito contra la Administración Pública (cohecho activo o pasivo), en cuyo caso no podrá recurrirse al tipo subsidiario de enriquecimiento indebido. El particular también podría ser víctima de algún delito patrimonial cuando otorga ventaja (Gálvez Villegas: 2001, p. 153), pero de ello no se deriva que ostente la titularidad del objeto tutelado en el enriquecimiento ilícito. Zarazo Oviedo (1998, p. 53) propone que en estos casos se considere al particular solo como "perjudicado", otorgándosele capacidad para reclamar un resarcimiento. De igual modo, se pronuncian Ángeles Gonzáles-Frisancho Aparicio (1998, p. 3282) y Frisancho Aparicio-Peña Cabrera Freyre (1999, p. 354).

3. La ilicitud de la conducta funcional ("por razón del cargo") como atributo del comportamiento penalmente relevante

§ 1. Se ha señalado en la doctrina peruana, como se advirtió con anterioridad, que lo ilícito del enriquecimiento estriba en la "no justificación" del incremento

patrimonial por parte del funcionario, lo que ha conducido en muchos casos a admitir con cierto pacifismo una verdadera "inversión de la carga de la prueba", no admitida en la doctrina del Derecho Comparado (Camargo: 1996, pp. 7-9) o una presunción *iuris tantum* de comisión de delito (Abanto Vásquez: 2001, pp. 476-477, 480-483, 486-487, pese a formular objeciones, la admite; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 243; Rojas Vargas: 2001, p. 468; Prado Saldarriaga: 1996, p. 291; Bramont Arias: 1990, p. 79). Más allá de la discusión formal acerca de si la redacción del tipo permite fundamentar tal obligación, ya que esta no viene impuesta por la legislación administrativa ni por la Constitución, con ello se institucionalizaría no solo una violación de la presunción de inocencia o un traslado de la carga de la prueba al imputado, sino además una grave violación del *nemo tenetur* según se ha visto.

La garantía de no autoincriminación impide concebir que el ilícito penal se realiza cuando el funcionario requerido renuncia a la "obligación de defenderse", o no la satisface plenamente porque no logra justificar el origen lícito de su "mayor riqueza". Lejos de ello, debe entenderse que la norma penal reprime el enriquecimiento ilícito, dentro de los márgenes de delimitación derivados de la expresión "por razón de su cargo", y "no el incremento patrimonial no justificado" (Francia Arias-Peña Cabrera Freyre: 1999, p. 48).

§ 2. También se ha sostenido en nuestro medio que la ilicitud prevista en el tipo constituye un atributo del enriquecimiento (Rojas Vargas: 2001, p. 468: "Interesa tan solo la ilicitud del resultado "enriquecimiento""). Ello no debe admitirse, el enriquecimiento describe *per se* un mero estado patrimonial, no una conducta respecto de la cual pueda predicarse su ilicitud. Al Derecho Penal no le interesa la evitación de resultados sino de determinados comportamientos (función de determinación) que lesionan o ponen en riesgo los bienes de la Administración (función de desvaloración), lo que no puede perseguirse mediante la prohibición de resultados o estado de cosas, sino de conductas. Por ello, en el artículo 401° la "ilicitud" no puede ser sino un atributo de la conducta del funcionario que describe un elemento de valoración global.

Pero dada la escueta redacción de la norma, se ha puesto en tela de juicio si puede identificarse un comportamiento por parte del sujeto activo o si por el contrario nos hallamos frente a una figura que se limita a describir un estado o consecuencia determinada. Frente a ello, Gálvez Villegas precisa que es posible identificar en el tipo penal una conducta o acción típica, la misma que está determinada por el verbo rector "enriquecerse", considera que: "Si hablamos de la acción de enriquecerse, estamos haciendo referencia a una conducta del sujeto, y no al resultado o consecuencia de esa conducta que vendría a ser el estado de enriquecimiento producido, o estado posterior surgido a raíz de la realización de la conducta típica" (2001, p. 122). Así, el enriquecimiento, en tanto incremento real del

patrimonio económico, podría concretarse a través de un acto comisivo, mediante una conducta positiva o activa, o mediante una omisión, esto es, cuando el sujeto del enriquecimiento no realiza concretamente algún acto para incrementar su patrimonio, aunque permite que esto se produzca (Gálvez Villegas: 2001, p. 125).

Debe entenderse entonces que el núcleo del injusto del enriquecimiento indebido, especialmente porque se erige como una infracción de peligro abstracto, radica en lo que "clásicamente" ha venido a denominarse disvalor de acción, es decir en la conducta ilícita del funcionario, en virtud de la cual se sirve del cargo para obtener un incremento patrimonial.

4. La infracción del deber vinculado al cargo como fundamento de la autoría

§ 1. La reforma penal de 1981 introdujo el enriquecimiento indebido en el artículo 361-A° del Código Penal de 1924, dentro de la Sección Décima Cuarta de "Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales". De esta ubicación sistemática podía deducirse el argumento para entender este y otros ilícitos como el peculado, el cohecho o la malversación, como delitos consistentes en la infracción de deber (*pflichtdelikten*), en apariencia el legislador radicaba la antijuricidad en la violación de las obligaciones propias de la función antes que en la efectiva lesión o puesta en riesgo de los bienes de la Administración Pública.

Independientemente de la valía de esta interpretación formal, la actual ubicación del artículo 401° en el Título XVIII de "Delitos contra la Administración Pública" y en el Capítulo II de "Delitos cometidos por funcionarios", impide deducir que desde el punto de vista sistemático se apuesta por una fórmula de delito de infracción de deber. La actual configuración de este grupo de delitos es más satisfactoria, el punto de partida para definir el contenido del injusto no es el del sujeto activo, "sino la consideración del bien jurídico como la función de prestación o servicio a los ciudadanos de la Administración de acuerdo con los principios de objetividad, eficacia y satisfacción de los intereses generales" (en tono crítico, Demetrio Crespo: 2000, p. 70).

Pero como precisa Gálvez Villegas, "no puede sostenerse que ante el incremento patrimonial del funcionario o servidor público, determinemos la tipicidad sin haber establecido (...) que dicho incremento ha sido ilícito, al haber utilizado el funcionario o servidor su cargo para lucrar indebidamente y a costa de la funcionalidad de la Administración Pública" (2001, p. 152). Por ello la interpretación del artículo 401 del Código Penal no puede excluirse de la discusión relativa a los delitos de infracción de deber, su configuración como delito de peligrosidad

abstracta o *ex ante* del comportamiento, y el recurso a la expresión "por razón del cargo", deja abierta la cuestión sobre la relevancia de la infracción de los deberes frente a la Administración Pública del funcionario que se enriquece, así como el régimen de la participación delictiva dentro de ese marco normativo.

§ 2. El desarrollo dogmático de los *pflichtdelikten* o delitos de infracción de deber se debe principalmente a Roxin (2000, pp. 385 ss.), desde su punto de vista estos ilícitos corresponden a los clásicamente denominados delitos especiales, en los que solo puede ser autor quien reúne una determinada cualidad que se concreta en una posición de deber extrapenal convertido en elemento del tipo (Roxin: 1997, p. 338). A diferencia de los delitos de dominio (*herrschaftsdelikte*), donde el factor central de la imputación de la autoría radica en el dominio del hecho, en los delitos de infracción de deber la autoría se fundamenta en la simple violación del mandato extra penal, lo que conduce a una serie de consecuencias en el terreno de la participación delictiva que no siempre han sido admitidas por la propia doctrina alemana (críticamente, Jescheck: 1993, p. 593, nota 30; Maurach-Gössel-Zipf: 1995, p. 119). Entonces, conforme a la configuración de los injustos típicos, el criterio delimitador de la autoría puede darse en unos casos por la posesión del dominio del hecho (*herrschaftsdelikte*), y en otros por la mera titularidad de un deber extrapenal (*pflichtdelikte*) (Pizarro Beleza: 1995, p. 340).

Es en ese sentido que el enriquecimiento ilícito se erige como delito de infracción de deber (Gálvez Villegas: 2001, pp. 173 ss.), no tanto por su calificación formal como delito especial propio que solo puede ser cometido por quien es funcionario, como por la vinculación de este a una serie de deberes no penales que fluyen de la regulación constitucional y administrativa principalmente, conforme a los cuales no está jurídicamente permitido que el funcionario se sirva del cargo para enriquecerse más allá de lo que su retribución pública o actividades permitidas en el sector privado le reditúen. No es relevante, por ello, la discusión en torno a si la determinación del deber infringido reposa en el marco extrapenal, en lineamientos propiamente penales según las situaciones de hecho y el fin de protección de la norma (perspectiva fáctica), o en criterios diferenciados que combinen ambas perspectivas –regulación extrapenal y por defecto criterios fácticos de ordenación– en concordancia con el principio de legalidad, como parece más conveniente tomando en consideración que no siempre existe un precepto penal para definir con exactitud el deber que fundamenta el injusto penal.

Así, se considera que el enriquecimiento es ilícito porque infringe normas concretas del ordenamiento jurídico en general (Ángeles Gonzáles: 1998, p. 3284; Frisancho Ángeles-Peña Cabrera Freyre: 1999, p. 356), aquellas relacionadas con los deberes, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos (Gálvez Villegas: 2001, p. 151).

Estos planteamientos pueden reforzarse mediante el análisis funcional, a través del cual se arriba a una fundamentación de los delitos de infracción de deber no ajena a críticas pero que marca un derrotero importante para el desarrollo de nuevos criterios de imputación en este ámbito. A juicio de Jakobs, los delitos de dominio se limitan a aquellos en los que la relación con el afectado se limita a que la propia organización no sea dañosa, se definen únicamente de modo negativo como un simple mandato general al ciudadano de no lesionar, la imputación opera en virtud de la ampliación del propio ámbito organizativo, es decir la creación o aumento de un riesgo no permitido (Jakobs: 1997, pp. 266, 791). En cambio, los delitos de infracción de deber se fundan en una relación positiva entre el autor y el bien, a través de un *status* del autor respecto del bien, *status* vinculado a contextos regulados, es decir a instituciones, preformados y a lo sumo disponibles dentro de límites muy reducidos, como acontece justamente en los delitos de funcionario público. Aquí la responsabilidad o incumbencia del autor no se define por su ámbito de organización, sino a través del *status* que fundamenta un deber especial estricto, de cuidado de un bien, cuidado especial, solidario e institucionalmente asegurado (Jakobs: 1997, pp. 266-267, 791-792). Entonces, el grado de responsabilidad es más extenso, se ha de tutelar el bien no solo del desarrollo de la propia esfera de organización originaria o asumida, sino sobre todo de las derivadas de otras fuentes o de terceros (García Cavero: 1999ª, 43).

Visto de esta forma y en relación con lo ya expuesto, puede entenderse que la especial posición o *status* del funcionario, determina una serie de deberes de conservación de determinados estándares mínimos para el funcionamiento de la Administración Pública, entre ellos la imparcialidad, la eficacia, la defensa del interés general, entre otros. Sin embargo, debe quedar claro que, en el específico caso del enriquecimiento ilícito, no existe una prohibición previa y general de enriquecerse que vincule al funcionario, de manera tal que el núcleo del injusto no puede depender del simple acaecimiento del resultado de incremento patrimonial sino en lo que está detrás del mismo, es decir en la violación o infracción de estos especiales deberes o deberes institucionales. Así lo exige el tipo penal cuando sanciona el enriquecimiento "por razón del cargo".

§ 3. Esta línea de razonamiento no se ve afectada por la importante discusión en torno a si debe admitirse la equiparación entre delitos especiales e ilícitos de infracción de deber, toda vez que reina acuerdo en torno al carácter especial y de infracción de deber de los delitos de funcionario público. Se cuestiona dicha equiparación porque puede constatarse la presencia de delitos de dominio calificados o especiales, así como delitos de infracción de deber comunes o comisibles por cualquiera. La ausencia de identidad entre delito común y de dominio, y entre los de infracción de deber y los especiales, es más que una cuestión nominal, mientras la dualidad delito común/delito especial es básicamente formal, en razón de

si el tipo exige o no una cualidad especial y en función de ello un especial deber, la dicotomía delito de dominio/delito de infracción de deber obedece a la necesidad de contar con distintos criterios de imputación de responsabilidad frente a dos modos también diferentes de defraudación de expectativas (García Cavero: 1999ª, pp. 42-43).

Así, mientras en los delitos de dominio el criterio de imputación se cifra en el dominio del riesgo para la esfera de organización de un tercero, en los ilícitos de infracción de deber no se defrauda la expectativa mediante la creación de un riesgo prohibido sino a través de la violación del deber institucional. Ello conlleva a aceptar la incorporación de determinados delitos especiales en la categoría de delitos de dominio, aquellos donde la norma no se refiere a roles especiales sino a una posición particularizada del rol general del ciudadano; así, el círculo de autores se reduce a sujetos en situación de mayor proximidad frente al objeto tutelado y lo determinante en orden a la imputación no es la existencia de una vinculación de esferas, sino la creación de riesgos desaprobados que emanan del propio ámbito organizativo, como se observa por ejemplo en los casos de "actuación en lugar de otro" (García Cavero: 1999ª, pp. 39-40) que regula el artículo 27° del Código Penal. En esa misma perspectiva de análisis deberá reconocerse la existencia determinados delitos comunes de infracción de deber, como acontece en la omisión del deber de socorro (artículo 127° del Código Penal) fundada en un deber institucional de solidaridad común a todos los ciudadanos (García Cavero: 1999ª, p. 42).

§ 4. La consideración del enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber tampoco se ve afectada por las comunes críticas de la doctrina hispana contra este grupo delitos, sobre todo por su posible distanciamiento del principio de lesividad. Se ha sostenido en esa perspectiva que la admisión de injustos fundados en la infracción de deberes extrapenales conduciría a manifestaciones de un Derecho Penal autoritario ya superadas, a través de la cuales se criminalizarían simples infracciones administrativas o, pero aún, meros actos de infidelidad, deslealtad o traición al Estado (Demetrio Crespo: 2000, p. 69; García Arán: 1990, p. 37; Morillas Cueva-Portilla Contreras: 1994, p. 180; Ramos Tapia: 2000, pp. 95-99), como era común en las antiguas construcciones propias de las llamadas "infracciones subjetivas del deber" o "delitos en el cargo" del Derecho Penal alemán (Wagner: 1975, p. 28; Marxen: 1975, *passim*).

Estas apreciaciones deben sin embargo matizarse, como bien expone Ramos Tapia la calificación autoritaria "deriva no del hecho en sí de fundamentar el ilícito en la infracción de un deber, sino de que se haga derivar ese deber de una relación de fidelidad al Estado. Pero, si la tutela penal del cumplimiento del deber no se basa en la relación funcionarial con el Estado, sino que el deber se selecciona como objeto de protección, en cuanto resulta esencial para la institución en la que se

inserta o garantiza el funcionario y de la que depende la satisfacción de derechos esenciales de los ciudadanos en un Estado de Derecho, entonces, la infracción del deber no implica en modo alguno una visión totalitaria del Estado" (Ramos Tapia: 2000, p. 97).

Dicho de otro modo, no existe una relación de exclusión "ontológica" entre delito de infracción de deber y un Derecho Penal de la lesividad, y así lo advirtió en su día Roxin para quien el fundamento de tales delitos sigue siendo la tutela de bienes jurídicos y no la mera infracción del deber extrapenal, lo que es distinto a considerar que la infracción de dicho deber sea el criterio de determinación de la autoría. Así lo pone de relieve cuando analiza el delito de tortura (§ 343 StGB), ámbito en el que indiscutiblemente estamos en presencia de un bien jurídico fundamental y no ante una infracción formal. Ello, sin embargo, no enerva la necesidad de oponerse cuando corresponda a aquellos delitos que consistan en la infracción de un deber extrapenal, sin más, pues toda crítica por ausencia de justificación "en términos del carácter subsidiario del Derecho Penal, continúa siendo válida" (Pizarro Beleza: 1995, pp. 342-343).

No es este el caso del tipo de enriquecimiento ilícito, su propia configuración como delito de peligro abstracto trae consigo la necesidad de vincularlo a una exigencia de efectiva peligrosidad *ex ante*, la cual reposa precisamente en la vinculación típica del enriquecimiento con el ejercicio del cargo. Queda claro entonces que la relevancia de los deberes funcionales previstos fuera del Derecho Penal cumple una importancia indiscutible para la organización y funcionalidad de la Administración Pública. Como ha precisado Bacigalupo, "la legalidad de la actividad administrativa y el correcto ejercicio de la potestad administrativa dependen de su ejercicio en forma adecuada a los deberes del funcionario", pero de ello no cabe deducir que "la infracción del bien jurídico se producirá cada vez que el funcionario infrinja uno de tales deberes" (1983, p. 1099; similar, De la Mata Barranco-Etxebarria: 1995, p. 75).

5. El criterio de imputación "por razón del cargo"

§ 1. El enriquecimiento ilícito no puede entenderse como un tipo de Derecho Penal de autor, la prohibición penal no se erige contra el funcionario público por el simple hecho de ostentar esa cualidad, sino por su posición de custodia frente a los bienes de la Administración Pública, por el especial deber derivado de la función. El artículo 401° del Código Penal expresa ese reproche a través de la expresión "por razón del cargo", estableciendo con ello el criterio central de la imputación penal, en el sentido de que el incremento patrimonial debe derivar del ejercicio efectivo de la función (Díaz Aranda: 1999, pp. 122-123), siendo insuficiente para

la tipicidad que ese mero resultado se alcance al tiempo del cargo si además no se cuenta con un criterio claro de atribución al desempeño del mismo.

Desde el punto de vista formal, el Código Penal utiliza distintas expresiones en la determinación del criterio de imputación de responsabilidad al funcionario. Así, el rótulo del Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial se refiere genéricamente a los "Delitos cometidos por funcionarios públicos", la agravante del artículo 46-A° señala a quien "*se aprovecha de su condición de (...) autoridad, funcionario o servidor público*", el tipo de patrocinio ilegal indica a quien "*valiéndose de su calidad* de funcionario o servidor público" (artículo 385°), en el cohecho pasivo propio se precisa "en *violación de sus obligaciones* (...) haber *faltado a sus deberes*" (artículo 393°) y en el cohecho pasivo se menciona el "*acto propio del cargo, sin faltar a su obligación*" (artículo 394°), la expresión "*abusando de su cargo*" se usa en los tipos de concusión y exacción ilegal (artículos 382° y 383°), mientras que la elocución que nos interesa, "*por razón de su cargo*", se aprecia en las figuras típicas de colusión ilegal, peculado, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito (artículos 384°, 387°, 397° y 401°).

Desde el punto de vista gramatical estas expresiones pueden implicar una mayor o menor extensión de la punibilidad, dependiendo de las posibilidades de actuación funcional o situaciones conexas, reconocidas por la norma. En ese sentido, contemplan mayores casos las elocuciones "se aprovecha de su condición de funcionario" o "abusando de su cargo" frente a la expresión "acto propio del cargo", mientras las dos primeras se refieren a cualquier posibilidad de actuación funcional, incluso aquellas alejadas del propio ámbito de competencias del funcionario, la última parece limitarse solo a dicha esfera de actuación. Pero en todo caso, más allá de estos aspectos literales, los límites de la relación funcional con el injusto típico dependerá finalmente de la propia estructura del tipo y de su concreta función protectora de los bienes de la Administración, lo que según el caso implicará una mayor o menor intensidad de la relación entre el comportamiento típico y el ejercicio funcional.

§ 2. La delimitación de la expresión "por razón de su cargo" del artículo 401° de nuestro Código Penal debe efectuarse con un criterio amplio y restringido a la vez, extenso en el sentido de tomar en cuenta aquellas situaciones no previstas en otros tipos del Código Penal dado el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito, y restringido en orden a descartar la relevancia penal de aquellas conductas totalmente desvinculadas del cargo, es decir cuando el funcionario actúa como un particular.

En la doctrina y en la jurisprudencia alemanas se ha desarrollado el contenido de las expresiones *diensthandlung* o *dienstausübung*, o acto relativo al ejercicio del cargo del funcionario, usadas en el § 331 del StGB de "aceptación de

ventajas", antes y luego de la Reforma mediante la Ley de lucha contra la corrupción de 13 de agosto de 1997, respectivamente. Para la jurisprudencia alemana es suficiente que el acto no se halle en una relación excepcional con el funcionario ni esté completamente al margen del ámbito de sus objetivos, siendo necesario que la ejecución del acto pueda realizarse por su posición oficial. De modo similar, la doctrina dominante considera necesaria una relación funcional o material entre el funcionario y el acto, así el acto oficial debe corresponder al ámbito de las actividades del funcionario en el sentido de que solo puede efectuarlo él como potador de una capacidad funcional, sin requerirse que el acto corresponda a sus competencias concretas conforme al reparto específico interno o que se desarrolle dentro del lugar de trabajo y en horas de servicio. De este modo, no es acto oficial los que se hallen totalmente fuera del ámbito de las funciones del concreto funcionario, ni las que efectúe como particular, aunque se sirva de los conocimientos especiales o las ventajas que su condición de funcionario le otorgan (Cramer: 2001, § 331/7-10; Tröndle-Fischer: 2001, § 331/6-10; Kühl: 2001, § 331/10a-11; Jescheck: 1997, § 331/11-14).

En la doctrina italiana y española se han alcanzado resultados semejantes, aunque con distintos matices. En Italia la doctrina y la jurisprudencia son más estrictas al interpretar por ejemplo el artículo 318° del Código Penal que tipifica la corrupción impropia relativa al "acto de su oficio". Así, se diferencia entre incompetencia absoluta y relativa, en el primer caso no puede hablarse de ejercicio funcional porque entonces el funcionario prácticamente se desenvuelve como un particular (Segreto-De Luca: 1999, p. 315), mientras que en los supuestos de incompetencia relativa se distingue entre incompetencia genérica, que acontece si el funcionario realiza un acto que compete a un órgano distinto al que integra, e incompetencia específica donde este aún realiza actos propios del poder del órgano, ente o ramo de la Administración que pertenece. Frente a estas posibilidades se estima que el acto de oficio a que se refiere el artículo 318° está presente si el agente realiza un acto estricto de su competencia y, solo por excepción, en los supuestos de incompetencia específica (Segreto-De Luca: 1999, pp. 313-314). Sin embargo, en la interpretación del tipo de peculado del artículo 314° que, de modo similar al artículo 401° del Código Penal peruano, utiliza la expresión "por razón de su oficio o servicio", la doctrina y la jurisprudencia italiana reconocen la necesidad de una interpretación amplia, admitiéndose dentro de su ámbito, inclusive, aquellas conductas realizadas "con ocasión" del ejercicio del cargo (Benussi: 1998, p. 65), es decir sin necesidad de una competencia funcional estricta (Lattanzi-Lupo: 2000, p. 12), pudiendo pues admitirse todos los casos de incompetencia relativa, específica y genérica (Segreto-De Luca: 1999, pp. 102-106).

Pues bien, la generalidad de la elocución acto relativo al "*ejercicio de su cargo*" prevista en los tipos de cohecho de los artículos 419° y 420° del Código

Penal español de 1995, ha permitido una interpretación amplia dentro de la jurisprudencia y la doctrina. Si bien no se admiten los simples actos "con ocasión del ejercicio del cargo", la exigencia típica tampoco radica en que los actos sean "inherentes al cargo", de allí que en una lógica intermedia se abarcar toda conducta de carácter formal o material que el funcionario pueda realizar en el ejercicio de sus tareas, extendiéndose tanto a los actos jurídicos como a todas las actividades materiales y técnicas que realiza el funcionario y que no significan la modificación de situaciones jurídicas específicas vinculadas a su sola emanación (Valeije Álvarez: 1995, pp. 195, 197, 201). De ello se deduce que no es imprescindible que el funcionario sea competente específicamente para realizar la actividad, únicamente se requiere que el acto no resulte completamente ajeno al ámbito de atribuciones del funcionario o que, cuando menos, la acción presente una relación directa con el círculo de competencias del funcionario o de la oficina o entidad donde este presta sus servicios (Rodríguez Puerta: 1999, p. 205; Valeije Álvarez: 1995, p. 198).

Así, se tiene por suficiente que el funcionario se halle dentro de sus competencias genéricas, es decir en relación con el desempeño de su función aunque no corresponda a su específica competencia dentro del reparto interno de funciones de la Administración, con lo que se asume una interpretación similar a la italiana, pero también cercana a la alemana porque, dicho de otra forma, ha de exigirse una relación funcional entre el acto y el desempeño de la función (Olaizola Nogales: 1999, pp. 272-273; De la Mata Barranco-Etxebarria: 1995, p. 77). En todo caso, no se trata de cualquier posibilidad fáctica, que también podría poseer el particular, sino de aquellas que pese a significar una extralimitación de sus tareas, son proporcionadas por el cumplimiento normal de sus obligaciones legales (Valeije Álvarez: 1995, pp. 198-199).

A juicio de Olaizola Nogales esta conclusión cobra fuerza desde la perspectiva del bien jurídico, no existe necesidad de un acto propio de la función, no solo porque ningún reparto interno va a prever una competencia funcional para afectar los bienes de la Administración Pública o porque dicho reparto específico de competencias es en muchos casos coyuntural y dinámico en función de los criterios organizativos de cada momento, sino porque estos bienes jurídicos pueden ser afectados aún cuando el funcionario no ejerce su competencia específica estricta (Olaizola Nogales: 1999, pp. 273-274). Como precisa a su vez Rodríguez Puertas, fundamental para la lesión del bien jurídico "no es que el funcionario infrinja la reglamentación sobre atribución de competencias, sino que tenga la posibilidad *de facto* de llevar a cabo el acto", por ello concluye que deben considerarse "actos realizados en el ejercicio del cargo": **1)** aquellos para los cuales el funcionario es objetiva, territorial y materialmente competente, y **2)** los que estando al margen de sus competencias para efectuarlos, no son totalmente ajenos a la órbita de sus

competencias, por lo que de facto puede llevarlos a cabo, bien porque: **2.1)** resultan facilitados por su posición en la Administración, o **2.2)** su ejecución corresponde al órgano o entidad de la Administración donde él presta servicios, siempre que pueda entablarse una relación entre el acto delictivo y las genéricas funciones por él desempeñadas (1999, p. 206).

Antes bien, en otras ocasiones y en atención a la propia estructura del tipo, la doctrina y la jurisprudencia españolas han restringido, como es común en el Derecho Penal alemán y el italiano, el sentido de expresiones no equivalentes a las del cohecho, referidas al acto relativo al "ejercicio de su cargo". Así acontece por ejemplo en los tipos de malversación donde se alude a los caudales o efectos que el funcionario tiene a su cargo "por razón de sus funciones" (artículos 432.1° y 433°), terreno en el que prácticamente reina acuerdo para limitar el sentido de esta última expresión a aquellas situaciones en las que el funcionario posee los bienes en virtud de sus competencias específicas, descartándose tanto la mera ocasionalidad y las posesiones o tenencias de facto, al igual que las derivadas de una simple competencia general (Roca Agapito: 1999, pp. 156-157; Morales García: 1999, pp. 197-202).

§ 3. A mi juicio la relación funcional descrita en el artículo 401° del Código Penal con la expresión "por razón de su cargo" debe interpretarse conforme al desarrollo previsto en el Derecho Comparado a propósito del cohecho (Überhofen: 1997, p. 48) y que se acaba de explicar, no tanto por la consideración del enriquecimiento ilícito en nuestro Código Penal como una forma de corrupción, como por el carácter subsidiario de este delito y la razonable amplitud que para estos fines puede dispensar la noción de acto en el ejercicio del cargo dentro del sistema alemán, italiano y español. En ese sentido, el artículo 401° delimita la punición del enriquecimiento frente a aquellos comportamientos que derivan del ejercicio funcional, sin necesidad de que expresen el desarrollo de una competencia específica sino únicamente general, en los términos antes explicados.

Esta orientación ha sido adoptada, no sin matices propios, por la doctrina peruana. Bramont Arias apostó más bien por una interpretación demasiado amplia, sin duda motivada en la distinta redacción prevista en el artículo 361-A° del Código Penal derogado ("por razón del cargo o de sus funciones"), pero que en todo caso merece restricciones. Comentando la norma anterior, explicó que el enriquecimiento podía operar de dos maneras: *propter officium* (por razón del cargo) o *in officio* (en la función), o sea en el acto del cumplimiento de su cargo o a causa de sus funciones. En efecto, en el llamado enriquecimiento *propter officium* "es necesario un nexo de causalidad, y no solo ocasional, entre el cargo y la utilidad económica. El cargo puede dar causa a la utilidad económica por medio de un acto realizado o de un acto que va a realizarse". Sin embargo, entendió que en los casos *in officio* "basta un nexo ocasional, una relación de contemporaneidad

entre la utilidad económica y el ejercicio de las funciones. Por lo tanto, hay enriquecimiento, aunque la utilidad económica tenga por causa motivos particulares" (1990, pp. 78, 80-81), extensión que, bajo la actual redacción del artículo 401°, no puede admitirse porque en estricto el funcionario ya estaría actuando como un particular y no en el ejercicio, siquiera, de una competencia general que permita advertir esa relación funcional que se exige en el Derecho Comparado.

La excepción a esta postura se encuentra en el planteamiento de Abanto Vásquez (2001, pp. 478, 480 ss.), quien cifra el injusto en la no justificación del incremento patrimonial por parte del funcionario, quedando por indicar que, si bien pone de relieve que el enriquecimiento debe derivar del ejercicio de la investidura, otorga a esa relación funcional una importancia secundaria, no central en la fundamentación del injusto, con lo que se relaja el Derecho Penal de acto. Así, más importante que la riqueza se impute al ejercicio del cargo, será que el funcionario no satisfaga un mero deber de justificación, inexistente según se ha sostenido.

