James Reátegui Sánchez

Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública

JURISTA editores

© JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ
Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Edición: Enero 2014

Tiraje: 1,000 ejemplares

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2013-15388

ISBN: 978-612-4184-21-5

Composición, diagramación y diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

En homenaje a don
Edilberto Lister Sánchez, mi tío,
en testimonio de su invalorable
recuerdo de parte de sus seres queridos.

ÍNDICE GENERAL

A MODO DE INTRODUCCIÓN

1. La política criminal del Estado en los delitos cometidos por Funcionarios Públicos.. 29
2. La implementación del nuevo modelo procesal penal en el Perú para delitos cometidos por funcionarios/servidores públicos.. .. 35
3. Comentarios en torno a la Adecuación de la Legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción.. 39

CAPÍTULO PRIMERO
EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y SU VINCULACIÓN CON LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CONSIDERACIONES A PARTIR DEL ARTÍCULO 425° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. La Administración Pública y su protección mediante el Derecho penal 51
   1.1. En el ámbito de la Administración Pública rige el principio de división de trabajo y jerarquización de funciones. 61
2. Sobre el concepto de Funcionario público. 63
   2.1. El funcionario de facto o de hecho 67
3. Sobre el concepto de Servidor Público. 69

4. La problemática del Funcionario Público por elección y la perspectiva de la Convención Americana contra la Corrupción. 71
5. El concepto de funcionario o servidor público en las normas extra-penales.. 74
6. Los delitos de infracción del deber y los delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública. Especial mención a los Deberes Éticos y Administrativos de los Funcionarios.. 78
7. El funcionario como portador de deberes especiales de garantía 85
8. El principio de incorporación del sujeto funcionarial desde el punto de vista del Derecho penal 88
8.1. El título o fundamento jurídico.... 89
8.2. La investidura o juramentación o asunción del cargo. 90
8.3. La Función pública.. 91
8.4. Remuneración... 96
9. Análisis jurídico-dogmático del artículo 425° del Código penal peruano... 98
9.1. Descripción Legal 98
9.2. Antecedentes Legales y perspectiva de ***Lege Ferenda***. ***98***
9.3. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 102
9.4. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular... 104
9.5. 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.. 108
9.5.1. Contexto histórico-legal del inciso 3 del artículo 425° del Código penal 108
9.5.2. Regulación actual del inciso 3 del artículo 425° del Código penal a partir de la Ley N° 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996.. 113
9.5. Los Administradores y Depositarios de caudales embargados o depositados por Autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 119
9.6. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 121

9.7. Los demás indicados por la Constitución Política o por la Ley. ... 124
10. Sobre el régimen sancionatorio (penal - administrativo) de los Funcionarios o Servidores públicos. ... 128

CAPÍTULO SEGUNDO
EL DELITO DE CONCUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 382°

1. Consideraciones generales... 135
2. Sobre el bien jurídico tutelado... 139
3. Tipicidad Objetiva ... 142
3.1. Descripción legal ... 142
3.2. Legislación penal nacional y comparada ... 142
3.3. Sujeto activo... 144
3.4. Sujeto pasivo ... 144
3.5. Conducta típica ... 145
3.5.1. Abusando del cargo funcional ... 145
3.5.2. Modos de ejecución: obligar o inducir ... 148
3.5.2. A. Obligar a dar o prometer ... 149
3.5.2. B. Inducir a dar o prometer ... 152
3.5.3. Objeto de la ejecución: para dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial ... 157
3.5.4. Lo "indebido" en dar o prometer un bien o beneficio patrimonial ... 159
3.5.5. Destinatarios: "para sí" o para "otro" ... 160
4. Tipicidad subjetiva ... 161
5. Grados de ejecución del delito... 162
6. Relaciones concursales ... 163
6.1. Con el delito de coacción ... 163
6.2. Con el delito de abuso de autoridad ... 165
6.3. Con el delito de cohecho pasivo... 167

CAPÍTULO TERCERO
EL DELITO DE COLUSIÓN

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL

1. Consideraciones generales... 173
2 La tipicidad en el delito de colusión ... 176
   2.1. Antecedentes... 176
   2.2. El artículo 384° del Código Penal. Evolución legislativa del delito de colusión ... 178
   2.3. El Proyecto de la Ley N° 26713 descriminaliza la colusión ilegal en el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta... 179
   2.4. Según la Exposición de Motivos de la Ley N° 26713 se despenaliza la Colusión Ilegal en el caso de las Empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta... 180
   2.5. Según el Dictamen de la Comisión de Justicia recaído en el Proyecto de la Ley N° 26713 que despenaliza la Colusión Ilegal para los funcionarios de Empresas Públicas y Sociedades de Economías Mixtas... 181
   2.6. Modificación expresa del artículo 425° inciso 3) del Código Penal... 182
   2.7. Modificación expresa del artículo 384° del Código Penal.. 182
3. Tipicidad objetiva... 183
   3.1. El sujeto activo... 183
   3.2. Los requisitos de la concertación... 184
      3.2.1. El concepto de concertación ... 184
      3.2.1.a. La concertación tiene que ser clandestino... 187
      3.2.1.b. La concertación tiene que ser defraudatorio... 190
   3.3. La vinculación funcional del funcionario/servidor público 194
      3.3.1. Exposición jurisprudencial... 195
      3.3.2. Exposición doctrinal... 196
      3.3.3. Exposición legal... 199
   3.4. El resultado típico en el delito de colusión... 200
      3.4.1. El perjuicio potencial ... 203

3.4.2. El perjuicio efectivo ... 205
3.4.3. Opción mixta ... 208
4. Tipicidad subjetiva ... 209
4.1 Sobre el delito de colusión ilegal y el proceso de reforma producida por las Leyes Nros. 29703 y 29758 ... 209
5. Sobre el delito de colusión ilegal y el proceso de reforma producida por las Leyes Nros. 29703 y 29758 ... 209
6. Sobre algunos puntos problemáticos en el delito de colusión. .. 215
6.1. La colusión como tipo penal de encuentro ... 215
6.2. ¿Existe la figura del "interesado-cooperador necesario"? Sobre el tipo penal ampliado en el delito de colusión desleal 218
6.3. El delito de colusión y su realización por la omisión impropia 221
6.4. Sobre la pericia valorativa como prueba idónea en el delito de colusión ... 222

CAPÍTULO CUARTO
EL DELITO DE PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL

I. ASPECTOS HISTÓRICOS Y EL OBJETO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO ... 227
II. ASPECTOS ESENCIALES DEL ART. 387 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO: EL PECULADO DOLOSO POR APROPIACIÓN-UTILIZACIÓN ... 235
1. Evolución legislativa del delito de peculado en el Perú ... 235
2. Sujeto activo ... 237
3. Conducta Típica ... 238
4. Equiparación entre el hurto y el peculado: La sustracción ... 239
5. La apropiación en el peculado ... 241
6. La apropiación y el *ánimus* de aprovechamiento ... 243
7. El elemento "por razón del cargo" como presupuesto objetivo 247
8. Los bienes que administra el funcionario público: ¿En qué momento los bienes adquieren la calidad de "públicos"? ... 252
9. Tipicidad subjetiva ... 255
10. La consumación típica ... 256
10.1. Cuestiones generales ... 256

10.2. La etapa "ejecutiva" del peculado doloso se inicia con la sustracción y culmina con la mínima disposición-perdida relativa de los caudales público ... 258
III. SOBRE LA PROBLEMÁTICA DEL "PARA SÍ O PARA OTRO" EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO ... 266
1. La sentencia del Tribunal anticorrupción de fecha 29 de Mayo considera un elemento objetivo "para si o para otro" ... 266
2. La doctrina y jurisprudencia indican que el elemento "para sí o para otro" es un elemento ***subjetivo***. ... 267
3. Cuando el tipo penal de peculado alude al "otro" no se está refiriendo a que dicho sujeto beneficiario sea "coautor" ... 272
IV. LA INTERVENCIÓN DE TERCERAS PERSONAS EN EL DELITO DE PECULADO ... 273
V. LAS CONSECUENCIAS DE ADMITIR LA TESIS DE ADMINISTRADOR DE "HECHO" Y DE "DERECHO" EN EL DELITO DE PECULADO ... 278
1. Cuestiones generales ... 278
2. La admisión del "administrador de derecho" ... 280
VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL DELITO DE PECULADO ... 286
VII. LA MODIFICACION CONTENIDA EN LA LEY Nº 29703 y 29758 ... 288
VIII. RESPECTO A LA MODIFICATORIA DEL DELITO DE PECULADO DE USO ART. 388 EN LA LEY Nº 29703 ... 290

CAPÍTULO QUINTO
LA INFRACCIÓN PENAL POR PECULADO CULPOSO

ANÁLISIS A PARTIR DEL ARTÍCULO 387º, CUARTO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL

1. Consideraciones generales ... 295
2. Bien jurídico tutelado ... 297
3. Modelos de tratamiento jurídico de la "culpa" o "imprudencia" según la intervención o no de personas en un evento delictivo 298

4. Tipicidad objetiva. ... 299
4.1. Descripción legal.. ... 299
4.2. Sujeto activo.. ... 300
4.3. Sujeto pasivo. ... 300
4.4. Conducta típica.... ... 300
4.4.1. La culpa generado por el funcionario o servidor público.... ... 301
4.4.2. La intervención del tercero extraneus en el proceso de sustracción de bienes o efectos del Estado.. ... 309
4.4.3. La afectación patrimonial al Estado como requisito concurrente de tipicidad.. ... 317
4.5. Ley Nro. 29703 de fecha 26 de Mayo del 2011 y su incorporación del delito de peculado doloso por omisión del funcionario con respecto de la sustracción de terceros, y su posterior modificación por la Ley 29758 de fecha 21 de Julio del 2011.. ... 320
4.6. Tipicidad subjetiva... ... 321
4.7. Grados de desarrollo del delito. ... 322
4.8. Circunstancia agravante si los caudales o efectos, estuvieran destinados a Fines Asistenciales o Programas de Apoyo Social. ... 323

CAPÍTULO SEXTO
EL DELITO DE PECULADO DE USO

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 388° DEL CÓDIGO PENAL

1. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado 327
2. Tipicidad objetiva 329
2.1. Descripción legal 329
2.2. Sujeto activo.. ... 330
2.3. Sujeto pasivo. ... 333
2.4. Conducta típica ... 333
2.5. El uso de objetos o instrumentos de propiedad del Estado con fines ajenos al servicio público. ... 337

2.6. El objeto material del delito: que el vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenezcan a la Administración Pública o que se hayan bajo su guarda.. .. 338
2.7. Grados de desarrollo del delito. 340
2.8. Cláusula de exoneración típica prevista en el último párrafo del artículo 388° del Código penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de Abril de 2013, Exp. N° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el Caso "Roberto Torres Gonzáles".... 341
3. Tipicidad Subjetiva 349
4. El error de prohibición en el peculado de uso según la jurisprudencia penal peruana... 350
5. ¿Es conveniente la incorporación de una cláusula de gravedad de los bienes o instrumentos utilizados en el peculado de uso? 351

CAPÍTULO SÉPTIMO
EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CORRUPCIÓN 355
II. CORRUPCIÓN Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA... 363
1. Cuestión previa 363
III. ASPECTOS ESENCIALES DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO. A PROPÓSITO DE LA REFORMA PRODUCIDA POR LA LEY 28355 DEL 4-10-2004 366
1. Apuntes preliminares 366
2. Sistemática legislativa: el caso de Argentina y Perú 370
3. Configuración típica del cohecho y la Ley 28355.. 374
3.1. Cohecho pasivo propio... 378
3.2. Cohecho pasivo impropio.. 387
3.3. Cohecho pasivo específico 388
IV. EL DELITO DE COHECHO COMO FORMA DE "ENCUENTRO" EN LOS TIPOS PLURIPERSONALES.. 390
V. LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO EN EL CONTEXTO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA 394
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN... 396

VII. ALGUNOS ASPECTOS EN TORNO A LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO (ART. 393° DEL CÓDIGO PENAL) 399
1. Lo que se reprime en el delito de cohecho (activo y pasivo) es el "pacto venal" 399
2. Los supuestos típicos del delito de Cohecho Pasivo Propio del artículo 393° del Código Penal. Especial mención al medio corruptor "aceptar" 402
3. El *iter criminis* del delito de cohecho pasivo (propio como impropio). A la vez una fundamentación a través del delito de mera actividad 406
4. Subjetivamente el delito de cohecho pasivo (propio e impropio) es un delito de tendencia interna trascendente, o llamado también delitos de intención 412
5. Algunas conclusiones 414
VIII. EL AGRAVIADO/PARTE CIVIL POR EXCELENCIA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS ES EL "ESTADO" Y NO LOS PARTICULARES AFECTADOS POR EL DELITO 416

CAPÍTULO OCTAVO
EL DELITO DE COHECHO PASIVO

(ARTÍCULO 389° DEL CÓDIGO PENAL)

1. Consideraciones generales y el Bien jurídico-penal 421
2. Descripción legal 426
   2.1. Legislación penal comparada 427
3. Tipicidad Objetiva 428
   3.1. Sujeto activo y Sujeto pasivo 428
   3.2. Aspectos generales sobre la conducta típica 428
   3.3. Facultades de Administración en relación al dinero o bienes por parte del funcionario/servidor 431
   3.4. El objeto material del delito 432
   3.4. La relación funcional del dinero o bienes 433
   3.5. La aplicación pública definitiva diferente de los bienes o dinero por parte del funcionario o servidor público 434

4. Tipicidad subjetiva ... 438
5. Grados de desarrollo del delito.. ... 439
6. Circunstancia agravante por aplicación definitiva de dinero o bienes de programas de apoyo social, de desarrollo o asistencia 441
7. El delito de malversación de fondos y su diferencia con el delito de peculado ... 442
7.1. Consideraciones generales 442
7.2. Jurisprudencia en procesos por delito de Malversación de Fondos ... 444

CAPÍTULO NOVENO
EL DELITO DE COHECHO ACTIVO (GENÉRICO Y ESPECÍFICO) EN EL CÓDIGO PENAL.

1. Consideraciones generales y el Bien jurídico-penal... ... 449
2. Semejanzas y diferencias del comportamiento típico "activo" en función al delito de cohecho.. ... 453
3. El delito de cohecho (activo) como delito de encuentro.. ... 455
4. El delito de cohecho activo genérico ... 456
4.1. Descripción Legal. Evolución Legislativa ... 456
4.2. Legislación penal comparada ... 458
5. El delito de cohecho activo genérico (propio) ... 460
5.1. Tipicidad objetiva ... 460
5.1.1. Sujeto activo ... 460
5.1.2. Sujeto pasivo ... 461
5.1.3. Conducta típica... ... 461
5.1.3.a. Sobre los verbos rectores. ... 461
5.1.4. Sobre la propiedad de la conducta del cohechante activo ... 464
5.1.5. Los medios corruptores. ... 465
5.2. Tipicidad Subjetiva.. ... 467
5.3. Grados de desarrollo del delito. ... 468
6. Tipicidad objetiva del Cohecho activo genérico (impropio) ... 470

6.1. Descripción legal ... 470
6.2. Conducta típica ... 470
6.2.1. Sujeto activo y Sujeto pasivo ... 470
6.2.2. Sobre los verbos rectores ... 470
6.2.3. La impropiedad de la conducta del cohechante activo 470
6.2.4. Sobre los medios corruptores ... 472
6.3. Tipicidad subjetiva ... 472
7. El delito de Cohecho activo específico dirigido al Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo (artículo 398°, primer párrafo, del Código penal) ... 472
7.2. Descripción legal ... 472
7.3. Comentarios ... 473
7.4. Tipicidad subjetiva ... 477
8. El delito de Cohecho activo específico dirigido al Secretario, Relator, Especialista, Auxiliar Jurisdiccional, Testigo, Traductor o Intérprete o análogo (artículo 398°, segundo párrafo, del Código penal) ... 477
8.1. Descripción legal. Evolución Legislativa ... 477
8.2. Sujeto activo y Sujeto pasivo ... 479
8.3. Conducta típica ... 479
8.4. Tipo Subjetivo ... 481
8.5. Grados de desarrollo del delito ... 482
9. Tipicidad objetiva del Cohecho activo específico mediante Abogado o Estudio de Abogados ... 482
9.1. Descripción legal. Evolución Legislativa ... 482
9.2. Sujeto activo y Sujeto Pasivo ... 485
9.3. Conducta típica ... 485
9.4. Tipicidad subjetiva ... 486
10. Sobre el tratamiento jurídico-procesal del cohechante activo ... 487

CAPÍTULO DÉCIMO
EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 399° DEL CÓDIGO PENAL

1. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado ... 495
2. Tipicidad Objetiva ... 499
   2.1. Descripción legal ... 499
   2.2. Legislación comparada ... 501
      2.2.3. El Código penal argentino ... 501
   2.3. Sujeto activo ... 501
   2.4. Sujeto pasivo ... 501
   2.5. Conducta típica ... 502
      2.5.1. El verbo rector "interesarse" ... 502
      2.5.2. Las modalidades específicas, según el Código penal, de negociación incompatible ... 504
      2.5.2.A. El interés, indebido, del funcionario o servidor público de manera directa sobre contratos u otra operación... 505
      2.5.2.B. El interés, indebido, del funcionario o servidor público de manera indirecta sobre contratos u otra operación. 505
      2.5.2.C. El interés, indebido, del funcionario o servidor público, por acto simulado, sobre los contratos u otra operación. 505
      2.5.3. Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones ... 506
      2.5.4. La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser por razón de su cargo ... 507
      2.5.5. El interés del funcionario o servidor público debe ser de manera indebida ... 508
      2.5.6. En la celebración de los convenios u operaciones, el funcionario o servidor público debe intervenir por razón de su cargo ... 510
3. Tipicidad Subjetiva ... 511
4. Grados de desarrollo del delito ... 513

5. Problemas de aplicación concursal entre el delito de negociación incompatible y el delito de colusión. 515

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO
EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 400° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado 521
2. Tipicidad Objetiva 526
   2.1. Descripción legal del artículo 400° del Código penal. Evolución Legislativa. 526
   2.2. Legislación comparada 528
   2.3. Sujeto activo.. 531
   2.4. Sujeto Pasivo. 532
   2.5. Conducta típica 532
   2.6. Las influencias pueden ser "reales" o "simuladas" 534
      2.6.1. Las influencias reales. 534
      2.6.2. El regreso de las influencias "simuladas" mediante la Ley Nro. 29758 535
      2.6.3. La influencia tiene que ser ejercido mediante el verbo "invocar" 538
      2.6.4. Objetos corruptores en el tráfico de influencias: donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio . .. 539
      2.6.5. Con el ofreciendo de interceder ante un funcionario o servidor público 540
      2.6.6. Se tiene influenciar en un caso judicial o un caso administrativo 542
3. Tipicidad subjetiva 543
4. Grado de desarrollo del delito 544
5. Circunstancia agravante del segundo párrafo del artículo 400° C.P. por razón del cargo especial del autor. 545
6. La problemática jurídico-penal del sujeto "interesado" en el artículo 400° del Código penal. 546

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO
EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL

1. Consideraciones generales... 553
2. Sobre el bien jurídico tutelado... 558
3. El delito de enriquecimiento ilícito y su versión original de no justificación del enriquecimiento por parte del Funcionario o Servidor público... 560
4. Antecedentes y Evolución legislativa en el Perú del delito de enriquecimiento ilícito... 566
5. Descripción Legal: texto actual a través de la Ley Nro. 29758 de fecha 21-07-11... 567
   - 5.1. El Texto original del Código penal de 1991... 568
   - 5.2. Primera modificación: Ley N° 27482, con fecha 15-06-01 569
   - 5.3. Segunda modificación: Ley N°. 28355, publicada el 06-10-2004 570
   - 5.4. El Anteproyecto del Código penal peruano (2008-2010), presentado por la Comisión Especial del Congreso de la República, Revisora del Código penal... 571
   - 5.5. Legislación penal comparada... 572
     - 5.5.1. Colombia... 572
     - 5.5.2. Argentina... 573
6. Tipicidad objetiva... 573
   - 6.1. Sujeto activo... 574
   - 6.2. Sujeto pasivo... 574
   - 6.3. Conducta típica... 575
     - 6.3.1. Sobre el término "enriquecimiento"... 575
     - 6.3.2. La sustitución del término "durante el cargo" por el de "abuso del cargo"... 578
     - 6.3.3. El momento temporal del enriquecimiento ilícito... 580
     - 6.3.4. Las fuentes generadoras de enriquecimiento ilícito: ¿Donativos, dádivas o presentes?... 582
     - 6.3.5. ¿Resulta necesario incorporar un "monto económico" al enriquecimiento en el modelo penal peruano?... 583

7. La tipicidad subjetiva. Sobre la problemática de la concurrencia del elemento subjetivo distinto del dolo en el enriquecimiento ilícito.... 584
8. Grados de desarrollo del delito.. 586
9. El delito de enriquecimiento ilícito agravado por razón del cargo o antejuicio o prerrogativa constitucional.. 588
10. Tercer párrafo del artículo 401° del Código penal: "Indicio tasado" en la forma de cómo se debe entender el término enriquecimiento indebido. El concepto de indicio de enriquecimiento regulado en el último párrafo del artículo 401° del Código penal. 590
11. Entre el delito de cohecho pasivo y el delito de enriquecimiento ilícito existe una relación de subsidiaridad tácita.. 592

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO
EL DELITO DE PREVARICATO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

I. SOBRE EL BIEN JURÍDICO-PENAL "ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA"... 601
II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE PREVARICATO. 606
III. EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL JUEZ O FISCAL (ARTÍCULO 418 DEL CÓDIGO PENAL).. 615
1. Descripción legal y antecedente ... 615
2. La tipicidad objetiva. 617
2.1. El sujeto activo. 617
2.2. Las "resoluciones judiciales" y los "dictámenes fiscales" como formas de expresión del delito de prevaricato ... 620
2.3. La incorporación del término *"manifiestamente"* es un límite cualificado a la tipicidad objetiva. 625
2.3.1 Las resoluciones manifiestamente injustas por falta de fundamentación razonable.. 627
2.4. Los supuestos concretos para la comisión del delito de prevaricato del Juez o del Fiscal... 630
2.4.1. La conducta por parte del Juez o Fiscal de emitir resolución o dictamen contraria a ley ... 630

2.4.1.a. El supuesto del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales y la comisión del delito de prevaricato 632
2.4.1.b. El delito de prevaricato y el límite en la interpretación de la ley ... 633
2.4.2. La conducta por parte del Juez o fiscal de emitir resolución o dictamen citando pruebas inexistentes ... 639
2.4.3. La conducta por parte del Juez o Fiscal de emitir resolución o dictamen citando hechos falsos ... 646
2.4.4. La conducta por parte del Juez o Fiscal de emitir resolución o dictamen apoyado en leyes derogadas o supuestas ... 648
3. Tipo subjetivo ... 649
4. Tentativa y consumación ... 652
5. La penalidad ... 654
6. Algunos supuestos problemáticos del artículo 418° del Código Penal ... 655
6.1. ¿El apartamiento de una jurisprudencia plenaria vinculante por parte de un magistrado constituye delito de prevaricato? ... 655
6.2. La agravante que faltaba en el artículo 418° Código Penal: cuando el prevaricato versa sobre una sentencia condenatoria 659
6.3. ¿Debería tipificarse el delito de prevaricación en forma culposa? ... 660
6.4. El tema concursal del delito de prevaricato con otros delitos 663
6.4.1. Con el delito de abuso de autoridad ... 663
6.4.2. Con el delito de cohecho ... 665
6.4.3. Con el delito de avocamiento indebido ... 666
6.4.4. Con el delito de negativa del juez de administrar justicia ... 668
6.5. Sobre el desconocimiento del requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal y su vinculación con la comisión en el delito de prevaricato ... 669
IV. EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL O ARBITRARIA (ARTÍCULO 419 DEL CÓDIGO PENAL) ... 673
1. Bien jurídico tutelado y consideraciones generales ... 673

2. Descripción legal y antecedente. ... 675
3. Tipicidad objetiva. ... 676
3.1. Sujeto activo.. ... 676
3.2. Conducta típica ... 676
3.2.1. Ordenar ilegalmente la detención preventiva de una persona. ... 677
3.2.1.a. Los requisitos para el dictado de la prisión preventiva en el derecho peruano... ... 677
3.2.1.b. No otorgar la libertad de un detenido o un preso que debió decretar.. ... 680
4. Tipicidad subjetiva ... 687
5. Tentativa y consumación. ... 688
6. Penalidad ... 688
7. Excurso: el delito de detención ilegal en el derecho penal argentino 688
V. EL DELITO DE INCOMPATIBILIDAD PARA EJERCER EN EL PROCESO LA LABOR JUDICIAL O FISCAL (ARTÍCULO 420 DEL CÓDIGO PENAL) 694
1. Consideraciones generales... ... 694
2. Descripción legal y antecedente. ... 697
3. Tipicidad objetiva. ... 697
3.1. Sujeto activo.. ... 697
3.2. Conducta típica ... 697
3.3. Tentativa y consumación ... 698
3.4. Penalidad... ... 699
VI. EL DELITO DE PATROCINIO INFIEL (ARTÍCULO 421 CÓDIGO PENAL) ... 699
1. Consideraciones generales... ... 699
2. Tipicidad objetiva. ... 702
2.1 Descripción legal 702
2.2. Legislación comparada ... 702
2.3. Tipicidad objetiva ... 703
2.3.1 Sujeto activo ... 703
2.3.2. Conducta típica... ... 704

2.3. Tipicidad subjetiva... 706
2.4. Tentativa y consumación ... 706
2.5. Penalidad... 706
VII. EL DELITO DE FUGA EN LUGAR DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO (ARTÍCULO 408 DEL CÓDIGO PENAL)... 706
1. Consideraciones generales... 706
2. Tipicidad objetiva... 708
2.1. Descripción legal... 708
2.2. Sujeto activo... 708
2.3. Conducta típica ... 708
3. Tipicidad subjetiva ... 711
4. Tentativa y consumación... 711
5. Aspectos concúrsales ... 712
6. Penalidad ... 712

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO
¿ES CONVENIENTE LA PROPUESTA DE LEGE FERENDA DE INCORPORAR EL DELITO DE RETARDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?