Mayor concordancia con lo aquí sostenido y, en definitiva con la actual redacción del tipo, guarda Gálvez Villegas (2001, p. 153) pues a su juicio no basta el enriquecimiento de un funcionario o servidor público, para configurar la conducta típica necesariamente tenemos que vincularlo al ejercicio de la función o, más ampliamente, en razón del cargo, la expresión "por razón de su cargo" permite que "sean punibles también aquellos casos en los que el funcionario o servidor público actúe excediéndose de las facultades y prerrogativas propias del cargo así como en las situaciones en las que fuera del ejercicio de sus funciones actúe premunido de estas facultades, es decir se vale de su cargo para sus propósitos lucrativos, aún cuando su actuación se desarrolle al margen del ejercicio de la función que le compete" (Gálvez Villegas: 2001, p. 152).

Por su parte, Rojas Vargas entiende que el nexo "por razón del cargo" implica, en cuanto aquí interesa, que el enriquecimiento se realice "mediante el prevalimento del cargo sin requerir que necesariamente se ejercite actividades de función o servicio", pudiendo abarcar claras situaciones de abuso del cargo, esto es "un amplio abanico de fuentes generadoras de riqueza ilícita en el marco del prevalimento manifiesto" (2001, pp. 463, 469-470). Así, coincide con la interpretación de Frisancho Aparicio-Peña Cabrera Freyre (1999, p. 355) y Ángeles Gonzáles-Frisancho Aparicio (1998, p. 3283), cuando expresan por igual que la exigencia por razón del cargo implica que el funcionario se haya "aprovechado del cargo para incrementar su patrimonio".

6. Fuentes del enriquecimiento "por razón del cargo"

§ 1. En una perspectiva más bien casuística se ha planteado en la doctrina nacional la cuestión acerca de qué comportamientos pueden admitirse, dentro

de los alcances del artículo 401° del Código Penal, como fuentes de enriquecimiento. No reina acuerdo sobre el particular, se ha sostenido que el incremento patrimonial puede derivar de infracciones jurídicas extra penales, es decir civiles o administrativas principalmente, e incluso de delitos comunes (Portocarrero Hidalgo: 1996, pp. 242-243; similar, Prado Saldarriaga: 1996, pp. 291-292; Gálvez Villegas: 2001, p. 145) o contra la Administración Pública (Ángeles Gonzáles-Frisancho Aparicio: 1998, p. 3283; Frisancho Aparicio-Peña Cabrera Freyre: 1999, pp. 355-356). La postura más amplia ha sido defendida por Rojas Vargas, a su juicio, la expresión típica por "razón del cargo" otorga relevancia a todas estas formas de incremento patrimonial (2001, pp. 462-469).

Si se parte de la subsidiaridad del tipo y de la exigencia de esa relación funcional entre el resultado de enriquecimiento y el desempeño del cargo, entonces el ejercicio casuístico no es necesario. Cabe aclarar, sin embargo, que la función de recojo o subsidiaria de la norma impide, *per se* y siempre que se quiera respetar el *ne bis in idem*, que el incremento patrimonial derive de otro delito *perseguible* de funcionario previstos en el Código Penal o en la regulación complementaria. Si este se haya descubierto y se considera probado, deberá sancionarse al funcionario con la pena prevista para el injusto que específicamente abarque su conducta. Antes bien, como se ha señalado también en la doctrina nacional, si el delito de funcionario específico no puede perseguirse, por ejemplo, porque ha operado la prescripción, siempre podrá recurrirse al tipo del artículo 401° precisamente por su carácter subsidiario o residual (Abanto Vásquez: 2001, pp. 484-485).

Pueden admitirse a su vez determinados casos de enriquecimiento derivados de delitos de dominio, comunes o especiales no vinculados a la función pública, por una parte puede sostenerse que aquí el funcionario actúa como particular, pero también puede ocurrir que este se sirva del cargo para facilitar o determinar la consumación o impunidad de alguno de estos ilícitos; por ejemplo, el alto funcionario de la Administración Tributaria que durante años evade el pago del impuesto a la renta mediante declaraciones falsas, porque evita a través de su poder funcional todo tipo de control administrativo en su contra. En todo caso, menor resistencia ofrece la posibilidad de sancionar hechos semejantes como enriquecimiento ilícito, allí donde no pueda perseguirse el delito de dominio, en el caso penal tributario por ejemplo si la autoridad administrativa no decide la persecución.

§ 2. Además de esta función residual, puede reivindicarse una función de complementariedad frente a los vacíos de punición de la actual regulación de los delitos contra la Administración Pública del Código Penal. Así, parece haberlo entendido en su día el citado fallo administrativo de 7 de enero de 1931 de la Segunda Sala del Tribunal de Sanción Nacional, que sancionó por

enriquecimiento ilícito al expresidente Augusto Bernardino Leguía Salcedo e hijos, bajo consideraciones de graves infracciones administrativas, que en algunos casos parecían haber dado lugar a delitos no comprobados (vid. considerandos 1-10). Así se ha reconocido para determinados casos de infracciones funcionales que, sin ser delito, determinan un incremento patrimonial a favor del funcionario (Abanto Vásquez: 2001, p. 485; Cancino Moreno-Toscano de Sánchez: 1986, p. 36); por ejemplo, el funcionario municipal que otorga una licencia ilegal recibe, al cabo de un tiempo, un regalo de gran valor de parte del "favorecido" por la decisión edil. Finalmente, debe rechazarse la admisibilidad del enriquecimiento proveniente de actos inmorales, la base mínima de la responsabilidad penal se cifra en la infracción de deberes funcionales.

7. El resultado material de enriquecimiento

7.1 Noción de "enriquecimiento"

§ 1. El enriquecimiento es el resultado material del delito (Peña Cabrera-Francia Arias: 1993, p. 46; Rojas Vargas: 2001, p. 468; Frisancho Aparicio-Peña Cabrera Freyre: 1999, p. 356; Gálvez Villegas: 2001, p. 122). En la doctrina argentina y colombiana se entiende que el concepto de enriquecimiento es consustancial al incremento patrimonial del funcionario público, súbito o paulatino, y que puede consistir tanto en un aumento del activo, es decir del conjunto de bienes y derechos estimables en dinero, o con valor económico, como en una disminución del pasivo, entendido como aquellas cargas, gravámenes o deudas que soporta el patrimonio del sujeto (Nuñez: 1978, p. 441; Fontán Balestra: 1980, p. 366; Creus: 1991, p. 324; Peña Ossa: 1995, p. 199; Molina Arrubla: 1995, p. 315). Así lo aclaró además la Ley N° 25188 que reformó en 1999 el artículo 268(2) del Código Penal argentino a fin de considerar que "hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban".

Antes de la reforma mediante la Ley N° 27482, la legislación nacional no ofrecía parámetros objetivos para delimitar el concepto de enriquecimiento, por lo que era necesario acudir a otros referentes normativos para dotar de contenido al término. Actualmente el párrafo 3 del artículo 401° del Código Penal se refiere al "aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal", condiciones que reflejan el incremento patrimonial en el sentido de aumento del activo o reducción del pasivo.

En ese sentido, Rojas Vargas (2001, p. 460) se refiere a la necesidad de realizar una comparación entre la situación *ex ante* y *ex post*, en tanto que a juicio de Abanto Vásquez (2001, p. 480) cabría aún preguntarse si la medida del enriquecimiento

debe efectuarse tomando en cuenta el momento de la "sospecha" o "todo el período laboral del funcionario". Sin embargo, esa cuestión será relevante solo si se parte de que el tipo sanciona la omisión de justificación del enriquecimiento, lo que aquí se descarta para dar paso a una comprensión del resultado de enriquecimiento como objetivamente imputable al ejercicio funcional, en cuyo caso carece de valor la discusión sobre los referentes temporales de comparación.

Del párrafo 3 también se deduce que para medir este incremento será necesario tomar en cuenta la declaración jurada del funcionario público que, conforme al artículo 41° de la Constitución, el artículo 3° de la Ley N° 27482 y el artículo 7° de su Reglamento, el Decreto Supremo N° 080-2001-PCM, debe efectuar al inicio, durante el ejercicio con una periodicidad anual y al término de la gestión, cargo o labor, conforme al formato previsto en el Reglamento. Dicha declaración debe ser publicada (artículo 6° de la Ley, artículos 13° y 14° del Reglamento) y debe contener todos los ingresos, bienes y rentas, debidamente especificados y valorizados, tanto en el país como en el extranjero (artículo 3° de la Ley, artículo 5° párrafo 1 del Reglamento).

Se entiende por ingresos "las remuneraciones y toda percepción económica sin excepción que, por razón de trabajo u otra actividad económica, reciba el funcionario y el servidor público" (artículo 4 párrafo 2 de la Ley). Con más precisión señala el Reglamento que los ingresos, bienes y rentas, comprenden las remuneraciones, honorarios, ingresos obtenidos por predios arrendados, subarrendados o cedidos, bienes muebles arrendados, subarrendados o cedidos, intereses originados por colocación de capitales, regalías, rentas vitalicias, dietas o similares, bienes inmuebles, ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero, otros bienes e ingresos del declarante y todo aquello que reporte un beneficio económico al obligado (artículo 5° párrafo 2 del Reglamento). La omisión del deber de efectuar la declaración no es delito.

Estos referentes administrativos no hacen del artículo 401° del Código Penal un tipo penal en blanco, no convierten el "enriquecimiento" en elemento normativo del tipo, ni exhiben alguna forma de complementariedad. Simplemente son criterios administrativos, o más concretamente, la base de un posible indicio de enriquecimiento indebido que debe tomarse en cuenta para emitir el juicio de tipicidad. A ello abona el hecho de que no todos los funcionarios y servidores públicos están legalmente obligados a realizar dicha declaración sino solo los referidos en el artículo 2° de la Ley y en el artículo 3° del Reglamento. De este modo, cuando el funcionario no se encuentra obligado a formular la declaración o si omite dicha obligación, podrá tomarse en cuenta otros elementos de prueba como la declaración de impuesto a la renta y los "signos exteriores de riqueza" en general (Rojas Vargas: 2001, p. 465; Abanto Vásquez: 2001, p. 479).

§ 2. En cuanto a la entidad del incremento patrimonial penalmente relevante, la descripción típica del párrafo 1 del artículo 401° del Código Penal no establece una exigencia de enriquecimiento "apreciable" o "con significativo exceso", como sí precisa el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción. No obstante, aunque ello podría deducirse de la expresión típica "se enriquece" que a juicio de Rojas Vargas enfatiza "un estado de real y marcada prosperidad económica" (Rojas Vargas: 2001, p. 466; Abanto Vásquez: 2001, pp. 479-480; antes, Prado Saldarriaga: 1996, pp. 292-293), la cuestión ha sido zanjada mediante la regla indiciaria prevista en el párrafo 3 del artículo 401°, según la cual es necesario un incremento patrimonial "notoriamente superior", lo que permite apreciar la atipicidad de los incrementos mínimos o de poca entidad desde la perspectiva de los ingresos legítimos del funcionario.

En todo caso, no puede señalarse en estricto que aquí rige el principio de insignificancia, lo protegido no es el patrimonio de un particular que permite el enriquecimiento del funcionario, sino los diversos bienes de la Administración Pública potencialmente afectados a raíz del incremento indebido, pudiendo darse casos de incrementos poco significativos, pero de gran eficacia lesiva. De esta manera, la exclusión de la relevancia penal solo puede obedecer a razones de oportunidad o conveniencia político criminal: dificultades probatorias y grandes márgenes de duda que se resolverán con el *in dubio pro reo*, fácil justificación de los incrementos menores, etc.

La ausencia de un criterio cuantitativo que defina el significado de "notoriamente superior" puede determinar un gran margen de inseguridad. Pero tampoco sería conveniente la instauración, *de lege ferenda*, de una suma fija que delimite lo penalmente relevante porque ello no atendería a la muy distinta situación económica de los funcionarios de todos los niveles de la Administración Pública. Esto no ocurriría si se adopta un criterio cuantitativo a determinar por el juez; por ejemplo, si se establece que se considera delito el incremento equivalente a tantas veces el sueldo del funcionario o los bienes declarados cuando exista esa obligación. Así se contaría con un estándar que atiende a la concreta situación económica del funcionario, pero se planteará el problema respecto a si el dolo debe abarcar el conocimiento de que el incremento supera ese límite determinable o si el traspaso de dicho margen es solo una condición objetiva de punibilidad.

7.2. El objeto material del "enriquecimiento"

§ 1. Se ha discutido también si el objeto material vinculado al resultado de incremento patrimonial debe delimitarse, por deducción a partir del artículo 401-A° del Código Penal que se enmarca dentro de los delitos de corrupción, entre los que cuenta por sistemática general el enriquecimiento ilícito. Así, como

el artículo 401-A° ordena la incautación de todos los "donativos, dádivas o presentes" podría estimarse que solo son relevantes los enriquecimientos logrados a través de dichos objetos. Así lo ponen en entredicho Rojas Vargas (2001, pp. 466-467) y Abanto Vásquez (2001, pp. 482-483).

Tal interpretación no debe prosperar, no solo por el argumento formal de temporalidad, en el sentido que el artículo 401-A° fue incorporado mediante el Decreto Ley N° 25489 del 10 de mayo de 1992, es decir luego de ponerse en vigor el tipo del artículo 401° en abril de 1991. El artículo 401-A° regula con suma imperfección, como se desarrolla posteriormente, una consecuencia procesal a partir de la cual difícilmente podrán extraerse consecuencias normativas sobre los alcances de la tipicidad. Es más, no existe razón aparente para limitar sus alcances a los delitos de corrupción, pudiendo extenderse a los casos de peculado o concusión en los que también existe un objeto material de carácter patrimonial obtenido ilícitamente.

§ 2. De otro lado, si el enriquecimiento puede operar, por definición, mediante una disminución del pasivo entonces difícilmente la condonación de una deuda o el no cobro de esta hasta que prescriba la acción civil, podrán equipararse a "donativos, dádivas o presentes". Es más, si como se ha indicado debe concederse relevancia penal a la violación de deberes funcionales para dejar de pagar tributos fraudulentamente, ello no podría lograrse mediante una interpretación restrictiva del objeto material que terminaría por contraer la función subsidiaria y de complementariedad del delito de enriquecimiento ilícito. En consecuencia, el objeto material debe entenderse en sentido amplio, es decir como todo medio a través del cual pueda lograrse el incremento patrimonial (Zarazo Oviedo: 1998, p. 53; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 242), incluyendo, y como será relevante para efectos de aceptar la sanción del "testaferro", bienes que no sean de propiedad del funcionario, pero sobre los cuales ejerce una relación de poder (Díaz Aranda: 1999, pp. 102-104).

7.3. Momento del enriquecimiento

§ 1. El artículo 401° solo describe al funcionario "que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente", no señala cual es el momento en que debe operar el enriquecimiento. Pese a ello, si se entiende que el tipo penal no incrimina al funcionario por el hecho de ejercer la función pública, sino porque se sirve del cargo, entonces debe admitirse con toda claridad que el incremento pueda manifestarse "durante" el efectivo ejercicio de dicho cargo.

La doctrina nacional no suele admitir que el incremento opere antes de haberse desempeñado el cargo o después de haber cesado en este (Prado Saldarriaga: 1996, p. 291; Portocarrero Hidalgo: 1996, p. 242). Estos casos pueden ser

bastante comunes y de suma relevancia desde el punto de vista de los bienes de la Administración Pública, así el funcionario nombrado o elegido para desempeñar un puesto público podría recibir dádivas a cambio de hacerlo en un determinado sentido, al momento de tomar posesión y ejercer el cargo.

Debe admitirse la relevancia penal del enriquecimiento anterior al ejercicio del cargo (Abanto Vásquez: 2001, p. 477), el artículo 401° del Código Penal peruano se refiere en general al funcionario que "abusa de su cargo", lo que denota una neutralidad temporal en cuanto al incremento patrimonial.

En esa medida, la norma nacional no erige una conexión causal-temporal entre el momento del enriquecimiento y el ejercicio del cargo (Molina Arrubla: 1995, p. 314; Peña Ossa: 1995, p. 202; Gómez Méndez: 2000, p. 252; Bramont Arias: 1990, pp. 80-81), sino un nexo de imputación jurídico-penal, el incremento debe ser objetivamente atribuible al ejercicio del cargo. Así también lo considera la doctrina y la jurisprudencia italiana, pese a que el artículo 323 del Código Penal no reprime expresamente como abuso de oficio el enriquecimiento anterior, a juicio de Benussi "sujeto activo podrá serlo también el funcionario público que se halla en estado de excedencia o expectativa. En efecto, como ha observado correctamente la jurisprudencia, la excedencia no constituye una suspensión de la relación de empleo público, sino solo una suspensión de la obligación de prestar servicio que no disminuye las obligaciones a cargo del funcionario público" (1998, p. 49).

En el caso del Código Penal peruano, partiendo de que el artículo 401° no incluye la circunstancia temporal en la tipificación del comportamiento, un sector admite que el resultado de enriquecimiento se produzca con posterioridad al cese en las funciones (Peña Cabrera-Francia Arias: 1993, p. 46; Rojas Vargas: 2001, p. 465). A esta posibilidad se opone Abanto Vásquez porque entonces el enriquecido "ni es ya funcionario público, ni los actos de enriquecimiento pueden ser reputados como que han tenido lugar durante el ejercicio de las funciones" (2001, p. 478). Pero no queda claro porque el autor había indicado que sujeto activo puede serlo incluso "un exfuncionario, siempre que el "enriquecimiento ilícito" que se le imputa provenga de hechos cometidos durante el tiempo en que desempeñó funciones públicas" (Abanto Vásquez: 2001, p. 477). Del mismo modo, no se entiende porque en otra contribución sostiene que "El tipo penal no exige (...) que el sujeto haya sido "funcionario público" (en sentido penal) en el momento mismo en que tal enriquecimiento se produce efectivamente" (Abanto Vásquez: 2001[a], p. 92).

§ 2. El argumento de Abanto Vásquez que en el incremento posterior los actos de enriquecimiento no pueden reputarse como efectuados "durante el ejercicio de las funciones", no solo introduce una exigencia ajena al tipo ("durante")

sino que debería conducirle a negar la relevancia del incremento anterior, lo que más bien admite (2001, p. 477). Asimismo, cuando objeta que el sujeto ya no es funcionario si el incremento es posterior, adopta una interpretación literal y restrictiva, dejando de lado que la condición de funcionario se erige como fundamento del disvalor de la acción. En ese sentido, carece de relevancia la posición del sujeto frente a los bienes de la Administración Pública al tiempo del resultado de incremento patrimonial, lo importante es que este sea objetivamente imputable al ejercicio ilícito del cargo.

Ello refleja que difícilmente puede otorgarse soluciones diferentes a los casos de enriquecimiento anterior y posterior al ejercicio del cargo. O se asume una simple regla causal según la cual el ilícito ejercicio del cargo determina el enriquecimiento del funcionario, o se recurre más bien a criterios de imputación objetiva en donde la causalidad deviene en irrelevante, pudiendo admitirse que el incremento patrimonial (resultado) opere antes o después que el propio ejercicio ilícito del cargo (acción). Aquí no se llega a sostener la admisión de enriquecimientos anteriores a la propia existencia de la función pública, por ello el problema central para admitir la relevancia de los casos de incrementos posteriores al cese del cargo, se cifra en aceptar que el resultado de enriquecimiento, y en consecuencia la consumación, pueda alcanzarse en un momento en que el objeto de la acción (la función pública) (Abanto Vásquez: 2001[a], p. 91), a pesar de haber estado presente cuando se ejerció ilícitamente el cargo, ha desaparecido. Es de advertir que particularmente estimo el objeto de la acción no es el patrimonio materia del enriquecimiento, si el delito se comete "por razón del cargo", la acción recae precisamente sobre la función pública, afectada mediante la violación del especial deber del funcionario.

En la doctrina nacional, predomina la admisión de la relevancia del enriquecimiento posterior en base a criterios causales, como se observa en Rojas Vargas (2001, pp. 465-470), Ángeles Gonzáles-Frisancho Aparicio (1998, p. 3285) y Frisancho Aparicio-Peña Cabrera Freyre (1999, p. 357).

Aunque los estudios relativos a la aplicación de las reglas generales de la imputación a los casos de variación del "*status*" jurídico-penal del objeto de la acción se halla aún en sus inicios, se han planteado diversas alternativas en la dogmática alemana y española orientadas a evitar, *de lege lata*, vacíos de punición frente a casos merecedores y necesitados de injerencia penal. Como precisa Silva Sánchez: "Desde un punto de vista normativo, lo decisivo es la naturaleza del riesgo (o de los riesgos) creado por la acción, su dimensión objetiva y subjetiva y si el resultado da cuenta de dichos riesgos: los explica", así, "la norma prohíbe crear riesgos para objetos de la acción probables y a este respecto resulta irrelevante el que el cambio de *status* del objeto de la acción tenga lugar antes o incluso después de la

incidencia de la acción sobre el mismo (siempre y cuando se den las condiciones de imputación objetiva y subjetiva)" (2000, p. 179).

De esta manera y pensando en casos en los que el objeto no está presente en el momento de la conducta, estima Silva Sánchez que el elemento típico objeto de la acción, así como el proceso resultativo con sus respectivos medios y características basta con que concurra *ex post, ex ante* lo único necesario es que se observe un sujeto cuya acción, en tanto proceso dinámico, encierra el riesgo de producir el resultado lesivo en el bien jurídico. Así, "sujeto y acción típica son elementos que deben concurrir *ex ante*, pues son presupuestos de la infracción de la norma/imperativo. No así el resultado y el objeto de la acción" que son elementos de la lesión, a cuyo efecto "es indiferente que en el momento de la acción el objeto –como soporte del bien jurídico– estuviera en un lugar diferente o, sencillamente, no estuviera como tal" (2000, pp. 181-182).

El autor antes citado aclara que esta regla no solo se extiende a supuestos donde la acción opera antes del cambio de *status* y la incidencia sobre el objeto después, sino también a casos como el que nos ocupa: el enriquecimiento posterior al cese del cargo. En tal sentido, se refiere a aquellos en que "no solo la acción, sino también la incidencia sobre el objeto –*función pública*– se ha producido antes del cambio de *status*" (Silva Sánchez: 2000, p. 182) y más concretamente, cuando el cambio de *status* del objeto se produce para perder todo valor jurídico-penal, como sucede tras el cese del cargo que implica la pérdida de la función pública. Aquí la solución es bastante sencilla, si el cambio de *status* "fuera previsible, afectado por un riesgo relevante y abarcado por el dolo (...), no hay ninguna razón convincente para bloquear la responsabilidad adicional" (Silva Sánchez: 2000, p. 182). Esa previsibilidad de la mutación del *status* (cese del cargo), en ocasiones podría ser perseguida por el funcionario a fin de enervar las consecuencias penales de su enriquecimiento posterior al cese del cargo.

La regla no varía cuando la incidencia lesiva no es consumativa, es decir cuando el objeto ha sido alcanzado por los efectos de la acción sin que ello equivalga a la consumación formal del tipo. Ello se observa justamente cuando el funcionario ejerce ilícitamente el cargo, afectando con ello el objeto función pública, pero sin consumar el tipo porque el incremento patrimonial opera tras la pérdida del *status* de funcionario y, con ello, la función en virtud de la cual ejerce el cargo. Para este particular caso, Silva Sánchez considera que "si la incidencia no es consumativa, entonces de nuevo –aunque haya habido "afectación"– será el resultado menos grave el que determinará el tipo imputable a título de consumación" (Silva Sánchez: 2000, p. 183). Lo que en el supuesto analizado equivale a entender que debería sancionarse el hecho con la pena prevista en el artículo 401° del Código Penal, como un delito de enriquecimiento ilícito consumado.

Pero, al margen de esta última consecuencia, el valor normativo de estos planteamientos es indiscutible porque se erigen como una propuesta de desarrollo de los presupuestos generales de la imputación objetiva admitidos en el estado actual, aplicados al problema de los cambios de *status* del objeto de la acción. En ese sentido, las conclusiones a las que se arriba no pueden verse afectadas con el argumento formal de una "confrontación con el "principio de legalidad"" (Abanto Vásquez: 2001ª, pp. 90-91), porque de ese modo habría que poner en tela de juicio prácticamente todo el desarrollo alcanzado en los últimos años a través de la imputación objetiva, en orden a acotar los alcances de la tipicidad en función de categorías normativas que, por lo general, o casi siempre, no están reconocidas expresamente en la ley penal.

Antes bien, cabe aún discutir sobre las consecuencias de una concepción dualista del ilícito penal, según la cual el resultado no cuenta como "consecuencia del azar", ni su desvaloración como mera condición objetiva de punibilidad, sino que se integra en la norma primaria, como producto previsible del comportamiento controlable *ex ante* peligroso del autor (Roxin: 1997, pp. 319 ss.; Caro Coria: 1999, pp. 40 ss.). En esa medida, y teniendo en cuenta la atenuación prevista en el artículo 16° del Código Penal, puede discutirse si cuando el resultado de incremento patrimonial opera tras al cese del cargo, cabe aún apreciar la misma estructura del delito consumado, como podrá defenderse fácilmente desde una concepción monista del ilícito penal que solo se basa en el disvalor de la acción (Moreno-Torres Herrera: 1999, pp. 203 ss., 246). O si más bien debe afirmarse una equivalencia normativa o estructural con la tentativa acabada, en tanto el objeto de la acción desaparece antes de la consumación efectiva (Sola Reche: 1996, pp. 152 ss.).

Una solución semejante a esta última podría ser la más acertada para el caso citado por Silva Sánchez de la inyección al moribundo de un veneno que solo tiene efecto definitivo una vez que este ha fallecido por otra causa (Silva Sánchez: 2000, p. 183), pues, aunque el autor ha desplegado aquí toda la potencialidad de la acción peligrosa, su eficacia lesiva queda interrumpida por una circunstancia accidental. Sin embargo, para admitirse la sanción como tentativa del funcionario que incrementa su patrimonio tras el cese en el cargo, habría aún que construir la justificación político criminal de la tentativa en un delito de peligro abstracto como el del artículo 401° del Código Penal, así como discutir los argumentos, que no serán pocos, para negar un "desistimiento" de eficacia eximente (artículo 18° del Código Penal) allí donde el funcionario renuncia al cargo para incrementar luego su patrimonio.

Quizás una polémica parecida, en todo el ámbito de delitos contra la Administración Pública, condujo al legislador italiano a zanjar la discusión mediante el artículo 360° del Código Penal, precepto general que, entre otros casos, permite

sancionar como delito consumado al funcionario que pierde tal condición cuando el delito ha comenzado, bastando pues que dicha cualidad esté presente durante el comportamiento típico (Romano: 1999, pp. 313 ss.).

VI. EL DOLO COMO ELEMENTO DEL TIPO SUBJETIVO

§ 1. La necesaria concordancia entre el artículo 401° y el artículo 12° párrafo 1 del Código Penal conduce a la conclusión que el enriquecimiento ilícito es un delito doloso. Se ha postulado la exclusión de los supuestos de dolo eventual, "el sujeto debe saber que se está enriqueciendo", pudiendo admitirse solo el dolo directo (Abanto Vásquez: 2001, p. 487). Pero el conocimiento eventual de los elementos de la tipicidad objetiva no solo puede referirse al resultado de enriquecimiento sino también a los componentes del comportamiento prohibido. Así, el sujeto puede tener un conocimiento probable, no actual pero actualizable, en torno a la vigencia del nexo funcional entre su conducta de enriquecimiento y el ejercicio del cargo, y en tales casos no parece existir argumento para bloquear la responsabilidad por dolo eventual.

§ 2. Es más, como he señalado en otra ocasión (Caro Coria-San Martín Castro: 2000, pp. 126-128), está en tela de juicio el papel de la voluntad como dato distintivo del comportamiento doloso, como precisa Ragués i Vallès la concepción de la voluntad como fundamento del dolo "ha sido abandonada –explícita o tácitamente– por la mayor parte de la doctrina" (1999, p. 18). Un sector de la doctrina alemana y española concreta el dolo mediante la renuncia al elemento volitivo (voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo). Este se circunscribe, en los delitos de resultado como el enriquecimiento ilícito y conforme a la teoría del riesgo, al solo conocimiento del peligro concreto, no dominable o controlable por el autor, creado a través de su comportamiento ilícito (con distintos matices, Frisch: 1983, pp. 97 ss.; Jakobs: 1997, pp. 312 ss.; Puppe: 1992, pp. 71, 74; Bacigalupo: 1997, pp. 224 ss.; Laurenzo Copello: 1999, *passim*; Ragués i Vallès: 1999, pp. 357 ss.; Feijoó Sánchez: 1998, pp. 269 ss.).

De esta forma, obra con dolo quien conoce el peligro típico, mientras que actúa imprudentemente el que no se representa el peligro de su acción o se lo representa, pero, debido a una errónea apreciación, no lo considera un peligro concreto (Silva Sánchez: 1992, p. 401). Desde este punto de vista, lo que el sujeto "espere", "confíe" o "desee" carece de relevancia cuando se prueba que sabe que está realizando la conducta típica o, respecto del resultado, la ha previsto (Feijoó Sánchez: 1998, pp. 279 ss.). Con esta teoría cognitiva se supera pues la diferencia entre culpa conciente y dolo eventual, se limita el ámbito de la culpa solo a la inconsciente y el dolo eventual se erige como mero conocimiento de la probabilidad de

afectación del bien jurídico, pero además se resta ya importancia a la diferencia entre las clases de dolo (Bacigalupo: 1997, pp. 230-232).