I. SOBRE LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES Y PENALES DE CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS. EL CASO DEL DELITO DE RETARDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.... 715
II. CON RELACIÓN A LA INCORPORACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE RETARDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL CÓDIGO PENAL. ... 717
III. RAZONES PARA INCORPORAR LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE "RETARDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA" EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO... 718
1. Criterio de coherencia formal interna... 718
2. Criterio de coherencia sustantiva... 719
3. Criterios político criminales de necesidad, no contingencia y proporcionalidad... 720

4. Criterio *a fortiori*, o de mayor razón. La exhortación del Tribunal Constitucional... 721
5. Criterio de Derecho comparado... 721
V. RAZONES QUE OBJETAN LA INCORPORACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE RETARDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA... 724

ANEXOS

I. Informe Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción (Felipe Villavicencio Terreros, Lima, mayo del 2000)... 731
II. Acuerdos Plenarios Jurisdiccionales con incidencia en los delitos cometidos por funcionarios públicos... 779

– Bibliografía General... 845

A MODO DE INTRODUCCIÓN

1. LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Luego de 10 años de vigencia del Código Penal aprobado en abril de 1991 por Decreto Legislativo N° 635, el denominado "Caso Montesinos" suscitado a medios del año 2000 ha puesto de manifiesto sus insuficiencias técnicas y político-criminales en materia de delitos contra la Administración Pública, pues, frente a casos graves unas fracciones a los deberes de probidad y lealtad funcionales, se requieren agudas interpretaciones dogmáticas para no dejar ayunos de tutela a bienes jurídicos institucionales y comprender en el precepto normativo todo el desvalor del comportamiento desplegado por los protagonistas del evento lesivo.

El fenómeno de la corrupción en la administración pública es algo estructural a nuestras sociedades. En este orden de ideas, el legislador peruano como no podía ser de otra manera, promulgó diversas leyes cuya orientación le valió la denominación de "leyes anticorrupción"[1].

---

[1] Descubierta la red de corrupción liderada por Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos Torres la investigación siguió los conductos regulares. De esta manera se derivó al 41° Juzgado Penal de Lima. En ese despacho se empezaron a visualizar los famosos "vladivídeos" en coordinación con el Congreso de la Re-pública, la Procuraduría Ad-hoc y el Ministerio Público. El 28 de enero de 2001, el Presidente de la Corte Superior de Lima, Dr. Sergio Salas Villalobos,

Así también lo entendieron nuestras autoridades al poner en práctica el llamado subsistema penal anticorrupción, diseño caracterizado por poner en tela de juicio principios básicos de Derecho penal y procesal penal de irrestricta observancia en todo Estado de derecho. Con este lenguaje -adelantando la punibilidad, combatiendo con penas elevadas, limitando las garantías procesales-, es en términos Jakobs el *Derecho penal de los enemigos*[2]. Es decir, que la reacción punitiva enemiga

solicitó al Consejo Transitorio del Poder Judicial se le permita designar a seis jueces ad-hoc para que conozcan de estos casos de corrupción, dicha instancia absolvió dicho pedido autorizándole la designación de "...seis jueces Especializados en lo Penal para atender adecuadamente los procesos ya instaurados y los que se instauren como consecuencia de las investigaciones que se están realizando en diversos niveles en torno al ciudadano Vladimiro Montesinos Torres".
Si bien el Derecho penal no sólo se trata de prohibiciones y órdenes dirigidas a los ciudadanos, se trata también, de regular la actuación de los funcionarios estatales ante la sospecha de la comisión de un hecho punible. Estas normas procesales son de carácter técnico: estas normas establecen la posición del inculpa-do, del testigo, del perito o del perjudicado. Estas normas permiten, bajo determinados presupuestos, la revisión de sentencias revisadas conforme a Derecho, prohíben tribunales de excepción y subordinan la designación del juez competente a un mecanismo abstracto, mezcla de automatismo y casualidad, pretenden evitar un castigo por duplicado, establecen el derecho a guardar silencio y delimitan la frontera a la curiosidad pública. En definitiva, no sólo organizan el proceso penal; antes bien, establecen derechos y obligaciones, cuidan de su realización y ciñen la búsqueda de la verdad y la justicia a reglas y principios.
El Derecho penal resulta más barato, en el caso concreto resulta una respuesta dura, y en lo que se refiere al problema de la globalidad, promete cierta eficacia. Lo que defiendo es una actitud crítica y vigilante. El aseguramiento de las normas fundamentales a través de un proceso y una sanción pública necesita de una especial fidelidad a determinados principios que se manifiestan tanto en la amenaza de la pena, como el proceso penal y en la fase de ejecución de la pena.

[2] Véase, en este sentido: ALCOCER POVIS, Eduardo; "*El actual sistema penal anti-corrupción peruano. ¿Acaso un Derecho procesal penal del enemigo?*", en: Libro de ponencias, XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho penal y Criminología, Universidad Nacional de Córdoba, 2003, Pág. 11. Fue JAKOBS quien lo introdujo al debate penal en dos etapas: en 1985 estaba vinculado a aquellos delitos que representaban una puesta en peligro y a delitos económicos; y en 1999 asignándolo a los delitos graves contra los bienes jurídicos individuales, especialmente vinculados al terrorismo. El concepto mismo de "enemigo" resulta sumamente amplio, porque lo que lo justifica es la presunta necesidad de un derecho penal dirigido contra los enemigos

trae como consecuencia inmediata la adopción de un sistema penal de *autor*, en contraposición a un sistema de comisión delictiva, donde el procesamiento y aplicación de la pena criminal tienen como fundamento las condiciones y características personales: Eres terrorista de tal militancia, eres traficante de drogas de tal banda, eres funcionario público de tal agrupación, etc. No queda duda que la existencia de un Derecho penal del enemigo, en la que bajo ciertos parámetros existe una legitimidad constitucional, podría ser reconducido el "sistema penal anticorrupción peruano" porque precisamente apunta a enjaular a un grupo de autores especialmente determinados (funcionarios públicos).