Sin embargo, algunas normas del Código Penal peruano parecen otorgar al dolo un contenido volitivo, como se observa por ejemplo en la definición de la tentativa (artículo 16°) como el comienzo de la ejecución de un delito que se "decidió cometer" sin consumarlo. Pero estas referencias a la intención del autor solo demuestran que el Código Penal es compatible con las teorías volitivas del dolo, de ello no se deduce que las concepciones cognitivas sean inadmisibles *de lege lata*. De ser así, *mutatis mutandi*, como en su día objetara Gimbernat Ordeig a Cerezo Mir, se estaría dando "por supuesto lo que precisamente hay que demostrar" (1966ª, p. 479). En tal virtud, no puede afirmarse que el Código Penal adopta una determinada concepción dogmática respecto al dolo, los modelos dogmáticos son solo métodos de interpretación para precisar el alcance de la ley. En todo caso, si bien el Código Penal peruano no establece una definición de dolo, de la regulación del error de tipo (artículo 14° párrafo 1 del Código Penal) se deduce que su base mínima radica solo en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, de allí que no pueda exigirse condiciones volitivas bajo el argumento del "imperio de la ley".

§ 3. Se ha sostenido también que el tipo de enriquecimiento precisa de un "ánimo de lucro" (como ocurrió en el fallo administrativo del 7 de enero de 1931 contra el expresidente Augusto Leguía), entendido como la "intención de obtener beneficio patrimonial" (Abanto Vásquez: 2001, p. 487; Bramont Arias: 1990, p. 80; Gálvez Villegas: 2001, p. 155). Ello no debe admitirse, al menos no en el sentido por ejemplo del artículo 185° del Código Penal que requiere típicamente una particular intención de aprovechamiento ("para obtener provecho") distinta del dolo. Una exigencia típica similar no se observa en el artículo 401°, solo podrá hablarse de "ánimo de lucro" como un componente con nombre propio que, entre otros, integra la voluntad dolosa, y eso si, siempre que se admita que la voluntad sigue rigiendo el concepto de dolo.

§ 4. Un problema particular radica en el tratamiento del error sobre el elemento de valoración global "ilicitud" del enriquecimiento y sobre el elemento normativo condición de funcionario público. En el primer caso, por ejemplo, el funcionario cree que es lícito recibir una dádiva de los empresarios que anteriormente favoreció mediante una resolución legal, incrementando así su patrimonio. También puede ocurrir que el sujeto yerre sobre su condición de funcionario; por ejemplo, el ganador de una licitación pública para construir una carretera se enriquece indebidamente creyendo que sigue siendo un mero particular.

En ambos casos nos hallamos ante el problema de definir las consecuencias del error sobre un elemento típico sensible a una valoración jurídica, es decir la

regulación como un error de tipo (artículo 14° párrafo 1) o de prohibición (artículo 14° párrafo 2). La discusión no es baladí, siendo el enriquecimiento ilícito una infracción dolosa, la resolución de estos casos como error de tipo determinará siempre la atipicidad, si es invencible porque se excluye la responsabilidad objetiva, y si es vencible porque no está tipificado el enriquecimiento imprudente. La consecuencia es distinta bajo el régimen del error de prohibición, si este es vencible, como ocurrirá en la mayoría de los casos partiendo por ejemplo de un criterio como la evitabilidad en base a una culpabilidad previa (Nieto Martín: 2000, pp. 269 ss.), solo cabrá una atenuación de la pena.

Desde el punto de vista formal, en tanto los elementos de valoración global o normativos están integrados al tipo, puede defenderse la aplicación de las consecuencias del error de tipo, así se ha señalado también en el Derecho Penal Económico con relación a los elementos normativos y las leyes penales en blanco, aunque se añaden otras consideraciones dogmáticas y de política criminal propias de ese sector (Abanto Vásquez: 2000, pp. 131-132). En el caso de los delitos de funcionario, la doctrina nacional ha venido entendiendo que el error sobre la ilicitud del enriquecimiento debe tratarse como error de tipo, y por ende como un caso de atipicidad (Peña Cabrera-Francia Arias: 1993, p. 53). Pero hasta donde alcanzo a ver, la orientación dogmática predominante renuncia a un tratamiento homogéneo de todos estos casos, admitiéndose que pueden dar lugar a casos de error de tipo o de prohibición, incluso en el terreno propio de los delitos de funcionario (Olaizola Nogales: 1999, pp. 389 ss.; Rodríguez Puerta: 1999, pp. 253 ss.), y dependiendo del significado del desconocimiento para la comprensión de la situación socialmente desvalorada o de la valoración jurídica de aquella.

Frente a estos casos, Roxin destaca que el criterio general parte de comprender que el dolo, desde la perspectiva del saber, debe abarcar el conocimiento de la situación social y no de la prohibición jurídica, así cuando el sentido social de la circunstancia del hecho es comprensible aún al margen del conocimiento del concepto jurídico que la caracteriza, las falsas interpretaciones jurídicas o subsunciones erróneas solo podrían provocar un error de prohibición, dejando intacto el dolo, pero si la errada concepción jurídica impide apreciar el sentido social de la actuación, el error sobre el elemento normativo excluye el dolo (1997, pp. 462-463).

Esta regla puede trasladarse al terreno de los elementos de valoración global, aunque debe distinguirse si se trata de un elemento de *valoración global divisible*, como la "ilicitud" del enriquecimiento del funcionario del artículo 401° del Código Penal, o un elemento *no divisible* como acontece en el tipo de omisión de asistencia alimentaria del artículo 149°. Cuando es *divisible* el dolo debe abarcar solo aquellos elementos descriptivos y normativos propios del juicio de antijuricidad, pero no el propio juicio de antijuricidad que quedará reservado al nivel de la culpabilidad. De ese modo, siempre que se advierta cuando menos en la "esfera

del profano" lo que ha determinado la valoración del legislador, si el error "concierne únicamente a la antijuricidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición aún cuando se refiera a una circunstancia del hecho que, bajo la apariencia de un elemento individual, incluya en sí el juicio de antijuricidad como tal" (Roxin: 1997, pp. 463-464). Así, cuando el funcionario cree que el medio a través del cual se enriquece es lícito no estamos ante un error de tipo sobre el elemento "ilicitud" sino frente a uno de prohibición porque el juicio sobre la "ilicitud" ya es idéntico al juicio legal sobre la antijuricidad del hecho global. Es más, si aquí "se admitiera un error de tipo, se estaría haciendo depender la decisión sobre la punibilidad exclusivamente de las valoraciones subjetivas, en su caso totalmente desacertadas, del propio sujeto, lo cual contradiría el carácter de ordenamiento objetivo del Derecho" (Roxin: 1997, p. 463).

Antes bien, la situación cambia, debiendo estimarse error de tipo, si el error sobre la valoración global del hecho deriva de una circunstancia que haría desaparecer la actuación del funcionario como "ilícita", por ejemplo el fiscalizador que, fuera de los casos de corrupción, mediante una actuación discrecional favorece a un particular y es premiado por su superior con un "aumento de sueldo", pero luego se descubre que esa mayor retribución es parte de la contraprestación del particular al superior (Roxin: 1997, p. 464). También debe apreciarse error de tipo si este versa sobre un *elemento de valoración global no divisible*, es decir cuando la comprensión del sentido social de la conducta requiere una valoración jurídica, de modo que esta se integra al dolo, aún cuando sea casi idéntica al juicio de antijuricidad. Los mismos principios deben extenderse al tratamiento del error sobre los elementos normativos, concretamente al error sobre la condición de funcionario público, por ello bastará con el conocimiento de las circunstancias que fundamentan materialmente la cualidad de funcionario, siendo innecesario que el sujeto se autoreconozca como tal. Luego, el error de subsunción de quien desempeña funciones de la Administración Pública y sin embargo no se considera a sí mismo "funcionario público", merece ser tratado como error de prohibición (Roxin: 1997, p. 467).

Esta ampliación del dolo, que se acerca a un *dolus malus* en orden a regular más casos como error de tipo, es reconocida también en la doctrina italiana (Leoni: 1998, p. 98) y española. En esta última por ejemplo Díaz y García Conlledo estima que el dolo debe concebirse como objetivamente malo, de forma tal que el elemento cognitivo abarque la concurrencia en el concreto hecho de aquellos datos que la ley considera necesarios y suficientes para que el hombre medio ideal reconozca desde la perspectiva del Derecho que su conducta está prohibida. Así, lo que el sujeto debe conocer es la concurrencia en el hecho del sentido o significado material auténtico del elemento típico, al margen de que sepa o no que ello es un elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico (Díaz

y García Conlledo: 2001, pp. 210-211). En consecuencia, los casos de error sobre los elementos normativos pueden calificar como error de tipo cuando se refieren a la concurrencia en el hecho del elemento típico así comprendido, o como error de subsunción irrelevante o conducente a un error de prohibición que sí afecta la culpabilidad (Díaz y García Conlledo: 2001, pp. 211, 213-214, 216; Díaz y García Conlledo: 1997ª, pp. 676 ss.). A su vez, el error sobre los presupuestos de la valoración global es un error de tipo, pero si recae sobre la valoración misma equivale a un error de prohibición por coincidir esa desvaloración con la desvaloración jurídica y la prohibición misma (Díaz y García Conlledo: 1997ª, p. 701).

VII. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

§ 1. La estructura del enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber, bajo la configuración formal de delito especial propio, determina que la condición esencial de la autoría es la vinculación al deber funcional, de forma que autor puede serlo únicamente quien es funcionario o servidor público dentro de los márgenes del artículo 425° del Código Penal y actúe "por razón de su cargo" conforme a los términos ya explicados. Esta delimitación también se aprecia en otros delitos de funcionario como el cohecho o el patrocinio ilegal, siendo importante definir las consecuencias de este punto de partida para la admisión de la autoría mediata y la coautoría (artículo 23° del Código Penal), y la participación delictiva, es decir la instigación y la complicidad (artículos 24° y 25°). Y ello, además, teniendo presente la posible intervención de *extranei*, es decir de particulares que no ostentan el deber especial, pero ejercen una injerencia relevante para la consumación del delito especial.

Las reglas relativas a la autoría y participación delictiva desarrolladas para los delitos de infracción de deber son compatibles con la regulación del Código Penal peruano que, en términos generales adopta una postura diferenciadora entre autoría y participación (Peña Cabrera: 1999, pp. 328 ss.). En el caso del artículo 401° el tipo presupone un funcionario como sujeto activo, esa cualidad constituye el requisito *imprescindible* de la autoría, no equiparable al resto de elementos típicos ordinarios. Entonces, solo puede ser **autor** en el sentido del artículo 23° el *intraneus*, no porque ostente el dominio del hecho, sino porque le compete una obligación específica cuya infracción, comisiva o a través de una omisión equiparable (artículo 13° Código Penal), deja de lado esa prestación positiva con el bien, ese deber de cuidado especial, solidario e institucionalmente garantizado que deriva de la asunción de la función pública (Jakobs: 1997, p. 266).

Desde esta perspectiva no puede hablarse en estricto de una "**coautoría**" (artículo 23°) entre *intranei* sino a lo sumo de una "autoría accesoria" (Suárez González: 2001, p. 153 nota 12), por ejemplo, dos funcionarios públicos se enriquecen

indebidamente de común acuerdo y cada uno presta aportes sin los cuales no hubiera podido alcanzarse el resultado. Aquí el quebrantamiento conjunto del deber da lugar a responsabilidad a título de autor, si lo relevante es la vulneración del deber no puede hablarse de una ejecución conjunta de esa vulneración, así el hecho se imputa en su totalidad a los intervinientes. Como aclara Suárez González, si se requiriese para la autoría además de la infracción de deber el dominio del hecho, se llegaría al absurdo de contar con "señores del hecho con deber de lealtad, y obligados a lealtad sin dominio del hecho", o a negar la autoría cuando el *extraneus* domina el hecho y el especialmente obligado permanece en un segundo plano. Por lo tanto, es irrelevante que en el caso concreto exista o no una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio de hecho, tampoco si el aporte del especialmente obligado pueda equipararse desde tal perspectiva a una simple forma de participación (2001, p. 154). Por ello, como indica Jakobs, más exacta que "delito de infracción de deber" es la denominación "delitos con deber que elude la accesoriedad" (*delikte mit akzessorietätüberspringender Pflicht*) (1997, p. 792).

Resultados semejantes se han destacado en la doctrina nacional. Así, Gálvez Villegas entiende que el enriquecimiento ilícito es un delito de infracción de deber y no resulta aplicable para determinar la coautoría el dominio funcional del hecho, porque aún cuando dos o mas personas se pusieran de acuerdo para realizar el delito infringiendo cada una de ellas su especial deber frente a la Administración Pública no conseguirán realizar la conducta de enriquecimiento en forma conjunta, dado que al incorporar los bienes, derechos o activos a su patrimonio o asumir la titularidad de los mismos ya estarán realizando un hecho individual y por tanto cada uno realizará su propio enriquecimiento y su propio delito en calidad de "autor directo, inmediato o ejecutivo" (2001, pp. 177-178). Pero este autor no es consecuente con estas premisas cuando aprecia coautoría si los agentes comparten una misma unidad patrimonial y la incorporación de los bienes se haga mediando un plan conjunto y preconcebido (Gálvez Villegas: 2001, p. 178). Allí también está descartada la coautoría porque cada interviniente infringe el deber de manera autónoma y paralela, lo que no varía por el hecho, solo relevante para el dominio del hecho, de que alcancen el resultado conjuntamente.

Los mismos criterios deben aplicarse a la **autoría mediata** (artículo 23°), para observarla será suficiente que el *intraneus* vinculado al deber permita, sin necesidad de reservarse para sí el dominio del hecho, que un *extraneus* o tercero no obligado realice la acción descrita en el tipo. Con ello se arribaría a una solución más satisfactoria al caso del "instrumento doloso no cualificado", si el funcionario se sirve de un *extraneus* doloso para realizar el delito, podrá ser sancionado como autor mediato y el *extraneus* como partícipe (Jakobs: 1997, p. 784; Quintero Olivares: 1974, pp. 99 ss.; Abanto Vásquez: 2001, pp. 45-46).

Pero como aprecia Bacigalupo, el propio ejemplo del administrador expuesto por Roxin pone de relieve que ya la figura de la autoría mediata resulta aquí innecesaria, pues el que infringe el deber especial que le incumbe induciendo a otro a producir el daño ya es autor, directo o inmediato, dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial (1997, p. 373). Lo contrario, admitir la autoría mediata para estos casos, podría conducir a un desdibujamiento del instituto pues su funcionalidad "no puede consistir en una instrumentalización libre y voluntaria del sujeto de delante", así "tendríamos que rechazar la idea, no ya del dominio del hecho en esta clase de delitos especiales, sino la de instrumentalización en el campo de la autoría mediata, resultando injustificado porqué no apreciar en los delitos comunes la autoría mediata cuando el sujeto de delante no está instrumentalizado" (Hernández Plascencia: 1996, p. 318).

En todo caso, lo contrario, exigir del *intraneus* que viola el deber además el dominio del hecho, determinaría que, en los delitos especiales propios, como el enriquecimiento ilícito, tanto el *intraneus* como el *extraneus* resulten impunes. Así, la conducta del *extraneus* sería atípica porque carece del dominio del hecho y, por la accesoriedad limitada como por su desvinculación del deber especial, la participación del *intraneus* también sería irrelevante.

§ 2. Pero ello deja aún intacta la discusión sobre la **responsabilidad del *extraneus***, el cual no podría ser sancionado como autor por su no sujeción al deber, sino únicamente como partícipe, instigador (artículo 24°) o cómplice (artículo 25°), según el caso. Así lo indica Roxin, la participación es "intervención sin infracción del deber especial" (1998ª, p. 363). Pero la atribución de esa participación es compleja, sobre todo porque quienes defienden la necesidad de mantener el dominio del hecho, plantean la disyuntiva de atribuir la participación bajo el mismo título de imputación al autor o, renunciando a esa unidad de título, atribuir el hecho en función de otro delito que sí podría cometer el *extraneus*. El caso del enriquecimiento ilícito trae esa dificultad adicional, siendo un delito especial propio la ruptura del título de imputación determinará la impunidad del *extraneus* que ejecuta la acción prohibida al funcionario.

Frente a estas opciones considero que solo la tesis de la unidad del título de imputación es compatible con el marco de la accesoriedad limitada (López Peregrin: 1997, pp. 86-92) reconocida en el artículo 26° del Código Penal. Según las posturas contrarias que escinden el título de imputación, en los delitos especiales se sanciona únicamente al *intraneus*, los *extranei* solo serán responsables si algún delito común homologable o subyacente al especial abarca su conducta, se parte pues del respeto irrestricto de la responsabilidad penal personal, no se admite que el fundamento de la punición o agravación de la pena del *intraneus* se extienda al *extraneus*. Luego, ya para la determinación de la responsabilidad, se recurre al dominio del hecho, así el *intraneus* será autor del delito especial siempre que

gobierne el hecho y el *extraneus* partícipe del delito común respectivo porque su intervención es accesoria. Pero si el *extraneus* detenta el dominio del hecho, será autor del delito común, y el *intraneus* partícipe del delito especial.

Pero esta tesis no ofrece una solución satisfactoria desde el punto de vista político criminal a los delitos especiales propios, la ruptura del título de imputación conducirá siempre a la impunidad del partícipe en delitos como el enriquecimiento ilícito de funcionario público. Además, arriba a la solución artificial de imputar al *extraneus* e *intraneus* delitos distintos, cuando en rigor se trata de un solo hecho punible, y ello porque implícitamente considera que la regla del artículo 26° del Código Penal consagra la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad y de los elementos del injusto, renunciando con ello al principio de accesoriedad de la participación.

Antes bien, si se acepta la unidad del título de imputación entonces la sanción del *extraneus* como partícipe del delito especial, propio o impropio, está asegurada al igual que la punición del *intraneus* como autor del mismo ilícito. Esta postura se apoya en la vigencia del principio de "accesoriedad limitada" de la participación que, más allá de la fundamentación doctrinal, puede deducirse del artículo 26° del Código Penal que regula el principio de incomunicabilidad, el cual impide la transmisión entre los participantes del hecho punible, autores y/o partícipes, de las "circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad", dejando intacta, conforme a la accesoriedad limitada, la transmisión de las condiciones del injusto penal. De esta forma, el artículo 26° del Código Penal, al igual que el artículo 65.1° del Código Penal español o el § 28 (2) del StGB, solo bloquea la extensión de las circunstancias personales que afectan la culpabilidad y la punibilidad.

Esta interpretación ha sido admitida por la doctrina nacional incluso bajo los términos del Código Penal derogado. Así, Hurtado Pozo, al comentar el principio de incomunicabilidad del artículo 104 del Código Penal de 1924 precisó que "En nuestro derecho debemos, (...), admitir la "accesoriedad limitada"", pues la incomunicabilidad de las circunstancias "no comprende aquellas que fundamentan la tipicidad o antijuricidad de la conducta delictuosa. En los delitos especiales propios en que se exige que el autor tenga una calidad personal particular, no significa que el cómplice o instigador no pueda ser reprimido conforme a la disposición que prevé tal infracción" (1987, pp. 560-561). Ya bajo la vigencia del texto vigente, la doctrina admite que el artículo 26° del Código Penal establece el principio de incomunicabilidad en el marco de la accesoriedad limitada, admitiéndose la transmisión del autor al partícipe de los elementos del injusto penal y la incomunicabilidad entres estos de las circunstancias modificativas de responsabilidad, así como las relativas a la culpabilidad y la punibilidad (Peña Cabrera: 1999, p. 357; Bramont Arias-Bramont Arias Torres: 1998, p. 221).

§ 3. Pero la tesis de la unidad del título de imputación también se ha venido entendiendo en el marco del dominio del hecho (López Peregrin: 1997, pp. 87 ss.; López Barja de Quiroga: 1996, pp. 191-192; Peña Cabrera: 1999, p. 338), lo que no deja de plantear dificultades. De esta forma, si el dominio fue detentado por el *intraneus* y el *extraneus* intervino prestando un auxilio doloso, este último será partícipe del delito especial perpetrado por el *intraneus* como autor (Muñoz Conde-García Arán: 2000, p. 516). Pero si el dominio del hecho lo detentó el *extraneus*, entonces el delito cometido será común y este será el autor, mientras que el *intraneus* partícipe de ese delito común.

La inconveniente fusión entre unidad de título de imputación y dominio del hecho plantea debilidades político criminales en los delitos especiales propios, específicamente cuando el dominio del hecho corresponde al *extraneus* y el *intraneus* se limita a instigar o cooperar, la no calificación especial en el *extraneus* determinará su impunidad y el *intraneus* tampoco responderá porque no existe accesoriedad sin autoría (López Peregrin: 1997, p. 91). Otro vacío de punición se presentará en los casos de co-dominio del hecho en el delito especial propio, la intervención del *extraneus* será penalmente irrelevante porque, al no ostentar la calidad especial, no puede atribuírsele coautoría, tampoco complicidad porque su intervención no es accesoria, lo que además conduciría al absurdo de que el *extraneus* es sancionable si es partícipe pero no cuando ya asume el dominio del hecho (López Peregrin: 1997, p. 88, nota 47; Muñoz Conde-García Arán: 2000, p. 516).

Debido a esta interpretación del título de imputación unitario y dependiente del dominio del hecho, en la doctrina nacional Abanto Vásquez se halla ante una solución "especialmente insatisfactoria" en el caso del instrumento doloso no cualificado, cuando este ostenta el dominio del hecho en un delito especial impropio el *intraneus* solo respondería como partícipe del delito común cometido por el instrumento *extraneus*, mientras que en los delitos especiales propios tanto el *intraneus* como el *extraneus* resultarían impunes (2001, pp. 45-46). La alternativa adoptada por el autor frente a estos problemas consiste en aceptar, como en la tesis de infracción de deber, la autoría mediata, pero con el añadido de "un mínimo de dominio normativo-sicológico" siguiendo a Jescheck (1993, p. 610), con lo que parece decantarse por una solución mixta bajo la simultánea exigencia de unidad de título de imputación, dominio del hecho y/o infracción de deber.

Más allá de la críticas que se han levantado contra ese "dominio normativo-sicológico", por alterar el concepto de dominio del hecho o porque un instrumento libre, no sujeto a error o coacción, no puede transmitir su conducta al hombre de atrás para fundar una autoría mediata, la propuesta de Abanto Vásquez de conjugar unidad de título de imputación y dominio del hecho lo conduce a consecuencias que en definitiva evita sin mayor explicación, quizás porque dentro

de ese esquema tampoco pueden excluirse soluciones inconvenientes en el terreno político criminal. Así, concluye por un lado que autor solo puede ser el *intraneus* que haya actuado con dominio del hecho, mientras que los *extranei* siempre serán partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho (2001, p. 50). Con ello adopta para los *intranei* la perspectiva del dominio del hecho, para admitir luego los beneficios de la tesis de los delitos de infracción de deber, que parece rechazar en otra parte (Abanto Vásquez: 2001, pp. 48-50), en el tratamiento del *extranei*. Ello para retomar el dominio del hecho en los delitos especiales impropios, en donde las posibilidades de impunidad se atenúan, pues concluye que, si el dominio lo tuvo el *extraneus* y el *intraneus* no, este será partícipe del delito común que aquél haya cometido (Abanto Vásquez: 2001, p. 50).

La búsqueda de consecuencias político criminales que no sean insatisfactorias y que tomen en cuenta el merecimiento de pena de la intervención de los *intranei* y *extranei*, es un objetivo irrenunciable (López Peregrin: 1997, p. 92, 97-98). Pero tampoco debería conducirnos a no perseguir un mínimo de coherencia dogmática, que podría lograrse bajo la tesis de la infracción de deber. La unidad del título de imputación no tiene porque definirse, necesariamente, en el marco del injusto de quien tiene dominio del hecho. La accesoriedad del participe puede derivar del hecho del autor que solo infringe un deber, y entonces el título de imputación siempre estará referido a la infracción de ese deber especial que solo podrá llevar a cabo el *intraneus* como autor. Así parece entenderlo, al menos en sus consecuencias, la doctrina peruana de la parte especial, concretamente con relación al enriquecimiento ilícito Gálvez Villegas señala como regla general que "si los particulares participan en la obtención del incremento patrimonial ilícito de un funcionario o servidor público, su conducta será igualmente desvalorada por el ordenamiento jurídico penal, y por tanto serán considerados como sujetos activos de este delito, solo que en calidad de partícipes" (2001, p. 155).

Ahora bien, se ha criticado a los delitos de infracción de deber, entre otras cuestiones, su posible confrontación con el principio de legalidad (Gimbernat Ordeig: 1966, p. 298; Díaz y García Conlledo: 1991, p. 34, nota 17), sobre todo por las consecuencias a las que arriba en el tratamiento de los delitos especiales impropios. Pero como acota García Cavero, la presencia de delitos de infracción de deber dentro del Código Penal es innegable, y la diferencia de criterios de imputación respecto de los delitos de dominio es evidente y respeta mucho más el principio de legalidad que el dejar su determinación a puros criterios fácticos de imputación (1999ª, pp. 44-45). Tal consideración es pertinente, sin perjuicio de ulteriores desarrollos y de entender en todo caso que, de la presencia formal de delitos de deber en la ley penal, solo cabe deducir la necesidad de asumir criterios acordes con la necesidad de imputar responsabilidad en ese ámbito normativo, a

lo que no se opone el sentido del artículo 23° del Código Penal que no define la autoría en términos de infracción de deber o dominio del hecho.

En esa perspectiva podrán adoptarse criterios normativos de imputación que, por su adecuación a la estructura del injusto de infracción de deber, permitirá arribar a soluciones más satisfactorias. Así, en el ejemplo de Abanto Vásquez, del funcionario que le da la llave al particular para que sustraiga de su oficina los bienes que custodia para que los venda y se repartan el beneficio (2001, p. 49), no cabe sino atribuir autoría de peculado al *intraneu* y complicidad primaria al *extraneu*, el delito se consumó mediante la ruptura de ese deber de custodia que fundamenta la punición a título de peculado. Aceptar, como propone el autor citado, que el funcionario debe ser sancionado solo por colaboración en un hurto, significaría entender que en este caso el Derecho Penal no desvalora la ruptura de ese deber de custodia o, peor aún, que el *intraneus* mediante el simple concurso de terceros podrá determinar una imputación más beneficiosa para todos los participantes.

Aún cuando el quebrantamiento del deber opere por omisión o el aporte sea mínimo cabe observar la autoría del *intraneus* y la participación del *extraneus* que interviene decisivamente. Roxin acepta que "forman parte de estos delitos de deber los hechos de omisión impropia en los cuales es irrelevante la conducta externa, mientras que la lesión de un deber de garante, constitutiva del tipo, por regla general también fundamenta la autoría. El no garante solo puede ser siempre partícipe, incluso cuando influye en el omitente actuando activamente" (1998ª, p. 364). Fruto de su propia concepción, con mayor amplitud, entiende Jakobs que "la relación del interviniente con el bien siempre es directa y sin mediación accesoria, siempre en concepto de autor y sin tener en cuenta en absoluto un hacer", pues "el interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido" (1997, p. 791).

En síntesis, la consideración del enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber bajo la forma de delito especial propio, conduce a entender que la autoría viene definida por la violación de ese deber, autor solo puede serlo el *intraneus*, aún en los casos de autoría con instrumento doloso no cualificado en donde no hace falta recurrir a la construcción de la autoría mediata, la coautoría no existe sino a lo sumo la infracción paralela y simultánea del deber que da lugar a autorías individuales. El *extraneus*, aunque fuera un instrumento doloso, solo responderá como partícipe del delito especial según el grado de intervención, como instigador o cómplice, primario o secundario. De esta forma, el dominio del hecho es irrelevante, al igual que el quebrantamiento del deber opere por acción u omisión.

Es más, ya ni siquiera la consideración de un sector doctrinal del enriquecimiento ilícito como delito de propia mano, lo que sin duda cabe discutir ante la clara posibilidad de intervención de *extranei* en los delitos de infracción deber, podría afectar estas conclusiones. En una perspectiva funcional, y en cuanto aquí interesa poner de relieve, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2000, pp. 373 ss., 408) ha planteado una equivalencia normativa entre la autoría mediata e inmediata. Así, que ambas sean distintas desde el punto de vista fenomenológico-natural, carecería de trascendencia para el Derecho Penal, y este criterio debería extenderse a su juicio, inclusive, al tratamiento de los delitos de propia mano. Este planteamiento naturalmente no se cifra en una concepción unitaria de la autoría y participación, y más allá de la valía de sus conclusiones permite advertir una clara tendencia a establecer un fundamento normativo común a las diversas formas de autoría, más allá del bagaje ontológico del dominio del hecho. Sin duda alguna, el desarrollo que los delitos de infracción de deber vienen adquiriendo desde su postulación por Roxin hace más de cincuenta años, se incardina en esa dirección.

§ 4. Allí donde se admite, como aquí, que el *extreneus* puede responder como partícipe de un delito especial propio como el enriquecimiento ilícito, se ha discutido la posibilidad de plantear, en el terreno de la "determinación judicial de la pena", una atenuación del marco legal abstracto para el partícipe, atendiendo a su desvinculación de los deberes que fundamentan la punición. El legislador alemán ha resuelto expresamente este problema a través del § 28 (1) previendo una atenuación obligatoria "porque el injusto y la culpabilidad del partícipe no cualificado aparecen en todos los casos como esencialmente menores que los del autor, y este desnivel demanda una apertura hacia abajo del marco penal" (Jescheck: 1993, p. 601).