El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo[3]. Puesto que el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. El mismo Jakobs ha dicho que "... el Derecho penal de enemigos tiene que ser separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de los ciudadanos"[4]. Este concepto de "enemigo" lleva implícito el tratamiento del imputado considerado como sujeto peligroso y no

---

del sistema. Todo esto es muy peligroso, porque además no hay límites en la definición del concepto de enemigo: ¿quién es el enemigo?, ¿los asociales en el nacionalsocialismo, los judíos?, ¿los inmigrantes ilegales?, ¿los talibanes?,¿son enemigos los somalíes para el sistema norteamericano? Lo que conduce a que, según la coyuntura política, definamos como enemigos a quienes nos convenga.

[3] Vid., JAKOBS, Günther; *"La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente"*, en: RPCP, Nº 12, Lima, 2002, Pág. 315. Este autor avizora que "Si las apariencias no engañan, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que posiblemente aumentará todavía más". (Pág. 316).

[4] JAKOBS, Günther; *"Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico"*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en: Fundamentos del Derecho Penal, Buenos Aires, 1996, Pág. 238.

por su calidad de persona. La asignación de Derecho penal del enemigo es una violación masiva de los Derechos Humanos.

En suma, pues, sería mejor considerar actualmente al sub-sistema penal anticorrupción como *persecución penal contra el funcionario enemigo*, ya que al margen de algunas sentencias condenatorias a dichos funcionarios sean consideradas exorbitantes y escandalosas, entre la infracción de la norma penal y la aplicación efectiva de la sanción, existe un camino necesariamente que recorrer: el proceso penal. La actividad persecutoria del Estado (dentro o fuera de una prisión preventiva) se torna en una evidente actividad vulneratoria de los principios del Estado de Derecho y el respecto por los Derechos Humanos. En consecuencia, el diagnóstico del problema en relación al sub-sistema anticorrupción peruano, a mi juicio, está focalizado más agudamente en la parte *instrumental* (procesamiento penal y ejecución administrativa –término de la ejecución- de la pena) que en la parte técnica-dogmática de las figuras delictivas contra la administración pública. Finalmente si todo sigue así como está, pronto los "enemigos" no serán funcionarios públicos enjaulados sino el mismo Estado enjaulado, en su misma política subversiva contra los Derechos de los ciudadanos.

La corrupción necesita de dos. La criminalidad de la corrupción es bilateral, siempre necesita alguien que tiene poder de decisión sobre algo y que quiere ser corrompido y alguien que quiere utilizar ese poder de decisión en su favor, que el corruptor. Sin los dos polos no se consigue evitar el problema. Si los funcionarios son probos, por mucho corruptor que haya no habría corrupción o potencial corruptor o, viceversa, si no habría alguien dispuesto a pagar a funcionarios venales tampoco habría corrupción[5]. La criminalidad de corrupción ha agregado una variante:

---

[5] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *"Aspecto dogmático y político – criminales de la lucha contra la corrupción"*, en: Jus Doctrina & Practica, Setiembre, 9, 2007, Pág. 47. Este mismo autor ha dicho lo siguiente: "A mí personalmente me parece que la corrupción en el sector privado merece la pena que hoy por hoy sea objeto de regulación penal, por lo que decíamos que lo ideal sería que ya la ética de los negocios estuviese lo suficientemente internalizada en las relaciones

la criminalidad económica, donde los delitos que se cometen en el ámbito de la administración pública deben estar sometidas a esa estructura a ese método de análisis del aparato organizado de poder[6]. Un aparato organizado de poder no es una banda es mucho más que una banda, para poder tener un aparato organizado de poder tiene que cumplirse con una serie de elementos, tiene que haber una estructura jerárquica con división funcional, donde además se opere siempre al margen del Derecho, bajo apariencias hetero-jurídicas, donde se den todos esos elementos. No puedo descartar que una Administración Pública llegue a organizarse de esta manera, en cuyo caso se podría establecer una imputación a título de aparato organizado de poder, peor en otros casos yo no creo que se vaya a dar[7].

En la actualidad, ningún país es inmune a la corrupción y muchos son especialmente vulnerables como consecuencia de la debilidad de su legislación o de sus instituciones. En el Perú, la percepción ciudadana considera que la corrupción es un grave problema. En la búsqueda de mecanismos para enfrentar a la corrupción, la Organización de las Naciones Unidas ha aprobado el Código de Conducta para los Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, la Declaración de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones

interpersonales, para que esto no hiciera falta, pero en este momento es necesario la intromisión del Derecho penal en una misión que no le corresponde. Yo soy muy crítico en esto, lo que pasa a veces es que no hay más remedio que el Derecho penal adopte una función social de "remoralización", es decir, que el Derecho penal acabe siendo el punto de referencia donde radica la moralidad y la inmoralidad de las conductas, porque normalmente en este punto seria la propia sociedad la que tendría que generar recursos suficientes, pero en una sociedad moralmente desarmada, como cada vez más lo son las sociedad contemporáneas, probablemente el Derecho penal debe dar un toque de atención insto en lo que no es su papel para avanzar en este sentido" (Pág. 49).

[6] SILVA SÁNCHEZ; *"Aspecto dogmático y político – criminales de la lucha contra la corrupción"*, cit., Pág. 53.

[7] SILVA SÁNCHEZ; *"Aspecto dogmático y político – criminales de la lucha contra la corrupción"*, cit., Pág. 53.

Comerciales Internacionales, además del Manual de Medidas Prácticas contra la Corrupción. En América, la Organización de Estados Americanos (OEA) viene promoviendo, además de la CICC, el Programa Interamericano de Cooperación para combatir la Corrupción.

En esta línea de pensamiento, es que se emitió la Convención Interamericana contra la Corrupción con sus XXVIII artículos han sido suscrita por el Perú con fecha 29 de marzo de 1996, aprobada con fecha 05 de marzo de 1997 y ratificada el 21 de marzo de 1997, respectivamente, pasando a constituir ley interna al cumplirse con lo señalado por el Art. XXV de la Convención en cuanto a que «la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado instrumento de ratificación». En el contexto peruano es que luego se realizó un trabajo titulado *"Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción"* (del Profesor Dr. Felipe Villavicencio Terreros) que constituye un estudio de carácter técnico-jurídico que evalúa, identifica, compara y analiza la legislación peruana con relación a las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción. Este estudio busca señalar acciones y propuestas para ser desarrolladas en el ámbito de la legislación penal y procesal penal en el Perú, en los casos que correspondan (tipificando o modificando), los delitos de corrupción contemplados en la Convención.