El Código Penal peruano no prevé un privilegio similar, tampoco el Código Penal español razón por la cual se ha planteado en la doctrina hispana una atenuación del marco penal mediante un razonamiento analógico, es decir admitiendo la "atenuante por analogía de no funcionario" (Olaizola Nogales: 1999, p. 185). De modo semejante, en el ámbito nacional se ha propuesto la atenuación de la pena para la participación en delitos especiales impropios, como producto de una analogía *in bonam parte* a partir del artículo 26° del Código Penal, en el sentido de que el marco penal de los tipos especiales no debe servir para agravar la responsabilidad penal del *extraneus* sobre quien no recae el deber especial, de modo que podría admitirse la aplicación de la pena del partícipe en el correlativo delito común (Abanto Vásquez: 2001, pp. 51-52; Gálvez Villegas: 2001, pp. 184-185). También podría pensarse, aún en el ámbito de la "determinación judicial de la pena", en una perspectiva analógica *in bonam parte* por la no condición de funcionario a partir de la agravante del artículo 46-A° del Código Penal, si dicha

condición permite agravar la pena, allí donde ya se contempla esa razón de cualificación, como en los delitos especiales propios de funcionario, cabría postular bajo el argumento "*a pari*" ("a igual razón, igual derecho") una atenuación de hasta un tercio por debajo del mínimo del mínimo legal, la que podría aplicarse tanto en los delitos especiales impropios como propios, ante la no dependencia de un marco de referencia derivado de un respectivo delito común.

Pero ante estas opciones cabe poner en duda si la condición de no funcionario o *extraneus*, es decir la desvinculación del deber institucional permite, de cara a la prohibición de doble valoración o principio de inherencia (consagrada expresamente en el artículo 46-A° y con alcance general en el artículo 46°), una ponderación fundamentadora de la responsabilidad solo a título de partícipe por la condición de *extraneus* y otra limitadora de la punición por el mismo motivo.

Además, bajo la propuesta vinculada al artículo 26° se llegaría a una consecuencia idéntica a la ruptura del título de imputación, con lo que la defensa de la unidad del título aparecería como una justificación dogmática sin consecuencias. O más bien implicaría aceptar, ya fuera de la analogía, que respecto de la condición de funcionario no rige la accesoriedad, como se admite en nuestro medio en torno al parentesco al fijarse las reglas de participación del *extraneus* en el parricidio, sino la incomunicabilidad, pero con ello la injerencia de los *extrenei* sería siempre impune en los delitos especiales propios, problema que no se presenta en los tipos de homicidio. Es más, en los delitos especiales propios el problema es aún de mayor trascendencia, ya ni siquiera existe un correlativo delito común que permita, si se aceptara el razonamiento analógico derivado del artículo 26°, adoptar un marco penal de referencia para sancionar al *extraneus* sin sobrepasar el merecimiento de pena.

Hasta donde alcanzo a ver la alternativa más adecuada es resolver el problema fuera del ámbito de la "determinación judicial de la pena", sino en el terreno propio de la "individualización judicial de la pena" en sentido estricto. De esa forma corresponderá al juez, conforme a las circunstancias del caso ponderar dentro de los límites del marco legal del delito especial la pena relativa al *extraneus*, conforme a los criterios del artículo 46° del Código Penal. Se ha entendido que a ello podría oponerse el sentido del numeral 3, según el cual el juez debe tomar en cuenta la importancia de los deberes infringidos (Abanto Vásquez: 2001, p. 52), y ello tal vez porque este criterio se ha vinculado a la mayor gravedad del injusto y así a un mayor merecimiento de pena. Pero tampoco debe olvidarse que el artículo 46° consagra expresamente la prohibición de doble valoración ("en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad"), de modo que el numeral 3 no puede desplegar efectos agravantes porque "la importancia de los deberes infringidos" ya ha determinado el fundamento de la

punición del *extraneu* mediante la extensión del injusto del *intraneu* que infringe el deber, esto es como consecuencia de la accesoriedad limitada.

En esa perspectiva, el juez podrá atenuar la pena del partícipe *extraneus* dentro del marco legal previsto por el delito especial, solución acorde con la prohibición de exceso que fundamenta el principio de proporcionalidad, garantizado a nivel constitucional y a través del artículo VIII del Código Penal que fija como límite máximo de la pena la "responsabilidad por el hecho". Así, como consecuencia de la proporcionalidad concreta o judicial, la sanción de dicho partícipe quedará sujeta a la relevancia del bien jurídico y sus concretas formas de ataque, es decir el concreto disvalor de su comportamiento merecedor de pena.

§ 5. A diferencia de algunos textos legales que expresamente prevén la responsabilidad del "testaferro" u "hombre de paja", el Código Penal peruano no resuelve expresamente el problema. Por ello se discute en la doctrina nacional si cabe sancionar a quienes intervienen para ocultar o disimular el estado de enriquecimiento del funcionario. Se ha sostenido que no debe admitirse la punición porque estos sujetos participan solo en el ocultamiento, conducta ajena al acto de enriquecerse, siendo posible aceptar más bien la sanción por encubrimiento real (Abanto Vásquez: 2001, p. 489). En contra se ha señalado que estamos ante un caso de complicidad (Rojas Vargas: 2001, p. 471) o participación punible (Portocarrero Hidalgo: 1996, pp. 243-244).

No se justifica un rechazo o una admisión general, la punición del testaferro solo puede depender de la aplicación de las reglas generales de la participación delictiva, que indudablemente van más allá de la literalidad del artículo 401° del Código Penal. Conforme al modelo de delito de infracción de deber aquí adoptado, si el delito no está consumado porque el autor aún no ha alcanzado el resultado de enriquecimiento, entonces el testaferro podrá ser sancionado como autor si es *intraneus* (no solo funcionario sino especialmente obligado) o, como ocurrirá en la mayoría de los casos, a título de cómplice si es *extraneus*. Debe pues entenderse que el delito se consuma con el enriquecimiento del funcionario, sin exigirse que sea este el poseedor o titular formal de los bienes, solo se exige que el *intraneus* ostente una relación de poder de control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio encubierto, y en consecuencia sobre el sujeto interpuesto, si esa condición no existe o está en duda, sencillamente no habrá testaferrato ni participación criminal. Finalmente, si el delito ya está consumado la responsabilidad del testaferro podrá discutirse dentro de los alcances de las formas de encubrimiento real del artículo 405° del Código Penal.

VIII. LAS FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

§ 1. También la admisión de la tentativa en el enriquecimiento ilícito genera controversia en la doctrina nacional. Se ha negado la tentativa, entre otras razones, porque la descripción típica lo impediría, si se entiende que para la consumación no basta el "enriquecimiento" del funcionario sino además el vencimiento de los plazos para la "justificación" de ese incremento, sin enriquecimiento no habría nada que justificar, por lo que las posibilidades de tentativa decaen (Abanto Vásquez: 2001, p. 487; Fontán Balestra: 1980, p. 366; Buompadre: 2001, p. 353). Pero la postura mayoritaria admite la tentativa, incluso cuando el enriquecimiento opera instantáneamente (Frisancho Aparicio-Peña Cabrera Freyre: 1999, p. 357), a través de un solo acto, o ante "incrementos fronterizos con los incrementos significativos" (Rojas Vargas: 2001, p. 470), pero sobre todo si el enriquecimiento se produce a lo largo del tiempo (Gálvez Villegas: 2001, p. 163; Bramont Arias: 1990, p. 81).

§ 2. La exclusión de las formas de ejecución imperfecta sobre la base de un "deber de justificación" no reconocido jurídicamente, es una fundamentación insuficiente. Tampoco es satisfactorio el recurso a criterios de difícil determinación como "incrementos fronterizos", antes habría que fijar un límite cuantitativo para delimitar la frontera penal, ello con el consiguiente riesgo de criminalizar como tentativa comportamientos penalmente irrelevantes o donde no existe ya un "enriquecimiento notorio" (Abanto Vásquez: 2001, pp. 487-488). Pero estas construcciones y las que estriban en criterios temporales (ejecución instantánea o sucesiva), no deben aceptarse porque entonces se estaría criminalizando la tentativa de un delito de peligro abstracto, lo que cabe rechazar tanto por consideraciones político criminales, sobre todo porque entonces la lesividad se espiritualiza, como por las dificultades de fundamentar dogmáticamente la punición del peligro de crear un peligro abstracto para un bien colectivo.

No puede reforzarse esta conclusión bajo el argumento parcial de que la tentativa de enriquecimiento ilícito ya sería más bien, por su subsidiariedad, la de otro delito (Zarazo Oviedo: 1998, p. 58; Peña Ossa: 1995, p. 205; Gómez Méndez: 2000, p. 259). Como se ha visto, el ámbito del enriquecimiento ilícito comprende incrementos patrimoniales que pueden derivar, inclusive, de la comisión de infracciones disciplinarias, casos en los que según dicho argumento tendría que admitirse la ejecución imperfecta del tipo.

§

VI

CAPÍTULO VI

EL DELITO DE PREVARICATO

ARTÍCULO 418° DEL CÓDIGO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

En un contexto como el actual, en que se pone énfasis en el incremento de la criminalidad y, en directa relación causal, se pone en cuestionamiento continuo la actuación de jueces y fiscales, ya sea mediante la atribución de actos de corrupción o a través de cuestionamientos respecto a su capacidad, es de extrañar que una de las figuras legales que tienen por propósito cautelar el correcto funcionamiento de la administración de justicia hayan recibido un tratamiento tan escaso por parte de la doctrina penal nacional (Rojas Vargas: 2004[b], p. 433).

Las razones del estancamiento dogmático de la figura se vinculan a dos cuestiones de orden práctico: (i) La (aparentemente) escasa relevancia forense del delito de prevaricato (Serrano Gómez-Serrano Maíllo: 2006, p. 846); y, (ii) Los problemas de interpretación que subyacen a la fórmula legal. Ambas cuestiones se encuentran, sin duda, cercanamente relacionadas.

Este capítulo pretende realizar algunas reflexiones de cara a la interpretación, ciertamente conflictiva, del tipo penal descrito en el artículo 418° del Código Penal.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PREVARICATO Y LA UTILIDAD DE SU IDENTIDAD COMO GUÍA DE INTERPRETACIÓN DEL TIPO PENAL

§ 1. La doctrina ha identificado como bien jurídico protegido en el delito de prevaricato *el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional conforme al imperio del derecho, la legalidad y atendiendo al interés* general. Así lo reconocen expresamente en esta clase de delitos González Cussac (1997, p. 24), Ferrer Barquero (1997, p. 2002), Mir Puig (2000, p. 42), Ramos Tapia (2000, p. 249), Serrano Gómez-Serrano Maillo (2006, p. 843), Buompadre (2001[a], p. 560), Gómez Méndez-Gómez Pavajeau (2004, p. 421). Este interés jurídico tiene cercana relación con el principio constitucional de estricta sujeción a la ley y la Constitución de los magistrados, previsto en el artículo 146° de la Carta Fundamental (Cancio Meliá: 1997, p. 1174).

Como se observa, no es la **legalidad** el único factor componente del interés tutelado en el delito de prevaricato. La doctrina dominante introduce como componentes adicionales el **derecho**, como "conjunto de técnicas encaminadas a solucionar conflictos de un modo ponderado, proporcional" (Muñoz Conde: 2001, p. 873), y el **interés general**. La actuación del juez o el fiscal dentro de estos contornos afianza, colateralmente, la confianza de la ciudadanía sobre el sistema de administración de justicia (especialmente sobre este asunto, Polaino Orts: 2011, *passim*).

Esta identificación del bien jurídico protegido más allá de los contornos de la mera legalidad ha sido destacada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República en la sentencia del 3 de setiembre de 2007 (A.V. N° 05-2006) en la que se sostiene: "el bien jurídico protegido, en buena cuenta, consiste propiamente en la postergación por el agente de la validez del Derecho o de su imperio y, por tanto, en la vulneración del Estado Constitucional, lo que requiere inevitablemente que la resolución judicial importe un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes".

Ahora, conforme a la configuración del sistema de administración de justicia, la posibilidad de afectar el bien jurídico no corresponde exclusivamente al juez, quien dirime las controversias legales, sino también al fiscal quien si bien no lesiona el bien jurídico protegido, al no ser el dirimente del conflicto judicial, por su significativa posición dentro del proceso judicial tiene capacidad de poner en riesgo el interés tutelado penalmente, especialmente en el vigente ordenamiento procesal penal en el que ha adquirido un papel especialmente protagónico. Sobre esta cuestión profundizaré en líneas posteriores.

§ 2. Corresponde analizar si el interés penalmente protegido se encuentra limitado a cierta clase de jurisdicción o si más bien tiene un alcance general. Debe, en este contexto, recordarse que el 139.1° de la Constitución Política del Perú si bien reconoce el principio de unidad de la función jurisdiccional, da cuenta de la existencia paralela de una jurisdicción militar y una arbitral. La cuestión por responder sería: ¿protege el tipo penal de prevaricato el correcto ejercicio de la función jurisdiccional militar y jurisdiccional arbitral?

Respecto al primer caso, el antecedente proporcionado por los artículos 203° a 205° del Código de Justicia Militar de 1980 que regulaban la prevaricación en la justicia castrense, permite sostener que aquellos no son de competencia del juez ordinario y, por lo tanto, que los Jueces Militares se encuentran excluidos del ámbito aplicativo del artículo 418° del Código Penal. En ese sentido, debe destacarse que, aunque ni los Códigos de Justicia Militar Policial ni el Código Penal Militar hayan comprendido figuras típicas de prevaricación en sede militar, ello no supone que la legalidad de la actuación del juez militar sea actualmente de

competencia de la justicia ordinaria sino simplemente que el legislador en dichas esferas ha optado por sancionar el prevaricato judicial a través del Derecho Administrativo Sancionador.

A este dato corresponde agregar que la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (Ley N° 29182) establece con claridad que constituye un fuero que "por su naturaleza y finalidad, se relaciona con el **Sistema de Seguridad y Defensa Nacional**, dentro de la autonomía e independencia que les reconocen la Constitución Política del Perú y sus respectivas leyes". No es parte, por ende, del sistema de administración de justicia.

§ 3. Queda por analizar la situación de la jurisdicción arbitral: ¿su correcto funcionamiento se encuentra protegido por el artículo 418° del Código Penal? Esta cuestión merece algunas reflexiones relacionadas a la naturaleza de la institución arbitral. Y es que la identificación de la naturaleza jurídica del arbitraje es fundamental para resolver el problema planteado pues aquella determina su cobertura –o no– por el tipo penal de prevaricato.

Existe un inacabado debate en torno a esta cuestión, existiendo tres posiciones dominantes: La tesis *contractual,* la tesis *jurisdiccional* y la tesis *mixta o intermedia* del arbitraje. La toma de posición respecto a esta cuestión tiene importante trascendencia práctica: si se asume la tesis de la naturaleza contractual del arbitraje, sin duda la protección penal que otorga el delito de prevaricato no abarcará a la jurisdicción arbitral; si se sostiene la tesis de la naturaleza jurisdiccional, o incluso mixta, del arbitraje, se podría considerar dentro del ámbito de protección del artículo 418° del Código Penal la llamada jurisdicción arbitral, teniendo que analizar, posteriormente, si ello puede proponerse de *lege lata* o *lege ferenda*.

A favor de la *tesis de la contractualidad,* también conocida como *tesis procesalista,* se sostiene que el arbitraje constituye una institución del Derecho Privado y que la eficacia que proporciona el Derecho Procesal Civil a los laudos arbitrales resulta un simple *auxilio* irrelevante para determinar su naturaleza jurídica (Lohmann Luca de Tena: 2009, p. 46). Por el contrario, la *tesis de la jurisdiccionalidad* sostiene que el arbitraje posee naturaleza jurisdiccional a partir de la declaración contenida en el artículo 139.1° de la Constitución Política que hace referencia a la *jurisdicción arbitral* (Parodi Remon: 1989, p. 514) lo que se evidencia del imperio que tienen las decisiones provenientes de los tribunales arbitrales (Vidal Ramírez: 2003, p. 31). La *tesis mixta* sostiene que el arbitraje posee una naturaleza contractual-jurisdiccional, la primera naturaleza –la contractual– se manifiesta en un primer momento, el del nacimiento del arbitraje, mientras que su segunda naturaleza –la jurisdiccional– se manifiesta en el desarrollo posterior del arbitraje (Castillo Freyre-Vásquez Kunze: 2007, p. 47; Vidal Ramos: 2021, pp. 58 ss.).

§ 4. La cuestión en debate ha sido ya resuelta por nuestro Tribunal Constitucional a través de sentencia del 28 de febrero de 2006 (Exp. N° 06167-2005-HC, caso Fernando Cantuarias Salaverry) en que el Tribunal Constitucional se decanta por una formula intermedia en la que reconociendo el origen contractual de la relación arbitral opta por admitir la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional reduce la relevancia –de cara a determinar la naturaleza jurídica de la institución– del origen contractual del arbitraje al señalar: "La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses **no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto**, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución" (fundamento jurídico decimoprimero).

En este contexto, aunque la declaración contenida en el fundamento jurídico decimoquinto de la aludida sentencia ("Conforme lo señala el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, N° 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. **De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio**, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral") pareciera significar una toma de posición a favor de la tesis intermedia, reconociendo los verdaderos alcances de dicha declaración observaremos que la referencia a la *naturaleza contractual* se formula respecto al *convenio arbitral* que, en efecto, es un contrato.

En segundo lugar y tras descartar la naturaleza contractual del arbitraje, el Tribunal Constitucional reconoce que el artículo 139.1° de la Constitución contiene una declaración de excepcionalidad de la jurisdicción arbitral que configura el derecho a que "el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada" (fundamento jurídico sétimo).

El carácter privado del arbitraje no afecta su naturaleza jurisdiccional dado que cumple con los requisitos propios del ejercicio de jurisdicción (conflicto *inter partes*, interés social en la composición del conflicto, intervención del Estado mediante el órgano judicial, aplicación de la ley o integración del Derecho), por lo que el arbitraje constituye "un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios

constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional" (fundamento jurídico octavo).

§ 5. Por estas razones es que el Tribunal Constitucional reconoce el imperio, en sede arbitral, de los principios constitucionales propios de la función jurisdiccional, entre ellos, los componentes de la garantía genérica del debido proceso (fundamento jurídico noveno) (Landa Arroyo: 2007, pp. 40-42), entre los que puede mencionarse la imparcialidad y la independencia (Vidal Ramos: 2021, pp. 61 ss.).

§ 6. Estas apreciaciones permiten sostener que el árbitro desempeña función jurisdiccional. Sin embargo, que esto sea así no implica necesariamente que el adecuado ejercicio de su función sea comprendido dentro de la esfera de tutela penal propia del artículo 418° del Código Penal. En efecto, la cobertura y plena identificación del bien jurídico protegido provendrá de otros datos proporcionados por el tipo penal y que, fijando posición, no concurren en el árbitro.

En esa línea, la delimitación de autoría proporcionada por el texto legal permite reconocer que la protección penal se encuentra direccionada exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, excluyendo la de tipo arbitral y, como se indicó anteriormente, la jurisdicción militar. La no inclusión del árbitro dentro del círculo de autores del delito de prevaricato responde a una opción legislativa que irradia en la discusión sobre el interés tutelado penal que hemos propuesto.

III. EL TIPO DE INJUSTO DEL DELITO DE PREVARICATO

1. Fórmula legal

El delito de prevaricato, descrito en el artículo 418° del texto original del Código Penal, sanciona al juez o fiscal que "El juez o el fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas".

Posteriormente, como consecuencia de la Ley N° 28492, del 12 de abril de 2005, el tenor del artículo en mención quedó del modo siguiente: "El juez o el fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas".

Recientemente, mediante la Ley N° 32182, del 11 de diciembre de 2024, se incorporó un segundo párrafo, que establece –como modalidad agravada del

delito– cuando el juez o fiscal "incumpliendo dolosamente sus deberes funcionales, ordena o dispone la libertad de una persona detenida en flagrancia por la Policía Nacional del Perú o detenida por arresto ciudadano por la comisión de delitos (...)".

2. Los autores

El prevaricato es un delito especial propio de infracción del deber pues requiere en el autor la concurrencia de una condición especial de autoría: ser juez o fiscal. Veamos algunas particularidades al respecto.

2.1. El juez

Respecto a quien puede ser considerado *juez* para los propósitos del delito de prevaricato pueden generarse ciertas dudas respecto a si dicha expresión debe comprenderse limitadamente o extensivamente.

En efecto, desde una óptica cerrada se podría considerar que la referencia típica al *juez* corresponde únicamente a aquellos sujetos que posean ese título de forma nominal: jueces de paz, jueces especializados o jueces mixtos. Ahora, aunque la Ley Orgánica del Poder Judicial utiliza recurrentemente la expresión "vocales", para referirse a los jueces superiores y supremos, el artículo 26° de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial supera cualquier posible discusión y permite comprenderlos dentro del radio de acción del delito de prevaricato.

Es irrelevante si el agente tiene esa forma estable (titularidad) o si esta tiene carácter provisional (provisionalidad o suplencia).

2.2. El fiscal

Menos conflictiva resulta la interpretación del término "fiscal" pues los títulos propios del Ministerio Público no provocan dudas: fiscales provinciales, superiores o supremos son, siempre, **fiscales** y con ello resultan abarcados por el tipo penal de prevaricato. A mayor abundamiento, el artículo 2° de la Ley Orgánica del Ministerio Público provee de una cláusula conceptual que señala que "las palabras 'fiscal' o 'fiscales', sin otras que especifiquen su jerarquía, designan a los representantes del Ministerio Público".

En este caso, tampoco resultará relevante las características del título habilitante del fiscal pues el tipo penal comprende a los titulares en el puesto, así como a quienes acceden provisionalmente al mismo.

2.3. Cuestiones problemáticas: el juez militar, el árbitro y los magistrados del Tribunal Constitucional

Ahora, a modo de complemento de los aspectos desarrollados anteriormente, corresponde hacer algunas precisiones respecto a la situación de dos actores específicos: el juez/ fiscal militar y el árbitro.

2.3.1. El juez/fiscal militar

Respecto al juez militar y el fiscal, en líneas anteriores hemos referido que el contenido del bien jurídico penalmente protegido en este delito excluía la jurisdicción militar de su ámbito de protección. Esto, como es lógico, permite lleva a deducir que el tipo penal de prevaricato del artículo 418° del Código Penal excluye de su círculo de autoría a los integrantes de la justicia militar.

2.3.2. El árbitro

§ 1. Ahora, la situación del árbitro es ciertamente de mayor complejidad y de solución más intrincada. Es que el ejercicio de la actividad arbitral apartándose de los criterios de legalidad y justicia puede significar el menoscabo de la función jurisdiccional que, pese a sus particularidades propias, ejerce el árbitro. Como se desprende de este planteamiento, la cuestión entonces no es si, en efecto, debe protegerse penalmente el correcto funcionamiento de la jurisdicción arbitral sino si tal protección es defendible de *lege lata* o, más bien, debe ser propuesta de *lege ferenda*.

Este nivel de complejidad o dificultad se acrecienta si reconocemos la existencia de casos judiciales en los que se sostiene –como hipótesis– la funcionalización del arbitraje para propósitos espurios asociadas a su labor en la solución de controversias en torno a contratos públicos, lo que ha significado –como resalta Vidal Ramos– un duro golpe para el desarrollo y la reputación del sistema de arbitraje peruano (2021, p. 300).

§ 2. Para responder a esta cuestión debe analizarse si la expresión "juez" contenida en el artículo 418° del Código Penal comprende también a quien se desempeña como árbitro. Aunque debe convenirse que la expresión "juez" alude –como indicamos– a todo aquél que posee *autoridad y potestad para juzgar y sentenciar* y el árbitro, en efecto, posee facultades y obligaciones similares a las judiciales: sujeción a la ley y obligación de actuar con imparcialidad e independencia (Castillo Freyre: 2007, pp. 41-42; Matheus López: 2006, pp. 102-103; Ramos Vidal: 2021, pp. 61-65), lo cierto es que el árbitro no es propiamente un juez.

Justamente por estas razones la opción de considerar comprendido dentro de los alcances del artículo 418° del Código Penal al árbitro por subsunción en el término "juez" enfrenta el mandato de *lex stricta* y la prohibición de analogía en Derecho Penal. Correctamente sostienen Castillo Freyre-Vásquez Kunze: "Un árbitro 'es como' un juez porque ejerce la misma función, pero 'no es' un juez" (2007, p. 44), por lo que considerarlo comprendido en el tipo penal merced al término "juez" supone una aplicación analógica de la ley penal que enfrenta el contenido esencial del principio de legalidad penal.

Aunque no es el lugar para discutir si es plausible castigar el prevaricato del arbitro, si puede reconocerse la existencia de posturas en favor de dicha opción, como la formulada por Peña Cabrera Freyre (2011, p. 142).

2.3.3. Los magistrados del Tribunal Constitucional

La posición de los magistrados del Tribunal Constitucional es ciertamente más conflictiva y esto, no tanto con relación a la materia respecto de la cual son competentes [la constitucional] sino con relación a la posibilidad de comprender como posibles autores del delito de prevaricato a los magistrados del Tribunal Constitucional dada su función de "órgano de control de la Constitución" [artículo 201° de la Constitución Política del Perú].

En efecto, a diferencia de los jueces constitucionales [de primera y segunda instancia], respecto de quienes es posible el control de legalidad [por un órgano superior que determine la sujeción a legalidad de su decisión], en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional dicho control está ausente a partir de lo dispuesto en el artículo 201° de la Constitución Política del Perú y lo previsto por el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ["El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido solo a la Constitución y a su ley Orgánica"].

Ahora, en nuestra opinión, aunque resulte discutible aceptar la posibilidad de comprender a los magistrados del Tribunal Constitucional como posibles autores del delito de prevaricato de derecho, en la medida en que se erigen como *supremo intérprete de la Constitución* [lo que determina su supremacía sobre los órganos del Poder Judicial en la interpretación de la ley], distinto es el caso del prevaricato de hecho en la medida en que la verificación del carácter delictivo del hecho no pasa por una valoración sobre el sentido jurídico o alcances de la ley (en ese sentido, Peña Cabrera Freyre: 2011, p. 145).

3. La víctima en el delito de prevaricato

Este acápite tiene por objeto poner énfasis en uno de los principales defectos dentro de la *praxis* fiscal y judicial en estos delitos y, en general, en los delitos que afectan los intereses colectivos o institucionales: la confusión entre la figura de la víctima del delito y la del sujeto pasivo. Esta situación tiene efectos procesales trascendentes en la medida en que puede incidir en la exclusión de quienes han resultado afectados por el prevaricato.

No es inusual observar posiciones en el Ministerio Público y el Poder Judicial que rechacen el reconocimiento de las personas naturales o jurídicas directa o indirectamente afectadas por los delitos contra la administración de justicia como agraviados de esta clase de delitos. Estas posturas responden a la confusión existente entre los conceptos de sujeto pasivo y agraviado o perjudicado del delito.

Desde nuestra perspectiva, no existen inconvenientes en comprender a la víctima del delito, esto es, a la persona afectada por el acto prevaricador, como agraviada y, por ello, con legitimidad para requerir su incorporación procesal como actor civil.

4. La acción típica en el delito de prevaricato

El tipo penal comprende dos modalidades del comportamiento: (i) la de dictar resolución o emitir dictamen manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley o apoyándose en leyes supuestas o derogadas; y, (ii) citar pruebas inexistentes o hechos falsos.

La acción típica, como se observa, debe manifestarse o recaer necesariamente en *resolución* o *dictamen*. Ahora, es conveniente hacer ciertas precisiones respecto a la significación jurídico penal de dichas expresiones.

4.1. Resolución

Este término comprende todas las clases de resoluciones judiciales: los decretos, los autos y las sentencias (Cancio Meliá: 1997, p. 1176; Gómez Méndez-Gómez Pavajeau: 2004, p. 424). En efecto, aunque un sector importante de la doctrina penal considera que la expresión *resolución* en el prevaricato alude únicamente a aquellas que tienen contenido decisorio, fundando dicha posición en el principio de mínima intervención (González Cussac: 1997, pp. 48-49; Buompadre: 2001ª, pp. 561-562; Peña Cabrera Freyre: 2011, p. 149), creo que una interpretación restrictiva como esta dejaría sin cobertura penal una serie de conductas que en las que la intervención judicial, sin tener carácter decisorio, pongan en riesgo la estabilidad del sistema jurisdiccional (por ejemplo, el acto de correr traslado de

una petición cautelar a quien será afectado con la misma, aunque no tiene carácter decisorio, no solo afecta la legalidad que determina que dichas peticiones se resuelven *inaudita pars* sino que pueden llegar a afectar el derecho a la tutela procesal efectiva del solicitante de la medida cautelar).

Por ello, es preferente entender la expresión *resolución judicial* en términos extensivos de forma tal que comprendan todas las manifestaciones del pronunciamiento judicial, esto es, aquellas previstas en los artículos 121° del Código Procesal Civil y 123° del Código Procesal Penal. Ahora, es evidente que cada uno de estos tipos de resolución judicial tiene distinta capacidad de lesionar el bien jurídico, incrementándose la lesividad del comportamiento dependiendo de si el comportamiento prevaricador se produce a través de un decreto, un auto o una sentencia judicial.

Distinta es la posición de Parma (2005, p. 215), quien sostiene que los decretos de mero trámite no son objeto del delito de prevaricato pues son generalmente confeccionadas por los secretarios judiciales y no resuelven cuestiones de fondos. Esta posición, sin embargo, deja sin respuesta la cuestión de la lesividad que, pese a su menor intensidad, aun reflejan las conductas desarrolladas sobre los decretos. Ahora, es también importante aclarar que la afirmación anterior no impide la introducción de criterios normativos destinados a la restricción del tipo penal.

Es intrascendente si la resolución judicial prevaricadora tiene o no la calidad de cosa juzgada, esto es, si es firme. En ese sentido se decantan González Rus (2001, p. 1007, Gómez Méndez-Gómez Pavajeau (2004, p. 424) y Parma (2005, p. 215).

4.2. Dictamen. Algunas consideraciones sobre las inconsistentes posiciones que pretenden sostener la descriminalización de la prevaricación fiscal con la entrada en vigencia del CPP

La expresión "dictamen" hace referencia al pronunciamiento emitido por el fiscal. Aunque desde la perspectiva del principio de lesividad, el fiscal se encuentra en plena capacidad de afectar el bien jurídico protegido mediante el tipo penal, un sector de la doctrina penal nacional, recurriendo a argumentos poco consistentes, viene postulando que el cambio de nomenclatura operado con el Código Procesal Penal significaría la descriminalización del prevaricato por parte del fiscal.

En efecto, ciertos autores como Peña Cabrera Freyre-Chinchay Castillo (2013, p. 178) y Salamanca Ponce (2012, pp. 166 ss.), sostienen que la entrada en vigencia del Código Procesal Penal al reconocer un cambio en la posición procesal del fiscal que teniendo la condición de parte procesal no emite ya dictámenes, lo que habría llevado a una derogación tácita del delito de prevaricato que beneficia únicamente a los fiscales penales en aquellos lugares donde se encuentra vigente

el Código Procesal Penal y que tendría sustento en el contenido del principio de taxatividad y la prohibición de analogía (Peña Cabrera Freyre-Chinchay Castillo: 2013, p. 179). Esta tesis, que tiene un claro componente subjetivo en la medida en que resulta sumamente funcional para los intereses personales de sus defensores –todos ellos son fiscales– carece de mayor capacidad de rendimiento.

Antes de examinar nuestros motivos, es importante destacar que uno de sus defensores sostuvo previamente una posición completamente distinta pese a que la circunstancia determinante de su actual planteamiento –la presunta derogación parcial implícita del prevaricato por parte del Código Procesal Penal– ya se había producido. En efecto, Peña Cabrera Freyre (2011, p. 159) en tono crítico sostenía lo siguiente: "Afirmar que la prevaricación fiscal solo puede materializarse a través de la emisión de 'dictámenes' supondría una interpretación meramente literal del tipo penal".

En primer lugar, porque la condición de *parte procesal acusadora* que ostenta el fiscal no deriva del modelo procesal correspondiente al Código Procesal Penal de 2004, sino que existía ya en el Código de Procedimientos Penales ya derogado. Por el contrario, la estructura de roles procesales del vigente estatuto procesal penal ha concedido al Ministerio Público mayores facultades y poderes que aquellas asignadas por el Código de Procedimientos Penales, por ende, la potencialidad lesiva de sus actos sobre el ejercicio de la función jurisdiccional son mayores.

En segundo lugar, la condición del fiscal como *parte procesal* no desvirtúa el hecho de que aquel posea una posición privilegiada con relación a los otros sujetos procesales afectando la vigencia plena del principio de igualdad de armas. Hoy en día resultan perfectamente aplicables las expresiones vertidas hace más de cuatro décadas por Hurtado Pozo respecto a la ausencia de igualdad y equilibrio entre las partes acusadas y el Ministerio Público: "igualdad no es sino una ficción jurídica" (1984, p. 48).

En tercer lugar, una solución como la propuesta por este sector de la doctrina omite resaltar que el fiscal tiene facultades decisorias que tienen efectos equiparables a las que provienen de órganos jurisdiccionales. Ciertamente, el fiscal tiene, antes de la formalización de la investigación preparatoria, la facultad de decidir el archivamiento del caso sin intervención judicial.

Esta posición doctrinal, además, pasa por alto la falta de consenso terminológico normativo respecto a la denominación de los pronunciamientos fiscales lo que hace que cualquier planteamiento basado en la terminología del pronunciamiento fiscal carezca de capacidad de rendimiento; en efecto, la Constitución Política del Perú (artículo 159.6°) y la Ley Orgánica del Ministerio Público utilizan indistintamente la expresión "dictamen" (así en los artículos 82°, 83°, 84°,

86°, 89°, 89-A°, 91°, 92° y 96°), "resolución" (artículo 12°) y acusación (artículo 92°) para identificar el pronunciamiento fiscal; mientras que el Código de Procedimientos Penales utilizaba los términos "denuncia" (artículos 77° y 78°), "dictamen" (artículos 197°, 198°, 199°, 203°) y "acusación" (artículos 225°, 226°, 227°, 229°, 243°).

Pero, además, se tiene que el fiscal interviene no solo en los procesos penales, sino también en los procesos civiles (artículo 114° del T.U.O. del Código Procesal Civil) y en los de violencia doméstica y su parecer se encuentra contenido, en un *dictamen*. Esa misma lógica resulta aplicable respecto a la Ley Orgánica del Ministerio Público, conforme precisamos anteriormente.

Por otro lado, una interpretación del tipo penal consecuente con el fin de protección de bienes jurídicos justifica plenamente la criminalización del prevaricato por parte del fiscal en la medida en que sus decisiones tiene plena capacidad para afectar el bien jurídico tutelado penalmente. No debe olvidarse, en ese contexto, que el fiscal mantiene, antes de la formalización de investigación preparatoria, el poder de desestimar un caso penal sin intervención del juez penal; esa circunstancia, revela con claridad la potencialidad lesiva de una actuación funcional fiscal apartada de la legalidad.

Ahora, es importante aquí hacer ciertas precisiones en torno a la trascendencia de la fase procesal en que se produce la actuación fiscal ilegal, de cara a determinar la distinta ofensividad del comportamiento y, con ello, el distinto merecimiento de pena correspondiente al comportamiento. En efecto, tal cual se indicó anteriormente, existen ciertos escenarios procedimentales en los que la inconducta del fiscal refleja mayor lesividad en la medida en que su actuación resulta carente de control judicial y por ello resultan mayores las posibilidades de que el estado antijurídico generado por el dictamen prevaricador persista. En ese sentido se puede mencionar, por ejemplo, la calificación fiscal de la denuncia de parte o la calificación fiscal posterior a las diligencias preliminares, en donde la decisión fiscal puede generar efectos de mayor trascendencia sobre el bien jurídico en la medida en que la decisión fiscal se encuentra ayuna de controles externos. Esta circunstancia determina, como es lógico, que en estos casos el comportamiento delictivo resulte merecedor de una mayor penalidad.

4.3. El comportamiento típico

§ 1. El tipo penal exige que el autor dicte o emita resolución o el dictamen. Desde esta perspectiva se plantean dos cuestiones dificultosas: la determinación del ámbito de responsabilidad respecto a decisiones colegiadas; y, la identificación del momento en que se tiene por dictada la resolución judicial o el dictamen fiscal. Estas cuestiones serán resueltas en momento posterior por razones metodológicas,

la primera será abordada cuando se traten de cuestiones de imputación objetiva mientras que la segunda se analizará cuando se determine el momento de consumación del delito.

§ 2. La prevaricación judicial puede manifestarse de diversos modos plenamente identificables según la resolución o dictamen: (i) contradiga el texto expreso y claro de la ley o se apoye en leyes supuestas o derogadas; y (ii) cite pruebas inexistentes o cite hechos falsos.

Esta disgregación del contenido del tipo penal permite distinguir los ámbitos de la resolución judicial a que corresponde cada uno de ellos. Como recuerda Benlloch Petit en toda resolución judicial resulta posible distinguir dos operaciones: El *juicio fáctico*, a través del cual se determinan los hechos y, como es lógico, los elementos de convicción que lo sustenta; y, la *operación de subsunción jurídica*, mediante el cual se determina la aplicación de la norma jurídica (2006, p. 333). Pues bien, el juicio fáctico se altera cuando se citan pruebas inexistentes o hechos falsos, en tanto que la alteración de la operación de subsunción jurídica se afecta cuando se contradice el texto expreso y claro de la ley o se aplican leyes supuestas o derogadas.

A continuación, analizaremos cada una de las modalidades de la acción típica de prevaricato.

4.3.1. Prevaricato de derecho: dictar resolución o emitir dictamen manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley o apoyándose en leyes inexistentes o derogadas

§ 1. La primera manifestación de la acción típica en el delito de prevaricato viene conformada por *dictar una resolución judicial o emitir dictamen fiscal manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley* y es conocida en la doctrina como *prevaricato de derecho*.

Dentro de la misma modalidad de prevaricato es posible incorporar los supuestos en los que el agente se apoya en leyes inexistentes o derogadas.

§ 2. Los términos "dictar" y "emitir" son sinónimos y aluden a la acción del pronunciamiento judicial o fiscal manifestado en resolución judicial o dictamen fiscal. A diferencia de las decisiones administrativas, que pueden extraerse de actos omisivos (silencio administrativo), en la prevaricación judicial solo es punible el comportamiento activo (González Cussac: 1997, p. 83).

La cuestión central, en este caso, es determinar *cuando* una resolución judicial o dictamen fiscal contradice el *texto expreso y claro de la ley*. Las cuestiones

asociadas al momento en que se debe tener por *dictada* o *emitida* una resolución judicial o dictamen fiscal será abordada en el apartado referido al momento de consumación del delito.

§ 3. Para tal propósito debe reconocerse que el análisis de la cuestión trasciende los ámbitos de la mera legalidad (Ferrer Barquero: 2002, pp. 108 ss.; Colmenero Menéndez de Luarca: 2004, p. 947), siendo necesario –como indica Muñoz Conde– analizar el tipo penal valorando las cuestiones normativas *"en función del caso concreto y en atención a los postulados de justicia material y no meramente formalistas"* (1999, p. 877). Este planteamiento permite proponer una aplicación racional, no desmesurada, del tipo penal de prevaricato, que resulte concordante con los postulados que derivan del principio de intervención mínima.

Esto quiere decir que la alusión típica a la *resolución contraria al texto expreso y claro de la ley* no debe limitarse a una verificación estrictamente formal, sino que debe contener criterios de carácter material. Justamente esa es la razón por la que González Rus sostiene que la prevaricación no puede limitarse a la verificación de la mera legalidad, sino que debe establecer que la resolución "supone una manifiesta, evidente, incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico" (1997, p. 957). Una línea argumentativa similar desarrolla González Cussac al reconocer que la idea de aplicación rigurosa del derecho subyacente al delito de prevaricato "tampoco equivale a una aplicación meramente formal del mismo" (1997, p. 61).

§ 4. Todas estas opiniones grafican el entendimiento de que la conducta típica del prevaricato supone el *torcimiento del Derecho*, circunstancia que guarda una relación directa con la etiología de la expresión prevaricato que deriva de los verbos "varicare" (andar torcido), "varicator" (el de las piernas torcidas) y "praevaricare" (desviarse del camino recto) (Buompadre: 2001ª, pp. 557-558).

Al respecto, es posible identificar tres posturas destinadas a solucionar esta problemática: La teoría subjetiva, la teoría objetiva y la teoría intermedia (Ramos Tapia: 2000, pp. 276 ss.).

A. Teorías en torno al modo en que debe comprenderse el torcimiento del Derecho en el prevaricato

(i) Teoría subjetiva

La teoría subjetiva recurre al criterio de la contrariedad con la 'convicción' del juez, lo que significaría que el torcimiento del derecho que da contenido al delito de prevaricato supone la contradicción del juez a sus propias convicciones. Esta posición tendría como sustento *el criterio de conciencia* que era el factor determinante de la decisión judicial. Como es de entender, se trata de una posición con

escasa capacidad de rendimiento pues supone una concepción completamente incorrecta de lo que es la función jurisdiccional en virtud de la cual el ejercicio regular de la función jurisdiccional depende exclusivamente de la voluntad del magistrado (y no de la ley) lo que, adicionalmente, provoca serías dificultades en el plano probatorio.

(ii) Teoría objetiva

Por otra parte, la teoría objetiva, predominante en Alemania y España, identifica como criterio para determinar la prevaricación que el juez, en efecto, haya contradicho, de modo absolutamente claro, lo que objetivamente establece el ordenamiento jurídico (Cancio Meliá: 1997, p. 1176).

Ahora, tampoco es que la convicción del magistrado carezca de relevancia, sin embargo, aquella adquiere relevancia solo a nivel de la tipicidad subjetiva (Ramos Tapia: 2000, pp. 286 ss.). Los problemas a los que esta teoría se enfrenta se relacionan con los supuestos en los cuales la determinación del contenido objetivo del ordenamiento jurídico supone una labor de interpretación por parte del magistrado que tiene, como es evidente, componentes de índole subjetivo. Por esta razón, como señala adecuadamente González Cussac, la vinculación de la noción de torcimiento del Derecho con la estricta sujeción de la ley "no supone ni mucho menos alcanzar la solución, sino más bien situarse ante el principio de un camino" (1997, p. 56).

(iii) Teoría mixta

Precisamente por estas consideraciones es necesario introducir –como factor adicional o complementario a la mera infracción objetiva de la ley– la ausencia de aplicación de métodos de interpretación de la ley razonables, de lo que se desprende la intención del juez o fiscal de torcer el Derecho.

En efecto, si el juez o fiscal no aplican la ley recurriendo a algún método de interpretación razonable están manifestando su intención de torcer el Derecho. La utilidad de un entendimiento de este tipo podrá apreciarse con claridad en los desarrollos posteriores.

B. La problemática de las leyes con contenidos indeterminados y leyes multívocas

§ 1. Uno de los aspectos más intensamente discutidos con relación al delito de prevaricato se vincula a su aplicación respecto a leyes que carezcan de contenidos precisos o puedan merecer diversas interpretaciones debido a su contenido

complejo. Si se reconoce la *polisemia* como un elemento consustancial al lenguaje contenido en las leyes, tendrá que reconocerse que se estamos frente a un grupo de casos bastante significativo, sobre todo en espacios del ordenamiento en los que se recurre al reenvío normativo (por ejemplo, las leyes penal en blanco o las que contienen elementos normativos).

§ 2. En estos casos, la doctrina extranjera que ha desarrollado esta problemática ha entendido que la utilización de métodos de interpretación científico-jurídicos excluye la realización de la acción típica propia del prevaricato (González Cussac: 1997, p. 64). En esa línea, la mencionada sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del 3 de setiembre de 2013 (A.V. N° 05-2006) señala: "la ilegalidad –de la resolución– ha de ser por tanto flagrante y quede de manifiesto que la resolución es irracional (la resolución dictada, desde esa perspectiva desconoce los medios y métodos de interpretación del derecho comúnmente aceptables, es decir, no entraña una opinión jurídicamente defendible)" (entrelíneas nuestro).

§ 3. Esta problemática tiene en nuestro caso una solución más sencilla: Si el artículo 418° del Código Penal exige que la resolución o dictamen contradigan el "texto expreso y claro de la ley" resulta evidente que su ámbito de aplicación se limita a aquellos casos en donde no resulte necesario recurrir a métodos de interpretación exhaustivos, justamente por la exigencia de contradicción al texto "expreso y claro de la ley".

C. La problemática de la aplicación discrecional de la ley

§ 1. Menos sencilla es la solución de los supuestos en los cuales la ley objeto de prevaricato es una cuya aplicación es discrecional. Estamos aludiendo a aquella clase de leyes en las que se señala: "El juez podrá (...)".

Queda claro que toda decisión jurisdiccional o fiscal, discrecional o no, se encuentra vinculada a la legalidad y deben contar también con una justificación objetiva que permita diferenciar la discrecionalidad de la mera arbitrariedad (González Cussac: 1997, p. 66). Esto supone que la prevaricación en estos casos será posible siempre que el juez haya inobservado las condiciones o exigencias que autorizan la aplicación discrecional de la ley.

§ 2. Ahora, la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial o fiscal discrecional se encontrará condicionada a la exposición adecuada y suficiente de las razones que sirvieron al juez o al fiscal para optar por la aplicación de la ley. La motivación de la decisión judicial o fiscal (o su ausencia) servirá como elemento indicativo del prevaricato.

D. Prevaricato, argumentación y racionalidad jurídica

Manteniendo la línea expositiva hasta aquí seguida, resulta evidente que la realización del comportamiento típico del delito de prevaricato se vincula estrechamente con la argumentación jurídica, pues su utilización o descarte es la que, finalmente, revela la ilegalidad de la aplicación del Derecho. Por esa razón creo acertada la reflexión hecha por María Inmaculada Ramos Tapia quien al respecto sostiene: "la labor del juez no consiste simplemente en encontrar ese sentido único de la ley sino en optar entre los diversos contenidos posibles de la ley y esa opción solo se legitima por la racionalidad de la fundamentación o argumentación jurídica realizada por el juez" (2000, p. 225).

E. La problemática de la *iusta prevaricatio*

Otro aspecto de especial complejidad se vincula a los supuestos de *iusta prevaricatio,* es decir, los casos en los que el magistrado se desvincula de la ley con el propósito de dar una solución justa al caso.

Cualquier posibilidad de actuación *contra legem* de aquel que ejerce la magistratura debe ser vedada pues supone una infracción manifiesta al deber de estricta sujeción a la ley impuesta a jueces y fiscales. La solución justa a una controversia solo puede ser hallada dentro de los contornos impuestos por la ley (Ramos Tapia: 2000, pp. 271-274).

F. La inobservancia de la jurisprudencia vinculante y de las decisiones del Tribunal Constitucional

§ 1. En el contexto actual de desarrollo y fortalecimiento de la Jurisprudencia como instrumento orientado a garantizar la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido introduciendo y revitalizando mecanismos de uniformización de las soluciones jurisdiccionales en torno a ciertas cuestiones. En esa línea se ubican, por un lado, las sentencias vinculantes –cuya regulación consta en el artículo 301-A° del Código de Procedimientos Penales y en el artículo 433° del Código Procesal Penal– y, por otro lado, los Acuerdos Plenarios –regulados por el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial–.

Precisamente, dado que las sentencias vinculantes y los acuerdos plenarios constituyen mecanismos de proposición de fórmulas interpretativas de la ley, se plantea la cuestión de la posible relevancia penal del apartamiento del juez a la jurisprudencia vinculante a título de prevaricato.

§ 2. Desde esa perspectiva se podría sostener que el juez que se aparta del precedente vinculante expresa un desprecio mayor por la legalidad, en la medida en que precisamente existe ya una propuesta interpretativa que revela la interpretación legal que es calificada como *correcta* por los tribunales de más alta jerarquía y que, por los mecanismos de difusión de la jurisprudencia vinculante, no es desconocida por el juez.

Aunque es indiscutible que una decisión judicial que se aparta de la jurisprudencia vinculante *generalmente* supone una afectación de la seguridad jurídica al afectar los niveles de predictibilidad de las decisiones judiciales. Sin embargo, sostener que el alejamiento del precedente jurisprudencial constituya una posible perturbación de la seguridad jurídica no supone necesariamente sostener que aquello constituya delito de prevaricato.

§ 3. Esto, en primer lugar, porque la jurisprudencia vinculante –conforme refiere el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22– *no es ley*. En efecto, aunque las sentencias vinculantes y los acuerdos plenarios constituyan mecanismos de proposición de fórmulas interpretativas y resulten de observancia obligatoria, carecen de significación normativa y, por lo tanto, no suponen prevaricación judicial. Este, sin embargo, no es el único argumento.

Sostener que el juez que se aparta del precedente vinculante incurre en prevaricato supondría desconocer dos datos fundamentales en torno a la jurisprudencia vinculante: primero, que las propias normas reconocen al juez la posibilidad de apartarse del precedente; y, segundo, que la propia naturaleza de las cosas impide que el juez prevarique cuando se aparta de un precedente vinculante.

En efecto, tanto el artículo 301-A° del Código de Procedimientos Penales, como el artículo 433° del Código Procesal Penal, así como el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconocen la posibilidad de que el juez se aparte del precedente vinculante. Esta posibilidad, *excepcional* conforme reconoce el último de los dispositivos citados, es válida en tanto exista motivación adecuada y se deje constancia del precedente obligatorio que se desestima y los fundamentos que llevan a la desvinculación.

§ 4. Por otro lado, el propio hecho de que un dispositivo legal sea sometido a examen mediante una sentencia vinculante o un acuerdo plenario es precisamente porque aquel plantea ciertos niveles de discusión jurídica que justifican su análisis por parte de los tribunales de la más alta jerarquía, lo que hace que resulte inviable la aplicación del tipo penal de prevaricato en casos de apartamiento del precedente vinculante en la medida en que en estos casos la ley carece de un texto expreso y claro.

§ 5. Ahora, con relación al comportamiento prevaricador realizado mediante la utilización de normas derogadas o inexistentes, no parecen existir mayores dudas sobre su fundamento y alcances: la actuación de los jueces o fiscales se rige por el principio de sujeción a la legalidad, de allí que toda decisión realizada extramuros de la legalidad en rigor tiene efectos perniciosos sobre la estabilidad del bien jurídico.

Las leyes derogadas son aquellas cuya vigencia se ha extinguido y por lo tanto resultan inaplicables. Las leyes inexistentes son aquellas que nunca han entrado en rigor; dentro de ellas se encuentran no solo aquellas absolutamente inexistentes sino las proyectadas y las promulgadas pero que no han tenido vigencia efectiva.

4.3.2. Prevaricato de hecho: dictar resolución o dictamen citando pruebas inexistentes o hechos falsos

Esta modalidad de realización del delito de prevaricato tiene lugar cuando la argumentación fáctica de la sentencia o dictamen fiscal hace referencia a *pruebas inexistentes* o *hechos falsos*. Esta manifestación del prevaricato es conocida como *prevaricato de hecho*.

Se *cita pruebas inexistentes* cuando la fundamentación fáctica se sostiene en base a pruebas inexistentes, esto es, pruebas que no se encuentran incorporadas en el expediente o carpeta judicial respectiva. Es intrascendente si la prueba ha sido incorporada ilícita o irregularmente, pues el propósito del tipo penal no es cautelar la pureza del procedimiento de incorporación de la evidencia, sino asegurar que la fundamentación de las decisiones judiciales o fiscales se apoye en evidencia.

Por otra parte, el propio concepto de *prueba*, divergente del concepto *medio de prueba*, sirve para fundamentar la segunda de las afirmaciones aquí defendidas, esto es, que solo pueden ser considerados como constitutivos del delito de prevaricato la referencia a elementos de juicio *trascendentes para el sentido decisorio de la resolución judicial o disposición fiscal* (Buompadre: 2001ª, p. 565). Si se entiende a la *prueba como resultado*, esto es, como el resultado positivo de las inferencias lógicas provenientes de los *medios de prueba* que permiten llegan a conclusiones respecto a los hechos litigiosos (Taruffo: 2008, pp. 33-35), es evidente que solo podrá sostenerse la concurrencia del delito de prevaricato en aquellos casos en que el razonamiento probatorio haya sido afectado por la utilización o mención de la prueba inexistente. De este modo se logra un resultado compatible con el principio de intervención mínima en los supuestos en que la prueba inexistente sea irrelevante.

Sin embargo, pese a la defensa realizada respecto a la utilización de la expresión *prueba*, es necesario introducir ciertas matizaciones orientadas a evitar posibles cuestionamientos en torno a la posición aquí defendida, que podría llevar –si no se introducen matices adecuados– a excluir del ámbito de relevancia penal la conducta realizada por el fiscal, en la medida en que la expresión *prueba* en sentido técnico jurídico tiene alcance esencialmente jurisdiccional, pues se trata de un *resultado dependiente del juez* quien se forma una convicción psicológica sobre los hechos litigiosos (San Martín: 1999, p. 581).

La posibilidad de calificar la conducta del fiscal en torno a esta modalidad concreta de prevaricato depende de la capacidad que este tenga de afectar, en términos de peligro concreto, la funcionalidad del sistema de administración de justicia lo que, a nuestro entender, depende de su capacidad decisoria. Desde esa perspectiva, la conducta prevaricadora no se agota con la mera mención a una prueba inexistente, sino que aquella debe ser un instrumento que determine el sentido de la resolución o el dictamen fiscal. Esto significa que la simple referencia a pruebas inexistentes que no sean determinantes para el sentido del fallo judicial o dictamen fiscal carecerá de relevancia penal a título de prevaricato (aunque podrían serlo a título de falsedad).

Esta lectura del tipo penal no solo permite una aplicación del delito de prevaricato más acorde con la identidad del bien jurídico penalmente tutelado, sino que provee de un instrumento adecuado para la solución de los problemas de imputación que puedan surgir en torno a este delito. En ese contexto tendremos, por un lado, que la simple mención o la enunciación de una prueba inexistente pero a su vez intrascendente para el razonamiento probatorio contenido en la resolución judicial o el dictamen fiscal carecerá de capacidad lesiva; y, por otro lado, que el juicio de imputación al tipo objetivo en el delito de prevaricato en esta concreta modalidad exige que la prueba inexistente sea determinante para la emisión de una resolución judicial o dictamen fiscal injusto pues solo de eso modo podrá sostener que el riesgo penalmente relevante se ha realizado en el resultado.

5. La imputación objetiva en el delito de prevaricato

5.1. La responsabilidad en el caso de decisiones judiciales colegiadas (imputación horizontal)

Las decisiones judiciales no suelen ser obras individuales pues, dependiendo del órgano jurisdiccional del que se trate, será producto de aportes colectivos que se producen en esquemas de coordinación y de división del trabajo horizontal o vertical.

En ese contexto, una primera cuestión controvertida guardará relación con la determinación de los espacios de responsabilidad en el caso de decisiones colegiadas (órganos de juzgamiento o de apelaciones) en los que la división del trabajo se desarrolla de forma horizontal. En estos casos es posible establecer algunas reglas relevantes en clave de imputación penal.

En ese contexto tenemos que el magistrado que discrepa con el sentido o fundamento de una resolución puede salvar su responsabilidad emitiendo voto particular en el que manifieste su discrepancia (Cancio Meliá: 1997, p. 1176; Serrano Gómez-Serrano Maíllo: 2006, p. 845; Polaino Orts: 2011, p. 378; Buompadre: 2001, p. 567), conforme al artículo 143° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este punto es irrelevante la condición de ponente o no del magistrado, pues tal como precisa el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "La resolución *puede* reproducir la ponencia, ser contraria a la misma, o recoger otras o mejores consideraciones de la Sala". Esta, sin embargo, es probablemente la cuestión menos problemática a nivel de la imputación.

La cuestión verdaderamente controversial se vincula a la responsabilidad del magistrado que suscribe la resolución siguiendo los contenidos de la propuesta de resolución del vocal ponente y la posible aplicación del *principio de confianza* como criterio delimitador del alcance del tipo objetivo respecto de aquél. Para dar respuesta a la interrogante conviene recordar lo anteriormente señalado respecto a que el comportamiento prevaricador puede significar la afectación del *juicio fáctico* propio de la resolución o el dictamen fiscal o la afectación de la *operación de subsunción jurídica*, pues a partir de dicha distinción se marcan diferencias respecto a la aplicación del principio de confianza.

Si la acción prevaricadora generada por el magistrado ponente recae sobre el juicio fáctico a través de actos de falsedad respecto a pruebas o hechos, será posible que los restantes magistrados invoquen el principio de confianza para afirmar que su comportamiento se encuentra abarcado por el riesgo permitido (así, Benlloch Petit: 2006, p. 334; González Rus: 2001, p. 1107). La parte final del artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene la siguiente cláusula de responsabilidad que recae sobre el autor de la ponencia en la que la resolución judicial se basa: "El ponente *responde* por los datos y citas consignados u omitidos en su ponencia", a través de la cual resulta posible que los otros magistrados invoquen la actuación bajo confianza. En efecto, la aplicación del principio de confianza es consecuencia, por un lado, de la asunción de un margen de riesgo de error judicial asociado a la dimensión significativa de la carga procesal, y, por otro lado, del reconocimiento legal de que la carga de responsabilidad en torno a los aspectos fácticos de la resolución judicial recae esencialmente en el magistrado ponente.

Ahora, esto no quiere significar que se postule, como una especie de regla general, que la intervención del magistrado no responsable de la ponencia resulte automáticamente abarcada por el riesgo permitido pues como destaca consistentemente la doctrina especializada, el principio de confianza tiene matices asociados a la concurrencia de indicios suficientes que desvirtúen el inicial estado de confianza en el comportamiento ajeno.

En efecto, el principio de confianza –criterio de limitación de los ámbitos del riesgo permitido especialmente relevante en contextos de división del trabajo (Roxin: 1997ª, p. 173)– se desvanece al evidenciarse la concurrencia de elementos indiciarios que determinan la probabilidad que el contenido fáctico de la resolución judicial resulte falso. Estos indicios y su revelación deben necesariamente encontrarse relacionados con los deberes extrapenales que tienen el juez y el fiscal en torno al manejo y conocimiento del expediente o carpeta. Esta idea requiere ser complementada.

Ciertamente, si se toma en consideración que el delito de prevaricato ha sido identificado como *delito consistente en la infracción de un deber*, resulta evidente que los deberes extrapenales atribuidos al juez y al fiscal tienen trascendencia en la delimitación del contenido de injusto del delito y, indudablemente, en la identificación de los espacios de actuación penalmente relevante. Desde esa perspectiva, en nuestra opinión, la aplicación del principio de confianza en el ámbito de la prevaricación judicial esta condicionada a la verificación del cumplimiento, por parte del juez o el fiscal, del deber elemental de examinar ciertas piezas esenciales del expediente o carpeta fiscal.

Distinta, en cambio, es la situación si la acción prevaricadora consiste en contradecir el texto expreso y claro de la ley o en apoyarse en leyes supuestas o derogadas y ello afecta la operación de subsunción jurídica. En estos casos no resultará admisible el argumento del principio de confianza. Es que el planteamiento de aplicación del principio de confianza pierde eficacia cuando surgen indicios de que el *esquema de coordinación* correspondiente a la actividad conjunta –en este caso la emisión de la resolución judicial– no es respetado por el co-interviniente en el mismo (Cancio Meliá: 2001, p. 81). El conocimiento de la ley es una obligación correspondiente a todo magistrado, conforme se desprende del contenido del inciso 2 del artículo 184° de la Ley Orgánica del Poder Judicial ("Son deberes de los magistrados: ... 2.- Administrar justicia *aplicando la norma jurídica pertinente....*"), por lo que la utilización del magistrado ponente de normas inexistentes o ineficaces para el caso concreto, sin duda, impiden la aplicación del principio de confianza en la medida en que dicha condición –inexistencia o ineficacia de la norma– se reputa necesariamente conocida por el juez o fiscal.