Por tanto es correcto pretender una modernización del Derecho Penal peruano y ello concretado en propuestas legislativas como la presente, sin embargo esta expansión y modernización del Derecho Penal debe ser acorde con los principios constitucionales y político criminales que garanticen un no exceso e intromisión del derecho penal en esferas que no son de su competencia, dado que vivimos en un Estado social y democrático de Derecho y es inaceptable políticas intervencionistas, volviendo al derecho penal como mecanismo de primera ratio, y entender la sociedad como un sistema auto político, en aplicación de un derecho penal del enemigo, cuando la evolución social, política y cultural exige una vuelta a los principios liberales del Derecho Penal. Por lo que se debe luchar si contra la corrupción pero no mediante propuestas irra-

cionales de la realidad que generarían un precedente de flexibilización de garantías que podrían afectar posteriormente a los ciudadanos[8].

2. LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL EN EL PERÚ PARA DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS/SERVIDORES PÚBLICOS

Como antecedente podemos señalar el Proyecto de Ley N° 4002/2009 presentado por el Poder Ejecutivo[9], que resume su argumentación para justificar el adelantamiento de la vigencia del Código Procesal Penal –Modificación del inciso 4 de la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 957, que promulga el Código Procesal Penal- en el ámbito nacional, en materia de los delitos de Concusión, Peculado y corrupción (artículos 382 al 401 del Código Penal)[10] en el éxito alcanzado por el sistema de justicia penal en los die-

[8] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

[9] El Proyecto de Ley N° 4002/2009-PE, pretende aplicar en forma inmediata el Código Procesal Penal para delitos de corrupción de Funcionarios Públicos, porque estos delitos socavan la legitimidad de las instituciones públicas, atentan contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos. En tal sentido, -expresa el Proyecto de Ley- contar con una herramienta que viabilice su erradicación, resulta indispensable. En tal sentido, el gasto que genere al Estado la aplicación de la presente iniciativa legislativa debe confrontarse con los gastos sociales y económicos que surgen como consecuencia de la comisión de los delitos tipificados en las Secciones II, II y IV del Capítulo II, Título XVIII, Libro II del Código Penal. El resultado de la confrontación resulta claramente a favor del Estado y de la sociedad en su conjunto.

[10] La relación específica de los delitos, es como sigue: Artículos 382 (Concusión), 383 (Cobro indebido), 384 (Colusión), 385 (Patrocinio ilegal), 386 (Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares), 387 (Peculado), 388 (Peculado por uso), 389 (Malversación), 390 (Retardo injustificado de pago), 391 (Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia), 392 (Peculado por Extensión), 393 (Cohecho propio), 394 (Cohecho impropio), 394-A (Cohecho electoral-político), 395 (Corrupción pasiva), 396 (Corrupción de auxiliares jurisdiccionales-Corrupción pasiva atenuada), 397 (Aprovechamiento indebido de cargo), 398 (Corrupción activa), 398-A (Corrupción activa de abogado), 398 B (Inhabilitación del ejercicio de la abogacía), 399 (Corrupción activa de funcionario), 400 (Tráfico de influencias) y 401 (Enriquecimiento ilícito).

ciséis Distritos Judiciales que han comenzado a aplicar las bondades del sistema acusatorio del que se halla inmerso el Código Procesal Penal, asimismo considera que es urgente ofrecer líneas legales y jurídicas de respuesta eficaz en la lucha contra la corrupción, siendo dicho cuerpo sistemático de normas el referente más idóneo en comparación con el Código de Procedimientos Penales, cuya data de origen se remonta al año 1940, caracterizado por su trámite dilatado y escasa asertividad en la búsqueda de justicia material a los conflictos funcionales que deslegitiman las bases de la democracia, perjudican a la sociedad y colocan en grave riesgo la viabilidad del Estado peruano.

Éxito que se traduce, en líneas generales, en la mejor y mayor observancia y cumplimiento de los plazos procesales en la tramitación de los procesos penales, lo que ha dado como resultado sentencias oportunas y ejemplares que cumplen la función de devolverle a la sociedad la fe y esperanza en los estándares de eficacia y garantías bajo los que deben desenvolverse y sustanciarse las causas penales, al igual que fortalecen la función preventiva restauradora de los valores de la norma penal.

Asimismo en la aplicación de los mecanismos de negociación de pena que brinda la sistemática normativa del Nuevo Código Procesal Penal, que en una muestra de pragmatismo jurídico apuesta por las soluciones consensuadas entre los sujetos principales de la relación procesal penal, permitiendo la solución de los conflictos en tiempo oportuno y sin las consecuencias de victimización sobrevenida que traen consigo la presencia de juicios largos. Es del caso coincidir, no obstante la alteración al Calendario de implementación del Código Procesal penal, con las razones que fundamentan las finalidades del proyecto de ley del Poder Ejecutivo, así como con las propuestas normativas que basándose en el respeto a las reglas del debido proceso, en especial el aseguramiento de la razonabilidad del plazo en el que deben producirse los procedimientos -esto es, garantizar procesos penales sin dilaciones indebidas-, son el eje de la propuesta de reforma legislativa introducida. Y es que la sociedad, espera de los centros de producción legislativa -y el legislativo lo es por mandato constitucional y configuración de la República democrática- respuestas creativas para enfrentar actos delictivos que traen

consigo letales consecuencias corrosivas para las bases del sistema de valores de la función pública.

No obstante es necesario tomar en cuenta que se está actuando e interviniendo en el centro del sistema inquisitivo (representado por el Código de Procedimientos Penales) al incluir el modelo acusatorio solo para los delitos de Concusión, Peculado y Corrupción de funcionarios, los que constituyendo Secciones del Título II del Libro XVIII del Código Penal representan una ínfima gama de actos de relevancia penal, pero los más sustanciales y numerosos de la delincuencia funcional, varios de los cuales admiten naturaleza compleja[11]. Son así en total 23 artículos los que serían objeto de adelantamiento y aplicación inmediata, dejando fuera de dicha perspectiva de cumplimento de plazos y oportunidad de sentencia a numerosos delitos de alta incidencia social, tales como los delitos de homicidio, patrimoniales, de omisión a la asistencia familiar entre otros, como oportunamente nos lo recuerda el informe de la Fiscalía de la Nación. Principio de Igualdad en el acceso a la justicia y a la justicia material que se ve obviamente afectado, sin embargo de procederse en sentido distinto, esto es ampliando también la aplicación del Código Procesal a otros delitos, tendría los efectos de hacer inmanejable las finalidades del Proyecto de Ley del Ejecutivo, dada la absolutamente mayoritaria incidencia estadística de los delitos contra el patrimonio y contra la vida e integridad física.