5.2. La imputación en casos de división vertical de trabajo jurisdiccional o fiscal

Otro grupo de casos que genera problemas en la determinación de los espacios de responsabilidad penal viene conformado por los supuestos de reparto del trabajo entre el juez o fiscal y sus subordinados (especialistas o asistentes de función fiscal).

Es evidente que un gran porcentaje del trabajo desarrollado por jueces o fiscales tienen como génesis la intervención de especialistas o asistentes de función fiscal, lo que genera la necesidad de establecer si respecto de dicha labor de apoyo puede invocarse el principio de confianza. La respuesta a esta cuestión debe considerar que la intervención de los especialistas judiciales o asistentes de función fiscal se incardina dentro de un esquema de delegación de funciones (asociadas a la formulación de proyectos de las resoluciones judiciales o las decisiones fiscales) en el que el juez o fiscal ostenta obligaciones de control o supervisión que impiden la invocación del principio de confianza.

6. La consumación del delito de prevaricato

Nos encontramos frente a un delito de consumación instantánea (González Rus: 2001, p. 1007; Gómez Méndez-Gómez Pavajeau: 2004, p. 424; Parma: 2005, p. 215), que se produce cuando se realizan las acciones previstas en el tipo penal (dictar resolución o emitir dictamen fiscal) sin que resulte necesario que se produzca un resultado específico sobre las partes procesales afectadas con la misma.

Esta afirmación, sin embargo, deja aún sin respuesta la cuestión crucial ¿En qué momento se entiende que la resolución judicial o el dictamen fiscal ha sido dictado o emitido?, ¿con la firma de la misma?, ¿al ser dictada oralmente, en los casos de decisiones correspondientes a vistas orales?, ¿con el registro de la sentencia o dictamen en los sistemas de acceso a la información del Poder Judicial y del Ministerio Público?, ¿con la notificación a las partes?

En términos generales, podrá decirse que el delito se consuma con la firma de la resolución o dictamen, en casos de decisiones escritas; o su pronunciamiento en caso de resoluciones o dictámenes dictados en audiencia (Buompadre: 2001, p. 572). El ingreso de la resolución judicial o decisión fiscal en el sistema de información institucional constituye un dato referencial, de utilidad probatoria pero que no delimita el momento de consumación del delito.

La primera cuestión que debe ser tomada en consideración en el examen del momento de consumación del delito de prevaricato es que la decisión judicial o fiscal es consecuencia de un proceso deliberativo que se produce con posterioridad

a la vista de la causa. Este proceso deliberativo se inicia con la elaboración de la ponencia escrita del vocal designado para dicho propósito, conforme precisa el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Según un sector de la doctrina (Gómez Méndez-Gómez Pavajeau: 2004, p. 446), en los casos en que el juez ponente ha presentado su ponencia escrita sin que haya sido aún compartida por el resto de los integrantes del Tribunal, se estaría frente a una tentativa de prevaricato.

7. Imputación subjetiva

La primera cuestión trascendente es reconocer los cambios operados en el tipo subjetivo del delito de prevaricato como consecuencia de la reforma producida mediante la Ley N° 28492, del 12 de abril de 2005, que ha supuesto la prescindencia de la referencia típica a que el comportamiento prevaricador debe ser desarrollado por el autor *"a sabiendas"*.

Atendiendo a la configuración legal del tipo penal podemos sostener que se trata de un delito que solamente puede ser cometido si existe **dolo directo,** en la medida en que el comportamiento requiere de conciencia de la vulneración abierta del Derecho (González Rus: 1997, p. 458). De esta forma se logra distinguir el simple error judicial, generador de responsabilidad administrativa, del prevaricato, en concordancia con los principios de intervención mínima y fragmentariedad del Derecho Penal.

El recurso legislativo al dolo directo supone, como bien destaca Rojas Vargas (2004[b], p. 437), una suerte de garantía a favor del juez y del fiscal en la medida en que subraya el hecho de que no toda vulneración de la ley realiza el tipo penal de prevaricato sino solo aquellos que supongan un conocimiento intensificado de la injusticia de la resolución o dictamen.

En el desarrollo de los alcances de la tipicidad subjetiva del delito de prevaricato por parte de la doctrina se ha destacado que la utilización de alguna de las posibles interpretaciones del Derecho Positivo elimina la tipicidad del delito de prevaricato. Esto se relaciona al hecho, constatado por Carlos Mir Puig, de que el injusto del delito de prevaricato contiene como uno de sus elementos subjetivos "el ánimo de desprecio de los medios o métodos científico-jurídicos, es decir, del Derecho" (2000, p. 54).

§

BIBLIOGRAFÍA

A

- Abanto Vásquez, Manuel (1997): *El Derecho de la Libre Competencia* (Lima: Editorial San Marcos).
- Abanto Vásquez, Manuel (2000): *Derecho Penal Económico* (Lima: Idemsa).
- Abanto Vásquez, Manuel (2001): *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano* (Lima: Palestra).
- Abanto Vásquez, Manuel (2001ª): "El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho? Análisis desde la perspectiva del concepto penal de funcionario público". En *Cathedra,* N° 8 (Lima).
- Abanto Vásquez, Manuel (2020): "Modelos de protección del patrimonio público". En Raúl Martínez (director), *La corrupción* (Lima: Editores del Centro).
- Abanto Vásquez, Manuel (2022): "Problemas puntuales de los tipos de cohecho". En José Urquizo / Allen Flores (directores), *Código Penal del bicentenario. Estudios de Derecho Penal actual,* tomo II (Lima: Gaceta Jurídica).
- Abruña Puyol, Antonio (2010): *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano* (Lima: Palestra).
- Acalé Sánchez, María (2017): "Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción". En Luz María Puente Alba (directora), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal* (Granada: Comares).
- Alcócer Povis, Eduardo (2014): *Introducción al Derecho Penal. Parte General* (Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal).
- Alonso Pérez, Francisco (2000): *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal* (Madrid: Dykinson).

- Ángeles Gonzales, Fernando / Frisancho Aparicio, Manuel (1998): *Código Penal*, tomo VII (Lima: Ediciones Jurídicas).
- Antolisei, Francesco (1980, 1988): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Bogotá: Temis).
- Antolisei, Francesco (2003): *Manuale di Diritto Penale. Parte Especiale II*, 14ª edición integrada y actualizada a cargo de Luigi Conti (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore).
- Ariño Ortiz, Gaspar (2004): *Principios de Derecho Público Económico* (Lima: Ara Editores).
- Aróstegui Sánchez, Julio (2006): "Artículo 39". En Walter Gutiérrez (director), *La Constitución comentada*, tomo I (Lima: Gaceta Jurídica).
- Arroyo Zapatero, Luis (1998): "Derecho Penal Económico y Constitución". En *Revista Penal*, N° 1 (Barcelona: Praxis).
- Artaza Varela, Osvaldo (2021): "La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho". En Raúl Carnevali Rodríguez / Osvaldo Artaza Varela (directores), *Los delitos de corrupción. Perspectiva pública y privada* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Asúa Batarrita, Adela (1997): "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria". En la misma (editora), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública).

B

- Bacacorzo, Gustavo (2000): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomos I-II (Lima: Gaceta Jurídica).
- Bacigalupo, Enrique (1983): "Sobre la reforma de los delitos de funcionarios". En *Documentación Jurídica*, N° monográfico/1983, vol. II (Madrid: Ministerio de Justicia).
- Bacigalupo, Enrique (1997): *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición (Madrid: Akal).
- Bacigalupo, Enrique (1999): *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición (Buenos Aires: Hammurabi).
- Bacigalupo, Enrique (2004): *Derecho Penal. Parte General* (Lima: Ara Editores).

- Bacigalupo Saggese, Silvina (1998): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Barcelona: Bosch).
- Bacigalupo Saggese, Silvina (2007): *Autoría y participación en los delitos de infracción del deber* (Madrid: Marcial Pons).
- Bacigalupo Saggese, Silvina / Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier (2005): *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa* (Barcelona: Ediciones Experiencia).
- Bajo Fernández, Miguel (1998): "Culpabilidad y persona jurídica". En Patricia Faraldo-Cabana / Inmaculada Valeije (coordinadoras), *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico* (La Coruña: Universidade da Coruña).
- Barbero Santos, Marino (1973): "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 26, N° 3 (Madrid: Ministerio de Justicia).
- Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo (2012): *Delitos de corrupción de funcionarios* (Lima: Gaceta Jurídica).
- Benites Sánchez, Santiago (1958): *Derecho Penal peruano,* tomo I (Lima: Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía).
- Benlloch Petit, Guillermo (2006): "Delitos contra la administración de justicia". En Jesús María Silva Sánchez (director), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (Barcelona: Atelier).
- Benussi, Carlo (1998): *Il nuovo delitto di abuso di ufficio* (Padova: Cedam).
- Bermejo, Mateo / Montiel, Juan Pablo (2020): *Teoría y praxis del criminal compliance* (Buenos Aires: Thomson Reuters).
- Blanco Cordero, Isidoro (2001): *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito* (Granada: Comares).
- Bolea Bardon, Carolina (2004): *La cooperación necesaria. Análisis dogmático y jurisprudencial* (Barcelona: Atelier).
- Bramont Arias, Luis (1966): *Código Penal anotado* (Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).
- Bramont Arias, Luis (1990): *Temas de Derecho Penal*, tomo 4 (Lima: Editorial San Marcos).
- Bramont Arias, Luis (1996): "Prólogo". En Juan Portocarrero Hidalgo, *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Editorial Jurídica Portocarrero).
- Bramont Arias, Luis / Bramont-Arias Torres, Luis Alberto (1998): *Código Penal anotado*, 2ª edición (Lima: Editorial San Marcos).

- Bramont Arias, Luis / Bramont-Arias Torres, Luis Alberto (2000): *Código Penal anotado*, 3ª edición (Lima: Editorial San Marcos).
- Bramont-Arias Torres, Luis Miguel (2000): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Lima: Santa Rosa).
- Bramont-Arias Torres, Luis Miguel (2002): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Lima: Eddili).
- Buompadre, Jorge Eduardo (2001): *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia* (Buenos Aires: Mario Viera Editor).
- Buompadre, Jorge Eduardo (2001ª): "La prevaricación judicial en el Código Penal argentino". En A.A.V.V. *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus* Roxin (Córdoba: Lerner).
- Bustos Ramírez, Juan (1987): *Control social y sistema penal* (Barcelona: PPU).
- Bustos Ramírez, Juan (1994): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición (Barcelona: PPU).
- Bustos Ramírez, Juan (2004): *Obras completas,* tomo I, *Derecho Penal. Parte General* (Lima: Ara Editores).

C

- Cáceres Julca, Roberto / Carrión Díaz, Juan (2011): *El delito de colusión* (Lima: Idemsa).
- Cafferata Nores, José *et. al.* (2004): *Manual de Derecho Procesal Penal* (Córdoba: Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad).
- Caldera Delgado, Hugo (1979): *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- Calderón Cerezo, Ángel / Choclán Montalvo, José Antonio (2001): *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Bosch).
- Calderón Cerezo, Ángel / Choclán Montalvo, José Antonio (2001ª): *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II (Barcelona: Bosch).
- Calderón Sumarriva, Ana (2012): "La flexibilización de las reglas de valoración de la prueba por la eficacia punitiva". En Mónica Bustamante Rúa (coordinadora), *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses* (Medellín: Universidad de Medellín).
- Calderón Valverde, Leonardo (2012): "Delito de colusión". En Hesbert Benavente Chorres / Leonardo Calderón Valverde, *Delitos de corrupción de funcionarios* (Lima: Gaceta Jurídica).

- Camargo, Pedro Pablo (1996): *El delito de enriquecimiento ilícito* (Bogotá: Leyer).
- Campos Acuña, María Concepción (2019): *Aplicación práctica del compliance en la contratación pública* (Navarra: Thomson Reuters - Aranzadi).
- Cancino Moreno, Antonio (1983): *El delito de peculado en el nuevo Código Penal. Análisis histórico y dogmático* (Bogotá: Temis).
- Cancino Moreno, Antonio José / Toscano de Sánchez, Maruja (1986): *El delito de enriquecimiento ilícito* (Bogotá: El Profesional).
- Cancio Meliá, Manuel (1997): "Título XX: Delitos contra la administración de justicia". En Gonzalo Rodríguez Mourullo (director), *Comentarios al Código Penal* (Madrid: Civitas).
- Cancio Meliá, Manuel (2001): *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva* (México D.F.: Ángel Editor).
- Canez Marticorena, Alfredo (2000): *Sobre el delito de estafa y otras defraudaciones* (Lima: Alternativas).
- Carnelutti, Francesco (1952): *Lecciones de Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América).
- Caro Coria, Dino Carlos (1999): *Derecho Penal del ambiente* (Lima: Gráfica Horizonte).
- Caro Coria, Dino Carlos (2001): *Código Penal & legislación complementaria* (Lima: Gráfica Horizonte).
- Caro Coria, Dino Carlos (2002): "Capítulo segundo: El delito de enriquecimiento ilícito". En César San Martín Castro / Dino Carlos Caro Coria / José Reaño Peschiera, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales* (Lima: Jurista Editores).
- Caro Coria, Dino Carlos (2002ª): "Aspectos jurisprudenciales de la tutela penal de la libertad e indemnidad sexuales". En *Revista Peruana de Jurisprudencia*, año 4, N° 11 (Trujillo: Normas Legales).
- Caro Coria, Dino Carlos (2016): "La enseñanza de la dogmática penal como *conditio sine qua non* para el éxito de la oralidad". En Luis Miguel Reyna Alfaro / Sergio Cuarezma Terán / Alfredo Uribe Manríquez (coordinadores), *El proceso penal en Iberoamérica. Visiones comparadas* (México D.F.: Editorial Flores).
- Caro Coria, Dino Carlos / Reyna Alfaro, Luis Miguel (2023): *Derecho Penal. Parte General* (Lima: LP Pasión por el Derecho).
- Caro Coria, Dino Carlos / San Martín Castro, César (2000): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales* (Lima: Grijley).

- Caro John, José (2003): "Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana". En Eduardo Montealegre (coordinador), *Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, tomo II (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- Caro John, José (2003[a]): "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción del deber". En *Anuario de Derecho Penal* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).
- Caro John, José (2003[b]): *La imputación objetiva en la participación delictiva* (Lima: Grijley).
- Castillo Alva, José Luis (2008): "Colusión ilegal". En Percy García Cavero / José Luis Castillo Alva, *El delito de colusión* (Lima: Grijley).
- Castillo Alva, José Luis (2009): "Negociación incompatible". En Luis Miguel Reyna Alfaro (director), *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Jurista Editores).
- Castillo Freyre, Mario (2007): "Imparcialidad en la conformación del tribunal arbitral. Alcances del último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje". En A.A.V.V. *Arbitraje y debido proceso* (Lima: Palestra).
- Castillo Freyre, Mario / Vásquez Kunze, Ricardo (2007): *Arbitraje* (Lima: Palestra).
- Castillo González, Francisco (2000): *El delito de peculado* (San José: Juristexto).
- Castiñeira, María Teresa (1977): *El delito continuado* (Barcelona: Bosch).
- Catalán Sender, Jesús (1999): *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal* (Barcelona: Bayer Hnos.).
- Cerezo Mir, José (2006): *Derecho Penal. Parte General. Obras completas* (Lima: Ara Editores).
- Chanjan Documet, Rafael (2012): "El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o lo utilizado en el delito de peculado doloso". En Yván Montoya Vivanco (editor), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú* (Lima: Idehpucp).
- Chirinos Soto, Francisco (1992): *Comentarios al nuevo Código Penal*, tomo I (Lima: Bekos).
- Choclán Montalvo, José Antonio (2000): *El delito de estafa* (Barcelona: Bosch).
- Clemente, José / Ríos, Carlos (2011): *Cohecho y tráfico de influencias* (Córdoba: Lerner).
- Cobo del Rosal, Manuel / Vives Antón, Tomás (1999): *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch).

- Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel (2004): "La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa". En Jacobo López Barja de Quiroga / José Miguel Zugaldía Espinar (coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo,* tomo II (Madrid: Marcial Pons).
- Conde-Pumpido Ferreiro, Candido (1997): *Estafas* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Conde-Pumpido Ferreiro, Candido (1997ª): *Apropiaciones indebidas* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Contraloría General de la República (1997): "¿Los trabajadores de las empresas del Estado son pasibles de incurrir en responsabilidad penal contra la Administración Pública?". En *Boletín de Control,* N° 11 (Lima).
- Contreras Alfaro, Luis Humberto (2005): "Anotaciones sobre la legislación penal sustantiva y procesal chilena referida al fenómeno de la corrupción". En Nicolás Rodríguez García / Eduardo Fabián Caparrós / Luis Contreras Alfaro (coordinadores), *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho* (Santiago de Chile: Lexis Nexis).
- Corcoy Bidásolo, Mirentxu (1999): *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Correia, Eduardo / Figueiredo Dias, Jorge (1968): *Direito Criminal,* tomo I (Coimbra: Librería Almedina).
- Cramer, Peter (2001): En Adolf Schönke / Friedrich-Christian Schröder (editores), *StGB Kommentar,* 26ª edición (München: C.H.Beck).
- Creus, Carlos (1981): *Delitos contra la Administración Pública. Comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal* (Buenos Aires: Astrea).
- Creus, Carlos (1991): *Derecho Penal. Parte Especial,* tomo 2, 7ª edición (Buenos Aires: Astrea).
- Creus, Carlos / Buompadre, Jorge Eduardo (2007): *Derecho Penal. Parte Especial,* tomo 2, 7ª edición (Buenos Aires: Astrea).
- Cubas Villanueva, Víctor (2009): "La prueba indiciaria en la sentencia a Fujimori". En Miguel Pérez Arroyo (director), *El caso de 'Alberto Fujimori',* (Lima: Jurista Editores).
- Cubas Villanueva, Víctor (2015): *El nuevo proceso penal peruano,* 2ª edición (Lima: Palestra).
- Cury Urzua, Enrique (2020): *Derecho Penal. Parte General,* tomo I (Santiago de Chile: Ediciones de la Universidad Católica).

D

- Da Costa Pinto, Frederico (1987): *Furto de uso de veículo* (Lisboa: Asociación Académica Lisboa).
- Danós Ordóñez, Jorge (1995): "Notas acerca de la potestad sancionadora". En *Ius et Veritas*, 5 (10), recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485
- De Francesco, Gennaro Vittorio (2003): "Artículo 646". En Alberto Crespi / Federico Stella / Giuseppe Zuccala (direttori), *Comentario breve al Codice Penale*, 4ª edición (Padova: Cedam).
- De la Mata Barranco, Norberto (1997): "La participación del funcionario público en los delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados". En Adela Asua Batarrita (editora), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública).
- De la Mata Barranco, Norberto (2004): *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella* (Granada: Comares).
- De la Mata Barranco, Norberto (2009): "Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública". En Luis Miguel Reyna Alfaro (director), *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Jurista Editores).
- De la Mata Barranco, Norberto / Etxebarria, Xavier (1995): *Malversación y lesión del patrimonio público* (Barcelona: J.M. Bosch).
- De Toledo y Ubieto, Octavio / Huerta Tocildo, Susana (1986): *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª edición (Madrid: Editor Rafael Castellanos).
- Demetrio Crespo, Eduardo (2000): "Corrupción y delitos contra la Administración Pública". En Eduardo Fabián Caparrós, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos* (Salamanca: Ratio Legis).
- Díaz Aranda, Enrique (1999): *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos* (México: Cárdenas Editor).
- Díaz y García Conlledo, Miguel (1991): *La autoría en Derecho Penal* (Barcelona: PPU).
- Díaz y García Conlledo, Miguel (1997): "El delito de cohecho". En Adela Asua Batarrita (editora), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública).

- Díaz y García Conlledo, Miguel (1997ª): "Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error". En *Estudios jurídicos en memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruíz* (Valencia: Universitat de Valencia).
- Díaz y García Conlledo, Miguel (2001): "¿Error de tipo o error de hecho?". En Gonzalo Quintero Olivares / Fermín Morales Prats (coordinadores), *El nuevo Derecho Penal español* (Pamplona: Aranzadi).
- Domenech, Ernesto (2003): "Capítulo II: Responsabilidad penal y función pública". En Carlos Echevesti (director), *Responsabilidad de los funcionarios públicos* (Buenos Aires: Hammurabi).
- Donini, Massimo (2001): "Ragioni e limiti della fondazione del Diritto Penale sulla Carta Costituzionale. L'insegnamiento dell'esperienza italiana". En *Il Foro Italiano*, vol. V: 29 (Roma).
- Donna, Edgardo Alberto (2000): *Delitos contra la Administración Pública* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni).
- Dromi, Roberto (2015): *Derecho Administrativo*, tomo I (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina).

E

- Entrena Fabré, Rafael (1999): *El delito de malversación* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Escrivá Gregori, José María (1976): *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal* (Barcelona: Bosch).
- Escuchuri Aisa, Estrella (2016): "Capítulo 22: El concurso de leyes y de delitos". En Carlos Romeo Casabona / Esteban Sola Reche / Miguel Boldova Pasamar (coordinadores), *Derecho Penal. Parte General* (Granada: Comares).
- Eser, Albin (2001): En Adolf Schönke / Friedrich-Christian Schröder (editores), *StGB Kommentar*, 26ª edición (München: C.H.Beck).
- Esper Méndez, Susana / Ambrogio, José Carlos (2001): *El delito de corrupción* (Córdoba: Advocatus).
- Estrada i Cuadras, Albert (2020): "Delitos de corrupción y tráfico de influencias en la Administración Pública". En Silvia Subirana de la Cruz / Miguel Fortuny Cendra (directores), *Compliance en el sector público* (Navarra: Thomson Reuters).
- Etxebarria Zarrabeitia, Xavier (1997): "Fraude y exacciones ilegales". En Adela Asúa Batarrita (editora), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública).

F

- Faraldo Cabana, Patricia (1996): *Los delitos societarios* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Feijóo Sánchez, Bernardo (1998): "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". En *Cuadernos de Política Criminal*, N° 65 (Madrid: Edersa).
- Feijóo Sánchez, Bernardo (1999): "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conductas". En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 7/8 (Lima).
- Feijoó Sánchez, Bernardo (2002): *Comportamiento de terceros en Derecho Penal* (México D.F.: Ángel Editor).
- Feijoó Sánchez, Bernardo (2002ª): *Imputación objetiva en Derecho Penal* (Lima: Grijley).
- Feijoó Sánchez, Bernardo (2003): *Resultado lesivo e imprudencia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia - J.M. Bosch).
- Feijoó Sánchez, Bernardo (2007): *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva* (Madrid: Reus).
- Fernández, Gonzalo (2004): *Bien jurídico y sistema del delito* (Buenos Aires: BdeF).
- Fernández Carrasquilla, Juan (2004): *Derecho Penal fundamental I,* 3ª edición (Bogotá: Ibañez).
- Ferreira Delgado, Francisco José (1995): *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª edición (Bogotá: Temis).
- Ferrer Barquero, Ramón (2002): *El delito de prevaricación judicial* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Fiandaca, Giovanni (1987): "La tipizzazione del pericolo". En *Materiali per una reforma del Diritto Penale* (Milán).
- Fiandaca, Giovanni / Musco, Enzo (2006): *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Luis Fernando Niño (Bogotá: Temis).
- Font de Mora y Saínz, Pablo (2025): "Cuestiones comunes de teoría jurídica del delito". En José Luis González Cussac (director), *Tratado de Derecho Penal Económico y de la empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Fontán Balestra, Carlos (1970): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo I (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).

- Fontán Balestra, Carlos (1970): *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* tomo III (Buenos Aires: Abeledo Perrot).
- Fontán Balestra, Carlos (1971): *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial,* tomo VII (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).
- Fontán Balestra, Carlos (1980): *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial,* tomo VII (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).
- Forero Ramírez, Juan Carlos / Ospina Perdomo, Juanita María (2017): *Aspectos penales de la contratación estatal* (Bogotá: Ibañez - Universidad Nacional del Rosario).
- Fortuny Cendra, Miguel (2020): "¿Qué es *compliance*?". En Silvia Subirana / Miguel Fortuny (directores), *Compliance en el sector público* (Navarra: Thomson Reuters).
- Franco, Uriel (1987): *El peculado* (Bogotá: Temis).
- Frisancho Aparicio, Manuel (2000): *Delitos contra la administración de justicia* (Lima: Jurista Editores).
- Frisancho Aparicio, Manuel / Peña Cabrera Freyre, Alonso (1999): *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Fecat).
- Frisch, Wolfgang (1983): *Vorsatz und Risiko* (Köln: Heymann).
- Frisch, Wolfgang (2004): *Comportamiento típico e imputación del resultado* (Madrid: Marcial Pons).

G

- Galán Muñoz, Alfonso (2018): "*Compliance* penal ante la corrupción: luces y sombras". En Angela Matallín Evangelio (directora), *Compliance y prevención de delitos de corrupción* (Valencia: Publicaciones de la Universidad de Valencia - Tirant lo Blanch).
- Gálvez Villegas, Tomás (2001): *Delito de enriquecimiento ilícito* (Lima: Idemsa).
- García Arán, Mercedes (1990): *La prevaricación judicial* (Madrid: Tecnos).
- García Cavero, Percy (1999): "Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales". En *Cathedra,* N° 3, 5 (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos).
- García Cavero, Percy (1999ª): *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación* (Barcelona: J.M. Bosch).

- García Cavero, Percy (2003): *Derecho Penal Económico. Parte General* (Lima: Ara Editores).
- García Cavero, Percy (2005): "La prohibición de regreso en el Derecho Penal". En AA.VV. *Estudios de Derecho Penal* (Lima: Ara Editores).
- García Cavero, Percy (2008): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Lima: Grijley).
- García Cavero, Percy (2008ª): "Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal". En Percy García Cavero / José Luis Castillo Alva, *El delito de colusión* (Lima: Grijley).
- García Cavero, Percy (2010): *La prueba por indicios en el proceso penal* (Lima: Reforma).
- García Cavero, Percy (2014): "La responsabilidad penal del partícipe *extraneus* en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos". En Susana Castañeda (coordinadora), *Nuevo proceso penal y delitos contra la Administración Pública* (Lima: Jurista Editores).
- García de Enterría, Eduardo (1976): "El problema jurídico de las sanciones administrativas". En *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 10 (Madrid: Civitas).
- García de Enterría, Eduardo / Fernández, Tomás Ramón (2001): *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 10ª edición (Madrid: Civitas).
- García León, Godofredo André (2026): *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Ara Editores).
- García Pablos de Molina, Antonio (2000): *Derecho Penal. Introducción* (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces).
- García Rivas, Nicolás (1998): *Delito ecológico* (Barcelona: Praxis).
- Garofoli, Roberto (2005): *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale* (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore).
- Garrido Falla, Fernando (2002): *Tratado de Derecho Administrativo*, con la colaboración de Alberto Palomar / Herminio Losada, vol. I, 13ª edición (Madrid: Tecnos).
- Garrido Falla, Fernando (2002): *Tratado de Derecho Administrativo*, con la colaboración de Alberto Palomar / Herminio Losada, vol. II, 13ª edición (Madrid: Tecnos).
- Gil Gil, Alicia / Núñez Fernández, José (2013): "Lección 4: relaciones concursales, penalidad y función pública; responsabilidad civil *ex delicto* y función pública".

En Juan Lacruz López / Mariano Melendo Pardos (coordinadores), *Tutela penal de las Administraciones Públicas* (Madrid: Dykinson).

- Gimbernat Ordeig, Enrique (1966, 2012): *Autor y cómplice en Derecho Penal* (Buenos Aires: BdeF).
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1966ª): "Recensión a Welzel: el nuevo sistema de Derecho Penal". En *Revista de Estudios Penitenciarios* (Madrid: Ministerio del Interior).
- Gimeno Lahoz, Ramón / Corbella Herreros, Teresa (1998): "Capítulo 1: Delitos contra la Administración Pública". En Carlos Ganzenmüller Roig / José Escudero Moratalla / Joaquín Frigola Vallina, *Delitos contra la Administración Pública, contra la administración de justicia y contra la Constitución* (Barcelona: Bosch Casa Editorial).
- Gómez, Eusebio (1939): *Tratado de Derecho Penal,* tomo I (Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores).
- Gómez, Eusebio (1941): *Tratado de Derecho Penal,* tomo V (Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores).
- Gómez Iniesta, Diego (1997): "Sanciones administrativas y penales. Especial consideración a la manipulación de cotizaciones y a la utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores *'insider trading'*". En AA.VV. *Libro de ponencias del Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal* (Lima).
- Gómez Méndez, Alfonso (2000): *Delitos contra la Administración Pública* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- Gómez Méndez, Alfonso / Gómez Pavajeau, Carlos (2004): *Delitos contra la Administración Pública* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- Gómez Martín, Víctor (2006): *Los delitos especiales* (Buenos Aires: BdeF).
- Gómez Tomillo, Manuel / Pardo Álvarez, María (2001): "El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador". En *Actualidad Administrativa,* N° 2 (Madrid: La Ley).
- Gonzales Espinoza, Rubén (2014): "El proceso disciplinario en la Administración Pública". En *Revista Jurídica Docentia et Investigatio,* vol. N° 16:1 (Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).
- González Cussac, José Luis (1997): *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- González Lagier, Daniel (2005): *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Lima: Palestra).

- González Rus, Juan José (1997): "Lección 46". En Manuel Cobo del Rosal (director), *Curso de Derecho Penal español,* tomo II (Madrid: Marcial Pons).
- González Rus, Juan José (2000): "Apropiación indebida". En Manuel Cobo del Rosal (director), *Compendio de Derecho Penal español. Parte Especial* (Madrid: Marcial Pons).
- González Rus, Juan José (2001): "Capítulo 51: Delitos contra la Administración Pública (IX). Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función". En Lorenzo Morillas Cueva (coordinador), *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial* (Madrid: Dykinson).
- Gordillo, Agustín (2003): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, 7ª edición y 1ª edición peruana (Lima: Fundación de Derecho Administrativo - Ara Editores).
- Gorphe, Francois (1955): *De la apreciación de las pruebas,* traducción de Santiago Sentis Melendo (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América).
- Górriz Royo, Elena (2004): "El delito de prevaricación administrativa. (El artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)". En Jorge Collantes Gonzales (coordinador), *Desafíos del Derecho Penal contemporáneo* (Trujillo: Normas Legales).
- Gracia Martín, Luis (1985): *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Teoría general I* (Zaragoza: Prensas Universitarias).
- Gribbohm, Günter (1997): En Anette Grünewald / Michael Lindemann / Ruth Rissing van Saan (Hrsg) *StGB. Leipziger Kommentar*, 11ª edición (Berlin / New York: Walter de Gruyter).
- Guanarteme Sánchez Lázaro, Fernando (2016): "Capítulo 11: La autoría y la participación". En Carlos Romeo / Esteban Sola / Miguel Boldova (coordinadores), *Derecho Penal. Parte General* (Granada: Comares).
- Guanarteme Sánchez Lázaro, Fernando (2022): "Capítulo 30: Delitos contra la Administración Pública". En Carlos Romeo / Esteban Sola / Miguel Boldova (coordinadores), *Derecho Penal. Parte Especial* (Granada: Comares).
- Guimaray, Erick (2021): *Delitos contra la Administración Pública y corrupción* (Madrid: Reus).

H

- Hassemer, Winfried (1999): *Persona, mundo y responsabilidad* (Valencia: Tirant lo Blanch).

- Hernández Plascencia, José (1996): *La autoría mediata en Derecho Penal* (Granada: Comares).
- Honisch, Paula (2018): "La prevención de ilícitos en las interacciones con el sector público: reglas y procedimientos a aplicar". En Nicolás Durrieu / Saúl Saccani (directores), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial* (Buenos Aires: Thomson Reuters).
- Hugo Álvarez, Jorge (2000): *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública* (Lima: Gaceta Jurídica).
- Hurtado Pozo, José (1982): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I (Lima: Eddili).
- Hurtado Pozo, José (1984): *El Ministerio Público* (Lima: Eddili).
- Hurtado Pozo, José (1987): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, reimpresión de la 2ª edición (Lima: Eddili).
- Hurtado Pozo, José (2005): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 3ª edición (Lima: Grijley).

I

- Iñesta Pastor, Emilia (2004): "El Código Penal chileno de 1874". En *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 19 (Santiago de Chile: Universidad de Chile).

J

- Jaén Vallejo, Manuel (2002): *Derecho Penal aplicado* (Lima: Jurista Editores).
- Jakobs, Günther (1997): *Derecho Penal. Parte General,* traducción de Joaquín Cuello / José Luis Cuello Contreras (Madrid: Marcial Pons).
- Jakobs, Günther (1997ª): *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Civitas).
- Jakobs, Günther (2000): "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos". En Günther Jakobs / Manuel Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del Derecho Penal* (Lima: Grijley).
- Jareño Leal, Ángeles (2011): *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública* (Madrid: Iustel).
- Jescheck, Hans-Heinrich (1993): *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* 4ª edición (Granada: Comares).

- Jescheck, Hans-Heinrich (1997): En Anette Grünewald / Michael Lindemann / Ruth Rissing van Saan (Hrsg), *StGB. Leipziger Kommentar*, 11ª edición (Berlín / New York: Walter de Gruyter).
- Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas (2014): *Tratado de Derecho Penal. Parte General II* (Lima: Instituto Pacífico).
- Jiménez de Asúa, Luis (1926): *Derecho Penal en la República del Perú* (Valladolid: Universidad de Valladolid).
- Jiménez de Asúa, Luis (1959): *La ley y el delito* (Buenos Aires - México D.F.: Hermes).
- Jiménez de Asúa, Luis (1964): *Tratado de Derecho Penal*, tomo I (Buenos Aires: Losada).

K

- Kindhäuser, Urs (2009): "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad". En Luis Miguel Reyna Alfaro (director), *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Jurista Editores).
- Kühl, Kristian (2001): En Karl Lackner / Kristian Kühl (editores), *StGB mit Erläuterungen*, 24ª edición (München: C.H. Beck).
- Kuhlen, Lotar (1993): "Umweltstrafrecht auf der Suche einer neue Dogmatik". En *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, N° 105 (Berlín: Walter de Gruyter).

L

- Lackner, Karl (2001): En Karl Lackner / Kristian Kühl (editores), *StGB mit Erläuterungen*, 24ª edición (München: C.H. Beck).
- Landa Arroyo, César (2007): "El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En *Themis. Revista de Derecho*, N° 53 (Lima).
- Lattanzi, Giorgio / Lupo, Ernesto (2000): *Codice Penale. Ressegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VI (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore).
- Laurenzo Copello, Patricia (1992): *El resultado en Derecho Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Laurenzo Copello, Patricia (1999): *Dolo y conocimiento* (Valencia: Tirant lo Blanch).

- Lemke, Michael (2001): En Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans Ulrich Paeffgen / Frank Salinger (editores), *Nomos Kommentar zum StGB*, tomo I (Baden - Baden: Nomos Verlagsgesellschaft).
- Leoni, Michele (1998): *Il nuovo reato di abuso d'ufficio* (Padova: Cedam).
- Lifante Vidal, Isabel (2021): *Contra la corrupción, Estado de Derecho y transparencia* (Lima: Palestra).
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo (1989): *El arbitraje* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).
- López Barja de Quiroga, Jacobo (1996): *Autoría y participación* (Madrid: Akal/Iure).
- López Barja de Quiroga, Jacobo (2002): *Derecho Penal. Parte General,* tomo IV (Madrid: Marcial Pons).
- López Barja de Quiroga, Jacobo (2004): *Derecho Penal. Parte General,* tomo II (Lima: Gaceta Jurídica).
- López Peregrin, María del Carmen (1997): *La complicidad en el delito* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Lüderssen, Klaus (1993): "Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?". En Lorenz Bollinger / Rüdiger Lautmann (editores), *Vom Guten, das noch stets das ßöse schafft. Kriminalwissenschaftliche Essays zu Ehren von Herbert Jäger* (Frankfurt)
- Luzón Cuesta, José María (2003): *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial* (Madrid: Dykinson).
- Luzón Peña, Diego Manuel (1999): *Curso de Derecho Penal. Parte General I* (Madrid: Universitas).

M

- Maggiore, Giuseppe (1971): *Derecho Penal. Parte General,* vol. I (Bogotá: Temis).
- Maggiore, Giuseppe (1951, 1972): *Derecho Penal. Parte General,* vol. II (Bogotá: Temis).
- Maggiore, Giuseppe (1972): *Derecho Penal. Parte Especial,* vol. III (Bogotá: Temis).
- Mandujano Rubín, José Luis (2018): *Delito de colusión. Propuesta de fundamento y prueba* (Lima: Lex & Iuris).
- Manes, Vittorio (2000): "Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración Pública". En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 02/2000, <http://criminet.ugr.es/recpc>

- Mantovani, Ferrando (2001): *Diritto Penale. Parte Generale* (Padova: Cedam).
- Manzini, Vincenzo (1948): *Tratado de Derecho Penal*, vol. I (Buenos Aires: Ediar).
- Manzini, Vincenzo (1941, 1949): *Tratado de Derecho Penal*, vol. III (Buenos Aires: Ediar).
- Manzini, Vincenzo (1961): *Tratado de Derecho Penal. De los delitos en especial*, vol. III (Buenos Aires: Ediar).
- Maqueda Abreu, María Luisa (1994): "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal". En *Actualidad Penal*, 1994-1 (Madrid).
- Marinucci, Giorgio / Dolcini, Emilio (2004): *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale* (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore).
- Martin Tirado, Richard (2001): "La responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio". En AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Lima: Ara Editores).
- Martínez Buján Pérez, Carlos (1998): *Derecho Penal Económico. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Martínez Buján Pérez, Carlos (2007): *Derecho Penal Económico. Parte General*, 2ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Martínez Buján Pérez, Carlos (2019): *La autoría en Derecho Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Martínez Huamán, Raúl (2019): *Delito de colusión* (Lima: Editores del Centro).
- Marxen, Klaus (1975): *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht* (Berlín: Duncker und Humblot).
- Matheus López, Carlos (2006): *Introducción al Derecho de Arbitraje* (Lima: Semper Veritas).
- Maurach, Reinhard / Zipf, Heinz (1994): *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, traducción de Jorge Bofill y Enrique Aimone (Buenos Aires: Astrea).
- Maurach, Reinhart / Gössel, Karl Heinz / Zipf, Heinz (1995): *Derecho Penal. Parte General*, tomo 2, traducción de Jorge Bofill (Buenos Aires: Astrea).
- Mayer, Max Ernst (2007): *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: BdeF).
- Mayer, Otto (1982): *Derecho Administrativo alemán. Parte General*, tomo I, traducción del francés de Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin, 2ª edición (Buenos Aires: Depalma).
- Meini Méndez, Iván (2014): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

- Melendo Pardos, Mariano (2013): "Autoría, participación y función pública". En Juan Lacruz López / Mariano Melendo Pardos (coordinadores), *Tutela penal de las administraciones públicas* (Madrid: Dykinson).
- Méndez Rodríguez, Cristina (1993): *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid).
- Mezger, Edmund (2010): *Tratado de Derecho Penal,* tomo 2 (Buenos Aires: Hammurabi).
- Mir Puig, Carlos (2000): *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal* (Barcelona: J.M. Bosch).
- Mir Puig, Santiago (2005): *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: BdeF).
- Miranda Estrampes, Manuel (2012): "La prueba indiciaria y el estándar del 'más allá de toda duda razonable'". En él mismo, *La prueba en el proceso penal acusatorio* (Lima: Jurista Editores).
- Mixán Mass, Florencio (2008): *Indicio, elementos de convicción de carácter indiciario, prueba indiciaria* (Trujillo: Ediciones BLG).
- Moccia, Sergio (2003): *El Derecho Penal entre ser y valor* (Buenos Aires: BdeF).
- Molina Arrubla, Carlos Mario (1995): *Delitos contra la Administración Pública* (Medellín: Dike).
- Mommsen, Teodoro (1899, 1999): *Derecho Penal romano* (Bogotá: Temis).
- Morales García, Oscar (1999): *Los delitos de malversación* (Barcelona: J.M. Bosch).
- Morales Prats, Fermin / Rodríguez Puerta, María José (1999): "Del cohecho". En Gonzalo Quintero Olivares (director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* 2ª edición (Pamplona: Aranzadi).
- Morales Prats, Fermin / Rodríguez Puerta, María José (2001): "Delitos contra la Administración Pública". En Gonzalo Quintero Olivares (director), *Comentarios al nuevo Código Penal,* 2ª edición (Pamplona: Aranzadi).
- Moreno Rodríguez, Rodrigo (1980): *La Administración Pública federal en México* (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México).
- Moreno-Torres Herrera, Mª Rosa (1999): *Tentativa de delito y delito irreal* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Morillas Cueva, Lorenzo (2011): "Capítulos 49-50: Delitos contra la Administración Pública (VII-VIII)". En Lorenzo Morillas (coordinador), *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial* (Madrid: Dykinson).
- Morillas Cueva, Lorenzo / Portilla Contreras, Guillermo (1994): "Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y

tráfico de influencias". En Manuel Cobo del Rosal (director), *Comentarios a la legislación penal*, T. XVI (Madrid: Edersa).

- Morón Urbina, Juan Carlos (2006): "Artículo 40". En Walter Gutiérrez (director), *La Constitución comentada*, tomo I (Lima: Gaceta Jurídica).
- Morón Urbina, Juan Carlos (2014): "La regulación de los conflictos de intereses y el buen gobierno en el Perú". En *Ius et Veritas*, N° 49 (Lima).
- Morón Urbina, Juan Carlos (2023): *Las multas administrativas* (Lima: Praxis).
- Morón Urbina, Juan Carlos / Aguilera Becerril, Zita (2017): *Aspectos jurídicos de la contratación estatal* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).
- Müller-Tuckfeld, Jens Christian (1995): "Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts". En Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (editor), *Vom Unmöglichen Zustand des Strafrechts* (Frankfurt: Peter Lang).
- Muñoz Conde, Francisco (1999): *Derecho Penal. Parte especial,* 12ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Muñoz Conde, Francisco (2001): *Derecho Penal. Parte Especial,* 13ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes (1993): *Derecho Penal. Parte General,* 3ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes (2000): *Derecho Penal. Parte General,* 4ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch).

N

- Nakazaki Servigón, César (2003): "La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por falta de modificación en la legislación penal interna". En *Advocatus*, N° 9 (Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de Lima).
- Nakazaki Servigón, César (2006): "Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú". En Alonso Peña Cabrera Freyre / Efraín Montes Flores / Miguel Sánchez Mercado (coordinadores), *El Derecho Penal contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, tomo I (Lima: Ara Editores).
- Nava Negrete, Alfonso (1991): *Derecho Administrativo* (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México).

- Navarro Cardoso, Fernando (2018): *El cohecho en consideración al cargo o función* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Neira Pena, Ana María (2017): "Colaboración público-privada como estrategia para combatir la corrupción: el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de prevención delictiva". En Luz María Puente Alba (directora), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal* (Granada: Comares).
- Nevado-Batalla Moreno, Pedro (2005): "Cumplimiento de la legalidad en la nueva cultura de gestión pública: propuestas y realidades en la lucha contra la corrupción". En Nicolás Rodríguez García / Eduardo Fabián Caparró / Luis Contreras Alfaro (coordinadores), *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho* (Santiago de Chile: Lexis Nexis).
- Nieto, Alejandro (1970): "Problemas capitales del Derecho Disciplinario". En *Revista de Administración Pública*, N° 63 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- Nieto Martín, Adán (2000): *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición* (Barcelona: Atelier).
- Novoa Monreal, Eduardo (1960, 2005): *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, tomo I (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- Novoa Monreal, Eduardo (1960, 2005): *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, tomo II (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- Núñez, Ricardo (1959): *Derecho Penal argentino. Parte General*, tomo I (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina).
- Núñez, Ricardo (1960): *Derecho Penal argentino. Parte General*, tomo II (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina).
- Núñez, Ricardo (1978): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Córdoba: Marcos Lerner).

O

- Olaizola Nogales, Inés (1999): *El delito de cohecho* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Olaizola Nogales, Inés (2006): "Los delitos contra la Administración Pública", en Santiago Mir Puig / Mirentxu Corcoy Bidasolo (directores), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoria al Código Penal español de 1995* (Buenos Aires: BdeF).

- Oliver Calderón, Guillermo (2009): "Aproximación al delito de cohecho en el Código Penal chileno". En Luis Miguel Reyna Alfaro (director), *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Jurista Editores).
- Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo (2006): "Delitos contra la Administración Pública". En Jesús María Silva Sánchez (director), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (Barcelona: Atelier).
- Orts Berenguer, Enrique (1996): "Capítulo VIII: De los fraudes y exacciones ilegales". En Tomás Vives Antón (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Otto, Harro (1983): "Rapport national". En *Revista Internacional de Derecho Penal* (Asociación Internacional de Derecho Penal).

P

- Pabón Gómez, Germán (1995): *Lógica del indicio en materia criminal,* 2ª edición (Bogotá: Temis).
- Padovani, Tullio (2004): *Diritto Penale* (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore).
- Pagliaro, Antonio (2000): *Principio di Diritto Penale. Parte Speciale,* tomo I, 9ª edición (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore).
- Pagliaro, Antonio (2003): *Principio di Diritto Penale. Parte Speciale,* tomo III (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore).
- Palomar Olmeda, Alberto (2000): *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios* públicos, 5ª edición (Madrid: Dykinson).
- Paredes Pérez, Jorge (2023): *Comentarios al Código Penal,* tomo I (Lima: Instituto Pacífico).
- Paredes Vargas, César (2017): *Fundamentos de la imputación objetiva* (Lima: Editores del Centro).
- Pariona Arana, Raúl (2012): "El marco normativo nacional anticorrupción". En Jan Michael Simon / William Ramírez (coordinadores), *La lucha contra la corrupción en el Perú* (Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).
- Pariona Arana, Raúl (2017): *El delito de colusión* (Lima: Instituto Pacífico).
- Parma, Carlos (2005): *Código Penal de la Nación argentina comentado,* tomo 3 (Córdoba: Mediterránea).
- Parodi Remon, Carlos (1989): "El arbitraje en el Perú". En AA.VV. *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español* (Lima: Cultural Cuzco).

- Parra Gutiérrez, William René (1998): *Delitos contra la Administración Pública* (Santafé: Ediciones Librería del Profesional).
- Pastor Alcoy, Francisco (2003): *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Patrón Faura, Pedro / Patrón Bedoya, Pedro (2004): *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*, 8ª edición (Lima: Grijley).
- Peña Cabrera, Raúl (1999): *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Lima: Grijley).
- Peña Cabrera, Raúl / Francia Arias, Luis (1993): *Delito de enriquecimiento ilícito* (Lima: Ediciones Jurídicas).
- Peña Cabrera Freyre, Alonso (2011): "El delito de prevaricación fiscal en el Código Penal". En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 22 (Lima: Gaceta Jurídica).
- Peña Cabrera Freyre, Alonso (2014): "Estudio dogmático de los delitos de cohecho y perspectivas político criminales". En Rafael Cancho Alarcón (coordinador), *La imputación del delito y de la pena en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos* (Lima: Editores del Centro).
- Peña Cabrera Freyre, Alonso / Chinchay Castillo, Alcides (2013): "El delito de prevaricación fiscal en el nuevo modelo procesal penal". En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 46 (Lima: Gaceta Jurídica).
- Peña Cabrera Freyre, Alonso / Frisancho Aparicio, Manuel (1999): *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Fecat).
- Peña Ossa, Erleans de Jesús (1995): *Delitos contra la Administración Pública* (Bogotá: Editorial Gustavo Ibañez).
- Pereira Chumbe, Roberto (2001): "La potestad sancionatoria de la Administración y el procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 27444". En AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, tomo I (Lima: Ara Editores).
- Pérez Alonso, Esteban (1998): *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal* (Granada: Comares).
- Pérez Alonso, Esteban (2010): "Autoría y participación". En José Miguel Zugaldía Espinar (director), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Pérez Manzano, Mercedes (1998): "Las defraudaciones (I). Las estafas". En Miguel Bajo Fernández (director), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II (Madrid: Ceura).

- Pérez Manzano, Mercedes (1998): "Las defraudaciones (II). Apropiación indebida". En Miguel Bajo Fernández (director), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial,* vol. II (Madrid: Ceura).
- Pizarro Beleza, Teresa (1995): "La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad *versus* dominio del hecho?". En Jesús María Silva Sánchez (editor), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin* (Barcelona: J.M. Bosch).
- Polaino Navarrete, Miguel (1997): "Delitos contra la Administración Pública (VIII). Fraudes funcionariales, exacciones ilegales, estafa y apropiación indebida". En Manuel Cobo del Rosal (director), *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial,* tomo II (Madrid: Marcial Pons).
- Polaino Navarrete, Miguel (2008) *El bien jurídico en el Derecho Penal* (Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega).
- Polaino Navarrete, Miguel (2011): "Lección 20: Fraudes y exacciones ilegales". En Miguel Polaino Navarrete (director), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (Madrid: Tecnos).
- Polaino Navarrete, Miguel (2015): *Derecho Penal. Parte General* (Lima: Ara Editores).
- Polaino-Orts, Miguel (2011): "Lección 21: Introducción a los delitos contra la administración de justicia. Prevaricación judicial. Omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución. Encubrimiento. Realización arbitraria del propio derecho". En Miguel Polaino Navarrete (director), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial,* tomo II (Madrid: Tecnos).
- Portilla Contreras, Guillermo (1989): "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos". En *Cuadernos de Política Criminal,* N° 39 (Madrid: Edersa).
- Portocarrero Hidalgo, Juan (1996): *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Editorial Jurídica Portocarrero).
- Posada Maya, Ricardo (2012): *Aspectos fundamentales del delito continuado* (Granada: Comares).
- Prado Saldarriaga, Víctor (1996): *Todo sobre el Código Penal,* tomo I (Lima: Idemsa).
- Prado Saldarriaga, Víctor (1999): *Derecho Penal, jueces y jurisprudencia* (Lima: Palestra).
- Prado Saldarriaga, Víctor (2020): *Derecho Penal. Parte Especial. Los delitos* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

- Puppe, Ingeborg (1992): *Vorsatz und Zurechnung* (Heidelberg: Decker und Müller).
- Puppe, Ingeborg (2003): *La imputación del resultado en Derecho Penal*, traducción de Percy García Cavero (Lima: Ara Editores).

Q

- Queralt Jiménez, Joan (1996): *Derecho Penal español. Parte Especial* (Barcelona: J.M. Bosch).
- Queralt Jiménez, Joan (2010): *Derecho Penal español. Parte Especial* (Barcelona: Atelier).
- Quintero Olivares, Gonzalo (1974): *Los delitos especiales y la teoría de la participación* (Barcelona: Cymys).
- Quintero Olivares, Gonzalo (1983): "Parte General". En Gonzalo Quintero Olivares / Francisco Muñoz Conde, *La reforma penal de 1983* (Barcelona: Ediciones Destino).
- Quintero Olivares, Gonzalo (2000): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Navarra: Aranzadi).

R

- Ragués I Vallès, Ramón (1999): *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona: Bosch).
- Ramos Tapia, María Inmaculada (2000): *El delito de prevaricación judicial* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Ransiek, Andreas (2003): "Colaboración neutral en organizaciones formales". En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* N° 4 (Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales).
- Reaño Peschiera, José (2002): "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales. Un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita". En César San Martín Castro / Dino Carlos Caro Coria / Reaño Peschiera, José, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales* (Lima: Jurista Editores).
- Reaño Peschiera, José (2004): *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias* (Lima: Jurista Editores).
- Reátegui Sánchez, James (2014): *Manual de Derecho Penal. Parte General,* vol. II (Lima: Instituto Pacífico).

- Reátegui Sánchez, James (2015): *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal* (Lima: Jurista Editores).
- Rebollo Vargas, Rafael (1996): *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público* (Barcelona: Cedecs).
- Rebollo Vargas, Rafael (2001): "Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II, del Código Penal español". En Adán Nieto Martín (coordinador), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam,* vol. II (Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha / Ediciones Universidad de Salamanca).
- Regis Prado, Luiz (2010): *Bien jurídico y Constitución* (Lima: Ara Editores).
- Remoti Carbonell, José Carlos (2013): "Reflexiones sobre la actuación de la Administración Pública en un sistema democrático". En *Vox Juris,* N° 9 (Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres).
- Reyes Alvarado, Yesid (1997): "La imputación objetiva y el delito de enriquecimiento ilícito". En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* N° 6/1997 (Buenos Aires: Ad Hoc).
- Reyes Alvarado, Yesid (2005): *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis).
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2000): "La utilización abusiva de información privilegiada en el Derecho Penal. Análisis del tipo de injusto del artículo 251-A del Código Penal peruano". En *Cathedra,* año IV, N° 6 (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos).
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2002): *Comentarios a la legislación anticorrupción* (Lima: Jurista Editores).
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2004): *Delitos contra la familia* (Lima: Gaceta Jurídica).
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2008): "El delito de peculado doloso. Análisis y consideraciones conforme al Acuerdo Plenario 04-2005". En José Luis Castillo Alva (director), *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema* (Lima: Grijley).
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2009): "El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública". En él mismo (director), *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Jurista Editores).
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2012): "El programa dogmático y político criminal del principio de legalidad". En *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* N° 2 (Lima: Cedpe).
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2019): "Capítulo VII: La protección de bienes jurídicos en el Derecho Penal Económico y de la empresa". En Dino Carlos Caro Coria

/ Luis Miguel Reyna Alfaro, *Derecho Penal Económico y de la empresa,* tomo I (Lima: Gaceta Jurídica).

- Reyna Alfaro, Luis Miguel / Ventura Saavedra, Karen (2008): "Los servicios públicos en el Perú. Una visión preliminar". En David Cienfuegos Salgado / Luis Gerardo Rodríguez Lozano (coordinadores), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica* (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México).
- Righi, Esteban / Fernández, Alberto (2005): *Derecho Penal* (Buenos Aires: Hammurabi).
- Rivero Ortega, Ricardo (2005): "Corrupción y contratos públicos. Las respuestas europea y latinoamericana". En Nicolás Rodríguez García / Eduardo Fabián Caparrós / Luis Contreras Alfaro (coordinadores), *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho* (Santiago de Chile: Lexis Nexis).
- Roca Agapito, Luis (1999): *El delito de malversación de caudales públicos* (Barcelona: J.M. Bosch).
- Rodríguez Collao, Luis / Ossandón Widow, María Magdalena (2005): *Delitos contra la función pública* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- Rodríguez Gómez, Carmen (2005): "Aspectos penales de la corrupción en la Administración Pública". En Nicolás Rodríguez García / Eduardo Fabián Caparrós / Luis Contreras Alfaro (coordinadores), *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho* (Santiago de Chile: Lexis Nexis).
- Rodríguez Mesa, María José (2000): *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos* (Granada: Comares).
- Rodríguez Puerta, María José (1999): *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios* (Pamplona: Aranzadi).
- Rojas Vargas, Fidel (1999): *Jurisprudencia penal,* tomo I (Lima: Gaceta Jurídica).
- Rojas Vargas, Fidel (2000): *Delitos contra el patrimonio,* vol. I (Lima: Grijley).
- Rojas Vargas, Fidel (2001): *Delitos contra la Administración Pública,* 2ª edición (Lima: Grijley).
- Rojas Vargas, Fidel (2002): *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)* (Lima: Idemsa).
- Rojas Vargas, Fidel (2004): "La complicidad necesaria o primaria". En él mismo, *Estudios de Derecho Penal* (Lima: Jurista Editores).
- Rojas Vargas, Fidel (2004ª): "El concepto penal anticipado de funcionario público en la lucha contra la corrupción funcional. A propósito del adelantamiento de punición". En él mismo, *Estudios de Derecho Penal* (Lima: Jurista Editores).

- Rojas Vargas, Fidel (2004[b]): "El elemento subjetivo 'a sabiendas' en el delito de prevaricato. Comentarios y problematizaciones". En él mismo, *Estudios de Derecho Penal* (Lima: Jurista Editores).
- Rojas Vargas, Fidel (2016): *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos* (Lima: Nomos & Thesis).
- Romano, Mario (1999): *I delitti contro la Pubblica Amministrazione* (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore).
- Romano, Mario (2002): *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali* (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore).
- Rosales Artica, David (2021): *El delito de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública* (Lima: Editores del Centro).
- Rose-Ackerman, Susan (2001): *La corrupción y los gobiernos* (Buenos Aires: Siglo XXI).
- Roxin, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General* (Madrid: Civitas).
- Roxin, Claus (1997[a]): *La imputación objetiva en el Derecho Penal,* traducción de Manuel Abanto Vásquez (Lima: Idemsa).
- Roxin, Claus (1998): *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons).
- Roxin, Claus (1998[a]): "¿Qué es la complicidad?". En él mismo, *Dogmática penal y política criminal,* traducción de Manuel Abanto Vásquez (Lima: Idemsa).
- Roxin, Claus (2000): *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons).
- Roxin, Claus (2000[a]): *Derecho Procesal Penal,* traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor (Buenos Aires: Editores del Puerto).
- Roxin, Claus (2004): "¿Qué puede reprimir penalmente el Estado?". En él mismo, *Problemas actuales de dogmática penal* (Lima: Ara Editores).
- Roxin, Claus (2007): "Observaciones a la 'prohibición de regreso'". En él mismo, *La teoría del delito en la discusión actual* (Lima: Grijley).
- Roxin, Claus (2008): *Derecho Penal. Parte General,* tomo I (Madrid: Civitas - Thomson Reuters).
- Roxin, Claus (2014): *Derecho Penal. Parte General,* tomo II (Madrid: Civitas - Thomson Reuters).
- Roy Freyre, Luis (1983): *Derecho Penal peruano. Parte Especial,* tomo III (Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales).

- Rubio Correa, Marcial (1999): *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).
- Ruiz Rodríguez, Luis Ramón (2000): "Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias de la jurisdicción administrativa". En AA.VV. *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores* (Cádiz: Tirant lo Blanch).
- Ruiz Rodríguez, Luis Ramón / Reyna Alfaro, Luis Miguel (2001): *La regulación penal del mercado de valores* (Lima: Editorial Librería Portocarrero).

S

- Salamanca Ponce, Raúl (2012): "¿Puede un fiscal cometer delito de prevaricato al dictar una disposición o providencia o al formular un requerimiento?". En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 41 (Lima: Gaceta Jurídica).
- Salas Beteta, Christian (2012): "La dificultad probatoria en los delitos de corrupción de funcionarios en el sistema acusatorio". En Mónica Bustamante Rúa (coordinadora), *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses* (Medellín: Universidad de Medellín).
- Salazar Sánchez, Nelson (2007): "Autoría en los delitos de infracción del deber". En él mismo (coordinador), *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal* (Lima: Idemsa).
- Salinas Siccha, Ramiro (1998): *Curso de Derecho Penal peruano*, tomo I (Lima: Palestra).
- Salinas Siccha, Ramiro (2011): *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Iustitia - Grijley).
- Salinas Siccha, Ramiro (2014): *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª edición (Lima: Grijley).
- San Martín Castro, César (1999): *Derecho Procesal Penal*, tomo II (Lima: Grijley).
- San Martín Castro, César (1999ª): *Derecho Procesal Penal*, tomo I (Lima: Grijley).
- San Martín Castro, César / Caro Coria, Dino Carlos / Reaño Peschiera, José (2002): *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales* (Lima: Jurista Editores).
- Sánchez Córdova, Juan (2020): "La prueba en el delito de colusión". En Raúl Martínez (director), *La corrupción* (Lima: Editores del Centro).
- Sánchez Velarde, Pablo (2004): *Manual de Derecho Procesal Penal* (Lima: Idemsa).
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier (2000): "Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica 'trascendencia'". En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 1 (Lima).

- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier (2003): "Delitos de infracción del deber". En Eduardo Montealegre (coordinador), *Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, tomo I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier (2004): *El denominado "delito de propia mano"* (Madrid: Dykinson).
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier (2004ª): *Atribuciones normativistas en Derecho Penal* (Lima: Grijley).
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier (2012): *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons).
- Sancinetti, Marcelo (1994): *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268, 2, C.P.–* (Buenos Aires: Ad Hoc).
- Sancinetti, Marcelo (2003): *Dogmática del hecho punible y ley penal* (Buenos Aires: Ad Hoc).
- Santana Vega, Dulce-María (2000): *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos* (Madrid: Dykinson).
- Schünemann, Bernd (1991): "¿Ofrece la reforma del DP económico alemán un modelo o un escarmiento?". En AA.VV. *Jornadas sobre la reforma del DP en Alemania* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial).
- Schünemann, Bernd (2005): "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar por otro". En AA.VV. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Madrid: Thomson-Civitas).
- Segreto, Antonio / De Luca, Gaetano (1999): *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, 3ª edición (Milán: Dott. A. Giuffrè Editore).
- Segura Salas, Celinda / Villalta Infante, Marcos (2004): *Repertorio de jurisprudencia penal* (Lima: Librería y Ediciones Jurídicas).
- Seminara, Sergio (2003): "Peculato". En Alberto Crespi / Federico Stella / Giuseppe Zuccala (direttori). *Comentario breve al Codice Penale*, 4ª edición (Padova: Cedam).
- Serrano Gómez, Alfonso (2001): *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª edición (Madrid: Dykinson).
- Serrano Gómez, Alfonso / Serrano Maíllo, Alfonso (2006): *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª edición (Madrid: Dykinson).
- Serrano-Piedecasas Fernández, José Ramón (1999): *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal* (Lima: Gráfica Horizonte).

- Silva Sánchez, Jesús María (1992): *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (Barcelona: J.M. Bosch).
- Silva Sánchez, Jesús María (1999): *La expansión del Derecho Penal* (Madrid: Civitas).
- Silva Sánchez, Jesús María (2000): "La dimensión temporal del delito y los cambios de *'status'* jurídico-penal del objeto de la acción". En él mismo, *Estudios de Derecho Penal* (Lima: Grijley).
- Silva Sánchez, Jesús María (2025): *Derecho Penal. Parte General* (Madrid: Civitas).
- Sola Reche, Esteban (1996): *La llamada "tentativa inidónea" de delito* (Granada: Comares).
- Soler, Sebastián (1973): *Derecho Penal argentino,* tomo II (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina).
- Soler, Sebastián (1973ª): *Derecho Penal argentino*, tomo V (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina).
- Soler, Sebastián (1978): *Derecho Penal argentino*, tomo V, 8ª reimpresión de la 3ª edición (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina).
- Sorace, Domenico (2006): *Estado y servicios públicos,* traducción de Eugenia Ariana Deho (Lima: Palestra).
- Spena, Alessandro (2009): "El principio de ofensividad en la interpretación de las normas sobre el peculado y la corrupción". En Luis Miguel Reyna Alfaro (director), *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Jurista Editores).
- Stortoni, Luigi (2001): "Criminalidad organizada y Administración Pública". En Julio Virgolini / Alejandro Slokar (coordinadores), *Nada personal. Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia* (Buenos Aires: Depalma).
- Suárez González, Carlos (2001): "Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos". En Jesús María Silva Sánchez / Carlos Suárez González, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública* (Lima: Grijley).
- Suay Hernández, Blanca (1997): "Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador". En *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 11 (Madrid: Consejo General del Poder Judicial).
- Subirana de la Cruz, Silvia (2020): "*Compliance* en la contratación del Sector Público. Integridad y ética en los procedimientos contractuales". En Silvia Subirana de la Cruz / Miquel Fortuny Cendra (directores), *Compliance en el Sector Público* (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi).

T

- Talavera Elguera, Pablo (2009): *La prueba en el nuevo proceso penal,* 2ª edición (Lima: Academia de la Magistratura).
- Taruffo, Michele (2002): *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Trotta).
- Taruffo, Michele (2008): *La prueba,* traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Marcial Pons).
- Tassano, Hebert (2004): "La Administración Pública en el Perú". En AA.VV. *Derecho Administrativo* (Lima: Jurista Editores).
- Terragni, Marco Antonio (2003): *Delitos propios de los funcionarios públicos* (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo).
- Tiedemann, Klaus (1985): *Poder económico y delito* (Barcelona: Ariel)
- Tirado Barrera, José Antonio (2003): "La ejecución forzosa de los actos administrativos en la Ley N° 27444". En AA.VV. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General,* segunda parte (Lima: Ara Editores).
- Tonini, Paolo (2002): *A prova no processo penal italiano,* traducción de Alexandra Martins y Daniela Mróz (Sao Paolo: Revista dos Tribunais).
- Torío López, Angel (1981): "Los delitos de peligro hipotético". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 34, N° 2-3 (Madrid: Ministerio de Justicia).
- Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas (2001): *StGB und Nebengesetze*, 50ª edición (München: C.H. Beck).

U

- Überhofen, Michael (1997): *La corrupción en el Derecho comparado* (Buenos Aires: Konrad Adenauer - Ciedla).
- Überhofen, Michael (1999): *Korruption und Bestechungs-delikte im staatlichen Bereich* (Freiburg i.Br.: Iuscrim).
- Ugaz Sánchez Moreno, José Carlos / Ugaz Heudebert, Camila (2021): *Corrupción y delito en la función pública* (Lima: Gaceta Jurídica).
- Urquizo Olaechea, José (1998): "El bien jurídico". En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 6 (Lima: GC Ediciones).
- Urquizo Olaechea, José (2000): *El principio de legalidad* (Lima: Horizonte).

- Urquizo Olaechea, José (2002): "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública". En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12 (Lima: Idemsa).

V

- Valeije Álvarez, Inmaculada (1995): *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. El delito de cohecho* (Madrid: Edersa).
- Valeije Álvarez, Inmaculada (1997): "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública". En *Cuadernos de Política Criminal*, N° 62 (Madrid: Edersa).
- Valle Muñiz, José Manuel (1992): *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, 2ª reimpresión de la 1ª edición (Barcelona: Bosch).
- Valle Muñiz, José Manuel (1999): "De las estafas", en Gonzalo Quintero Olivares (director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª edición (Pamplona: Aranzadi).
- Vasconcelos Albuquerque Sousa, Nuno José (2000): *La función pública como relación especial de Derecho Administrativo* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid).
- Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando (2003): *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general* (Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública - Universidad de Santiago de Compostela).
- Vidal Ramírez, Fernando (2003): *Manual de Derecho Arbitral* (Lima: Gaceta Jurídica).
- Vidal Ramos, Roger (2021): *Arbitraje: la imposición del convenio arbitral y el errado ejercicio del Kompetenz-Kompetenz* (Lima: Estudio Mario Castillo Freyre).
- Vílchez Chinchayán, Ronald (2021): *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Editores del Centro).
- Villada, Jorge Luis (1999): *Delitos contra la función pública* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).
- Villavicencio Terreros, Felipe (2001): *Código Penal anotado* (Lima: Grijley).
- Villavicencio Terreros, Felipe (2001ª): *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la Corrupción* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú).
- Villavicencio Terreros, Felipe (2006): *Derecho Penal. Parte General* (Lima: Grijley).

- Vizueta Fernández, Jorge (2003): *Delitos contra la Administración Pública. Estudio crítico del delito de cohecho* (Granada: Comares).
- Vizueta Fernández, Jorge (2013): "Lección 6: Delitos contra la Administración Pública, y 2". En Juan Manuel Lacruz López / Mariano Melendo Pardos (coordinadores), *Tutela penal de las Administraciones Públicas* (Madrid: Dykinson).
- Von Liszt, Franz (1917, 1999): *Tratado de Derecho Penal,* tomo III (Madrid: Reus).

W

- Wagner, Heinz (1975): *Amtsverbrechen* (Berlín: Duncker & Humblot).
- Welzel, Hans (1969, 2011): *Derecho Penal alemán* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- Welzel, Hans (2015): *Estudios de Derecho Penal,* traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw (Buenos Aires: BdeF).
- Wohlers, Wolfgang (2003): "Complicidad mediante acciones 'neutrales'. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?". En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* N° 4 (Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales).

Z

- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1980): *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* tomo I (Buenos Aires: Ediar).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro (2005): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Ediar).
- Zambrano Pasquel, Alfonso (2009): "El delito de peculado". En Luis Miguel Reyna Alfaro (director), *Delitos contra la Administración Pública* (Lima: Jurista Editores).
- Zarazo Oviedo, Luis Arnoldo (1998): *El enriquecimiento ilícito,* 3ª edición (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez).
- Zegarra Valdivia, Diego (2005): *El servicio público. Fundamentos* (Lima: Palestra).
- Zúñiga Fernández, Tania (2001): "La potestad sancionadora de la Administración Pública". En *Revista Jurídica del Perú,* N° 21 (Trujillo: Normas Legales).

ÍNDICE GENERAL

Prólogo 19

PRIMERA PARTE
CUESTIONES DOGMÁTICAS FUNDAMENTALES RELACIONADAS CON LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I
LA FUNCIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO GENÉRICAMENTE PROTEGIDO EN EL TÍTULO XVIII, DEL LIBRO II, DEL CÓDIGO PENAL

I. La noción de "Administración Pública" en un Estado Social y Democrático de Derecho y su irradiación en el proceso de identificación del bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública 27

1. La idea de Administración Pública en el Estado de Policía (*Polizeistaat*) 28

2. La idea de Administración Pública en el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) 29

II. La Administración Pública como concepto multidimensional 31

III. El bien jurídico tutelado penalmente en los delitos contra la Administración Pública 32

1. La "fidelidad a la Administración Pública" como bien jurídico genéricamente tutelado 32

2. La "regularidad en el ejercicio de la función pública" como bien jurídico genéricamente tutelado 34

3. La "funcionalidad de la Administración Pública" como bien jurídico genéricamente tutelado 35

IV. Epílogo: sobre la trascendencia forense de la identificación del bien jurídico penal 36

1. Utilidad en el juicio de correspondencia comparativa 37

2. Utilidad en el juicio de verificación sobre la idoneidad de la conducta 37

3. Efectos procesales y estrategia de litigio 38

CAPÍTULO II
EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

I. Introducción 41

II. Capacidad de rendimiento del concepto administrativo de "funcionario público" para el Derecho Penal 41

III. El concepto penal de funcionario público 42

1. Función pública y trabajadores y empleados de empresas públicas del Estado y las sociedades de economía mixta 43

2. Concepto amplio de funcionario público. Reconocimiento jurisprudencial 44

3. Conexión del concepto de funcionario público con el principio de lesividad 45

4. Influencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción 46

5. Requisitos y concepto funcional de funcionario público 46

5.1. El título habilitante 47

5.1.1. La ley 47

5.1.2. La elección 48

5.1.3. El nombramiento o delegación de autoridad competente 49

5.2. El ejercicio de función pública 50

6. La cuestión de la responsabilidad penal del funcionario "de hecho" 51

IV. Los alcances del artículo 425 del Código Penal 53

1. Párrafo 1°: los que están comprendidos en la carrera administrativa 54

2. Párrafo 2°: los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular 55

2.1. Los funcionarios públicos que ejercen cargos políticos 55

2.1.1. Cargos políticos por designación o remoción regulada 55

2.1.2. Funcionario público de libre designación y remoción: los servidores de confianza 56

2.2. Cargos políticos por elección popular, directa y universal 57

3. Párrafo 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 57

4. Párrafo 4°: los administradores o depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares 58

5. Párrafo 5°: los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional 58

6. Párrafo 6°: los demás indicados en la Constitución Política y la ley 59

V. Concepto anticipado de funcionario público 59

VI. La distinción entre "funcionario público" y "servidor público" 60

CAPÍTULO III
LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

I. La necesaria distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber. Su particular importancia en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública 65

II. Los delitos de infracción del deber: planteamiento general 66

III. Delitos especiales y delitos de infracción del deber 69

IV. Los delitos de infracción del deber: críticas 71

1. Críticas vinculadas a la imprecisión de la categorización de los delitos de infracción del deber 71

2. Críticas vinculadas a sus efectos sobre la autonomía del Derecho Penal 72

3. Críticas vinculadas al principio de legalidad penal 72

4. Críticas vinculadas al principio de ofensividad 73

5. Críticas formuladas contra la versión jakobsiana de la teoría de los delitos de infracción del deber 73

6. Síntesis: predominio de su recepción jurisprudencial 74

V. Estructura de la autoría en los delitos de infracción del deber con especial aplicación a los delitos contra la Administración Pública 75

1. La autoría mediata en los delitos de infracción del deber 75

1.1. La problemática del instrumento doloso no cualificado 76

(i) La punición del *intraneus* pese a no intervenir ontológicamente en la ejecución del comportamiento típico 76

(ii) La punición del *extraneus* que domina el hecho, pero no ha infringido el deber especial extrapenal 76

2. La coautoría en los delitos de infracción del deber 77

3. La participación en los delitos de infracción del deber 78

3.1. La accesoriedad de la participación 78

CAPÍTULO IV

LÍMITES A LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. Introducción 83

II. La complicidad (necesaria y secundaria) en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública 84

1. El aporte debe ser causal para el resultado típico 84

2. El aporte debe incrementar y realizar el riesgo jurídicamente desaprobado 87

3. Supuestos de desarrollo conjunto de riesgos 88

3.1. El "principio de confianza". Aplicación en los delitos contra la Administración Pública 88

3.2. La situación de las acciones cotidianas o conductas neutrales 91

3.2.1. La prohibición de regreso 91

3.2.2. El rechazo a la prohibición de regreso: la posición de Roxin 93

3.2.3. Aproximación a la posición de la jurisprudencia de la Corte Suprema 94

3.2.4. Estado de la cuestión: el predominio de la prohibición de regreso como fundamento de la irrelevancia penal de las acciones neutrales 95

CAPÍTULO V

LA REGULACIÓN DEL DELITO CONTINUADO

DIFICULTADES OPERATIVAS E INCONGRUENCIAS PARTICULARMENTE EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA

I. Introducción 99

II. El delito continuado en el Código Penal 100

1. Fórmula legal 101
2. Definición 101
3. Elementos configuradores 102
3.1. Elementos objetivos del delito continuado 103
3.1.1. Pluralidad de acciones u omisiones que deben constituir individualmente delito 103
3.1.2. Identidad o semejanzas del tipo penal 104
3.1.3. Conexión temporal entre las acciones u omisiones delictivas 105
3.2. Elemento subjetivo del delito continuado: unidad de resolución criminal 106
4. Distinciones con el delito permanente 108
5. Circunstancia de exclusión del delito continuado 108
6. Distinciones entre el delito continuado y los delitos asociativos 109
III. Dosimetría penal en el delito continuado 109
IV. Efectos procesales de la aplicación de la continuidad delictiva 111
V. La importación del "delito continuado" al Derecho Administrativo Sancionador 111
1. La prohibición de analogía en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador 112
2. Tratamiento legal de la "infracción continuada" en el Derecho Administrativo Sancionador 113
2.1. La continuidad de infracciones en la Ley del Procedimiento Administrativo General 113
2.2. Análisis de los criterios legales utilizados por Indecopi en la aplicación de la continuidad a la luz de la doctrina penal predominante 114
2.3. Identificación de los posibles efectos periféricos 115
VI. Conclusiones 116

CAPÍTULO VI

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, DERECHO DISCIPLINARIO Y DERECHO PENAL

CONEXIONES, CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

I. Introducción 121

II. Puntos de partida conceptuales: Derecho Disciplinario y Derecho Administrativo Sancionador 121

III. Las divergencias 124

IV. La actuación administrativo-sancionadora y disciplinaria 127

V. El traslado de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario 129

1. El principio de legalidad 130

2. El principio de tipicidad-taxatividad en el Derecho Administrativo 132

3. La cuestión de las normas administrativas sancionatorias (y disciplinarias) en blanco 133

4. El principio de irretroactividad de la ley administrativa sancionatoria y disciplinaria 134

5. La garantía de *non bis in idem* 134

5.1. Pautas de solución en casos de persecución paralela penal-administrativa sancionatoria (disciplinaria) 135

5.1.1. Primera regla: predominio de la persecución penal sobre la persecución administrativa 135

5.1.2. Segunda regla: conexión sancionatoria penal-administrativa 137

5.2. Incidencia de la sanción administrativa en la pena 137

6. El principio de culpabilidad o de prohibición de la responsabilidad administrativa objetiva 137

7. El principio de causalidad o responsabilidad por el hecho propio 139

8. Estado de la cuestión 140

VI. Régimen de sanciones (administrativas y disciplinarias) 140
VII. Epílogo 142

SEGUNDA PARTE
LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I
EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL
ARTÍCULO 384° DEL CÓDIGO PENAL

I. Descripción típica 147
II. Antecedentes y evolución legislativa 148
III. El bien jurídico tutelado penalmente 149
IV. Estructura típica del delito de colusión desleal simple 151
1. Autoría 151
2. La conducta material 152
2.1. El acuerdo colusorio y su relación con el fraude 152
2.2. Los elementos del fraude colusorio 154
2.2.1. El engaño: concepto y aspectos problemáticos 154
2.2.2. El perjuicio patrimonial al Estado 156
2.3. Los negocios jurídicos que forman parte del tipo penal 157
2.4. Trascendencia del principio de formalidad de la contratación pública 159
2.5. Límites a la intervención delictiva en el delito de colusión desleal 160
3. Consumación y tentativa 161
4. Tipo subjetivo 161

V. Delito de colusión desleal agravada 162
1. El perjuicio patrimonial en la modalidad agravada 162
2. Relación de riesgo entre el acuerdo colusorio y el perjuicio patrimonial 163
3. Idoneidad lesiva del comportamiento colusorio 164
VI. Otras modalidades agravadas 164
1. El agente actúa como integrante, persona vinculada o encargo de una organización criminal 164
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucradas supere las diez unidades impositivas tributarias 165
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional 165
VII. La prueba en el delito de colusión desleal 166
1. La prueba de la "concertación" en el delito de colusión 166
1.1. Marco general del debate 166
2. Base legal 167
3. Elementos de la prueba indiciaria 168
3.1. El indicio o hecho base 168
3.2. El hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión 169
3.3. El nexo o relación causal 170
4. Los indicios contingentes 170
4.1. Pluralidad de indicios 171
4.2. Concordancia de indicios 171
4.3. Convergencia de indicios 171
4.4. Ausencia de contraindicios 172
5. El indicio de falsa justificación 172
6. La valoración de la prueba indiciaria. La trascendencia de la distinción entre indicios débiles e indicios fuertes para la determinación de la probabilidad en la inferencia 174

7. Trascendencia de la inferencia y de la motivación del proceso inferencial 175
8. Los indicios en el ámbito del delito de colusión desleal 176
8.1. El indicio de ilicitud administrativa 176
8.2. El indicio de perjuicio patrimonial en el costo de la contratación 178
8.3. El indicio de perjuicio patrimonial derivado de los defectos en el bien o servicio contratado 181
8.4. Incumplimientos contractuales como indicio de concertación 181
8.5. Inexperiencia de la persona natural o jurídica contratada como indicio de concertación ilegal 182
8.6. El comportamiento posterior como indicio de intervención en el acuerdo colusorio 182
8.7. Los antecedentes delictivos o de ilicitud administrativa 183
8.8. La posición dominante del imputado en la estructura funcional administrativa 184
9. Ideas de cierre sobre la prueba indiciaria en el delito de colusión 185
10. La prueba del perjuicio patrimonial 186

CAPÍTULO II
EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
ARTÍCULO 399° DEL CÓDIGO PENAL

I. Introducción 189
II. Descripción legal 190
III. El bien jurídico penalmente protegido 190
1. Cuestiones generales 190
2. Formulaciones del bien jurídico construídas con relación a las nociones de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública 191
3. La imparcialidad en la contratación pública como primer componente del bien jurídico tutelado 192

4. Construcción patrimonialista del delito de negociación incompatible y su trascendencia en la determinación del bien jurídico protegido penalmente (segundo componente) 193

5. Determinación de la relación entre el patrimonio estatal y el correcto funcionamiento de la Administración Pública 194

IV. Elementos típicos del delito de negociación incompatible 195

1. El autor 195

2. La conducta típica y el nexo de riesgo 196

3. Negocios jurídicos sobre los que se produce el interés indebido 198

4. Modo de realización del comportamiento típico: directa, indirectamente o por acto simulado 199

5. El rol del particular en el delito de negociación incompatible 199

6. La consumación del delito 200

7. Imputación subjetiva 201

CAPÍTULO III
EL DELITO DE PECULADO
ARTÍCULO 387° DEL CÓDIGO PENAL

I. Introducción 205

II. Descripción típica 205

III. El bien jurídico protegido penalmente 206

1. El patrimonio público como bien jurídico protegido en el delito de peculado 207

2. La lealtad y probidad en el ejercicio de la función pública y en la gestión de los recursos públicos como bien jurídico protegido en el delito de peculado 207

3. El patrimonio público y el ejercicio regular de la función pública como bien jurídico protegido en el delito de peculado 208

4. El correcto funcionamiento y la imparcialidad de la Administración Pública como bien jurídico tutelado penalmente a través del delito de peculado 210

5. El bien jurídico en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la República conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 210

6. Toma de posición: el patrimonio público como bien jurídico protegido penalmente en el delito de peculado 211

IV. Estructura típica 213

1. El autor 213

2. Conducta material 214

2.1. Acción típica 214

2.1.1. La acción típica del peculado por apropiación 214

A. Presupuestos de la acción típica: la recepción del bien 215

B. Presupuestos de la acción típica: los títulos hábiles en la acción de apropiación 216

a) Confiado por "razón de su cargo": especial referencia a la delegación de potestades o competencias funcionariales 216

b) Mediante "percepción, administración o custodia" 218

c) La esfera de protección del bien jurídico 220

C. La apropiación en sí misma 220

2.1.2. La acción típica del peculado por utilización 221

A. La referencia a los "fines ajenos al servicio" 222

2.2. El objeto material de la acción 223

2.2.1. Caudales 223

2.2.2. Efectos 224

2.2.3. Cuestiones aplicativas: ¿pueden, indistintamente, ser los "caudales" y "efectos" objeto de apropiación o utilización? 224

3. Trascendencia de la cuantía de la afectación patrimonial en la configuración del delito de peculado 225

4. Los viáticos como objeto material del delito de peculado 226

4.1. El viático: ¿caudal? o ¿efecto? 227

4.2. Las formas de acceso al caudal estatal (percepción, administración o custodia) en el caso de los viáticos 227

4.3. Problemas contingentes 229

4.4. El Acuerdo Plenario N° 7-2019/CIJ-116 y su insatisfactoria solución al problema 232

5. La consumación en el delito de peculado doloso 233

5.1. La consumación en el delito de peculado doloso por apropiación 234

5.2. La consumación en el delito de peculado doloso por utilización 234

6. El tipo subjetivo 234

6.1. El tipo subjetivo en el delito de peculado doloso por apropiación 235

6.2. El tipo subjetivo en el delito de peculado doloso por utilización 237

V. Tipo de injusto del delito de peculado culposo 237

1. Cuestiones relevantes de tipicidad objetiva del delito de peculado culposo 238

1.1. La conducta del funcionario o servidor público: la cuestión de la "infracción del deber objetivo de cuidado" y la imputación al tipo objetivo 238

1.1.1. La "infracción del deber objetivo de cuidado" en el ámbito de las competencias funcionariales 238

1.1.2. La imputación al tipo objetivo en el delito de peculado culposo 239

1.1.3. La conducta del tercero 239

2. La consumación del delito de peculado culposo 240

VI. Circunstancias agravantes 241

CAPÍTULO IV
LOS DELITOS DE COHECHO
ARTÍCULOS 393°, 394° Y 397° DEL CÓDIGO PENAL

I. Cuestiones introductorias 245

II. El bien jurídico en los delitos de cohecho 247

1. Anclajes sobre los que se asienta la noción de bien jurídico en el Derecho Penal 247

2. Función interpretativa del bien jurídico penal 248

3. Bienes jurídicos mediatos e inmediatos 249

4. El correcto desempeño de la función administrativa como bien jurídico mediato en los delitos contra la Administración Pública 249

5. La discusión doctrinal respecto del bien jurídico protegido en el delito de cohecho 251

5.1. La confianza en el correcto funcionamiento y el prestigio de la Administración Pública 253

5.2. La no comerciabilidad de los actos de la Administración Pública 254

5.3. La imparcialidad de la Administración Pública 255

III. Estructuración de la tutela penal de la imparcialidad de la Administración Pública: la protección escalonada de bienes jurídicos 257

1. Primer escalón: ética e integridad en el ejercicio de la función pública 257

2. Segundo escalón: prevención mediante el *public compliance* 258

3. Tercer escalón: Derecho Administrativo Sancionador 259

4. Cuarto escalón: Derecho Penal 259

IV. Principales expresiones del delito de cohecho 260

1. El delito de cohecho pasivo propio 260

1.1. Fórmula legal 260

1.2. El autor 260

1.3. La conducta típica 261
1.3.1. La aceptación 261
1.3.2. La recepción 262
1.3.3. Los medios corruptores 262
A. Los donativos 262
B. La promesa 262
C. Expresiones residuales: ventaja o beneficio 263
1.3.4. La violación del deber funcionarial 263
1.3.5. Criterios ulteriores de delimitación del comportamiento típico 264
1.4. Consumación 265
1.5. Tipo subjetivo 266
2. El delito de cohecho pasivo impropio 266
2.1. Fórmula legal 266
2.2. El comportamiento típico 266
3. Cohecho activo genérico propio e impropio 267
3.1. Fórmula legal 267
3.2. Autoría y participación 268
3.3. La acción típica 268
3.4. El tipo subjetivo 269

CAPÍTULO V

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL

I. Generalidades 273
II. Antecedentes y regulación en el Derecho comparado 274
III. La Convención Interamericana contra la Corrupción 278

IV. El bien jurídico tutelado y técnicas de tipificación 279
V. Elementos del tipo objetivo 298
1. El funcionario o servidor público como sujeto activo 298
2. El Estado como sujeto pasivo 314
3. La ilicitud de la conducta funcional ("por razón del cargo") como atributo del comportamiento penalmente relevante 314
4. La infracción del deber vinculado al cargo como fundamento de la autoría 316
5. El criterio de imputación "por razón del cargo" 320
6. Fuentes del enriquecimiento "por razón del cargo" 325
7. El resultado material de enriquecimiento 327
7.1 Noción de "enriquecimiento" 327
7.2. El objeto material del "enriquecimiento" 329
7.3. Momento del enriquecimiento 330
VI. El dolo como elemento del tipo subjetivo 335
VII. La autoría y participación 339
VIII. Las formas imperfectas de ejecución 349

CAPÍTULO VI
EL DELITO DE PREVARICATO
ARTÍCULO 418° DEL CÓDIGO PENAL

I. Introducción 353
II. El bien jurídico protegido en el delito de prevaricato y la utilidad de su identidad como guía de interpretación del tipo penal 353
III. El tipo de injusto del delito de prevaricato 357
1. Fórmula legal 357
2. Los autores 358
2.1. El juez 358
2.2. El fiscal 358

2.3. Cuestiones problemáticas: el juez militar, el árbitro y los magistrados del Tribunal Constitucional 359

2.3.1. El juez/fiscal militar 359

2.3.2. El árbitro 359

2.3.3. Los magistrados del Tribunal Constitucional 360

3. La víctima en el delito de prevaricato 361

4. La acción típica en el delito de prevaricato 361

4.1. Resolución 361

4.2. Dictamen. Algunas consideraciones sobre las inconsistentes posiciones que pretenden sostener la descriminalización de la prevaricación fiscal con la entrada en vigencia del CPP 362

4.3. El comportamiento típico 364

4.3.1. Prevaricato de derecho: dictar resolución o emitir dictamen manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley o apoyándose en leyes inexistentes o derogadas 365

A. Teorías en torno al modo en que debe comprenderse el torcimiento del Derecho en el prevaricato 366

(i) Teoría subjetiva 366

(ii) Teoría objetiva 367

(iii) Teoría mixta 367

B. La problemática de las leyes con contenidos indeterminados y leyes multívocas 367

C. La problemática de la aplicación discrecional de la ley 368

D. Prevaricato, argumentación y racionalidad jurídica 369

E. La problemática de la *iusta prevaricatio* 369

F. La inobservancia de la jurisprudencia vinculante y de las decisiones del Tribunal Constitucional 369

4.3.2. Prevaricato de hecho: dictar resolución o dictamen citando pruebas inexistentes o hechos falsos 371

5. La imputación objetiva en el delito de prevaricato 372

5.1. La responsabilidad en el caso de decisiones judiciales colegiadas (imputación horizontal) 372

5.2. La imputación en casos de división vertical de trabajo jurisdiccional o fiscal 375

6. La consumación del delito de prevaricato 375

7. Imputación subjetiva 376

Bibliografía 377