[11] Considero que los principales cambios que ha generado el Código Procesal Penal son de carácter ***procesal*** (por ejemplo la modificación del calendario de aplicación progresiva del CPP, genera diversas consecuencias procesales que deben ser tenidas en cuenta, no solo por el Legislador, sino por los operadores de justicia, entre otras cuestiones); y de ***carácter funcional*** (habrá que establecer despachos fiscales con una organización adecuada para dirigir la investigación, así los Fiscales Provinciales serán los que deberán intervenir en las audiencias preliminares así como en los juicios orales). Asimismo, una vigencia abrupta del CPP en Lima generaría una serie de consecuencias procesales en la fase de investigación. Debe considerarse que según la experiencia de la reforma procesal en nuestro país, el "modelo de la adecuación", es decir, el de aplicación inmediata para los procesos en trámite, ha tenido diversas dificultades.

En consecuencia, implementar el Código Procesal Penal en el ámbito nacional para los delitos funcionales ya consignados, esto es, también para los distritos judiciales en los que el Código Procesal Penal aún no entra en vigencia, en especial Lima y Callao, parte de considerar la afectación señalada, que se compensa con los criterios de cumplimiento de plazos, eficacia y oportunidad en las decisiones sobre delitos de gran impacto e incidencia social y ética que, de seguir por los cánones normativos y de sistema procesal impuestos por el arcaico Código de Procedimientos Penales, terminarán causando un perjuicio irreparable a las bases del sistema de justicia y el Estado Constitucional de Derecho en el Perú.

Si bien los factores presupuestal, de capacitación y apoyo de especialistas, señalados en el informe de la Fiscalía de la Nación, a los que se agregan los de adecuación de nuevos despachos fiscales y judiciales y locales para las salas de Juzgamiento, en propiedad constituyen razones técnicas de peso que podrían objetar la implementación del Nuevo Código Procesal Penal a los delitos de Concusión, Peculado y Corrupción de Funcionarios, sin embargo, hay que advertir –como igualmente reconoce el Ministerio Público- que se trata de argumentos no esenciales y reversibles, si se determina líneas de apoyo presupuestal y reestablece un programa de pre-implementación perentoria a fijar en la ley. El otorgar un tiempo mínimo razonable para la entrada en vigencia de los contenidos de la propuesta de reforma legal, en el que se adopte las decisiones presupuestales, de capacitación, personal y coordinación interinstitucionales adviene así una opción razonable que se relaciona y encaja perfectamente con el artículo 4 del referido Proyecto que alude a las transferencias financieras a efectuar por el Poder Ejecutivo.

En definitiva, los delitos de corrupción, por tener una naturaleza distinta a las demás conductas penalizadas, requieren un mayor número de diligencias, variedad de pericias, y por lo tanto utilizan un tiempo mayor tiempo para investigar; no se trata de terminar rápido, sin interesarnos el resultado, sino llegar a la verdad. El problema se agudizaría si es que coexisten los dos sistemas procesales (inquisitivo y acusatorio) en el mismo espacio temporal, lo que acarrearía mayor gasto, un mayor

acondicionamiento de locales para el Poder judicial. Finalmente, señala el citado jurista que el Nuevo Código Procesal Penal no puede ser utilizado como el arma definitiva contra la corrupción, pues esta debe ser combatida de otras formas; utilizar el Nuevo Código para estos fines llevaría a su descrédito ante la ciudadanía, pues la expectativa respecto al Nuevo Código es positiva.

3. COMENTARIOS EN TORNO A LA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA A LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

El Perú ha suscrito la Convención Interamericana contra La Corrupción (en adelante CICC), la que ha sido aprobada por el Congreso de la República y ratificada por el Presidente de la República. Sin embargo, dichos actos sólo generan la incorporación de dicho Tratado a nuestro ordenamiento jurídico interno mas no determinan la posibilidad de su aplicación inmediata por falta de modificación de nuestra legislación penal interna (Artículo 56°, último párrafo de la Constitución Política del Perú). Debe entenderse que los referidos actos de aprobación y ratificación no dan lugar a la superposición de tipos penales ni la modificación de ningún precepto contenido en nuestro Código Penal, sino que generan para el Perú una expresa obligación que hasta la fecha no ha sido cumplida: la adecuación de nuestra legislación penal a los términos de la CICC.

La Organización de los Estados Americanos, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, en cada uno de los países signatarios de la CICC, en estrecha cooperación con las autoridades nacionales competentes, dispuso y financió la elaboración de un estudio[12] a cargo de una entidad especializada en investigación jurídica en cada país, para evaluar la adecuación de su legislación penal a las disposiciones de la CICC en lo que se refiere a la tipificación de los delitos de corrupción e identificar los modos de alcanzar los niveles de armonización satisfacto-

[12] Pág. Web de la OEA, www.oas.org/main/spanish/agendas/pub_oeabid.htm

rios entre ambas fuentes de derecho, tarea que la propia OEA denominó *"Apoyo a la Ratificación e Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción"*.

a) En nuestro país, el citado estudio lo elaboró el Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la que a su vez encargó la elaboración del informe respectivo al especialista en Derecho Penal, Dr. Felipe Villavicencio Terreros. En el informe se concluye que el artículo 425° del Código Penal, en lo que se refiere al concepto de Funcionario Público debe ser adecuado al artículo I de la Convención, ya que su redacción contraviene lo dispuesto en el tratado internacional.

b) La Organización de Estados Americanos (OEA) viene ejecutando -dado que así fue acordado por el Perú y otros 16 Estados signatarios de la CICC-, un mecanismo de seguimiento de la implementación de la convención interamericana contra la corrupción, cuya creación fue adoptada por los Estados Parte en la Conferencia de Buenos Aires realizada en el mes de Mayo del 2,001, y posteriormente ratificada por la Asamblea General de la OEA mediante Resolución N° AG/RES. 1784(XXXI-0/01) de fecha 5 de Junio de 2,001. El Perú firmó el acta de creación de dicho Mecanismo de Seguimiento y dio su voto a favor en el acto de ratificación de la Asamblea General.

Para tal efecto, precisamos la diferencia que existe entre:

- la incorporación de un tratado internacional a nuestro ordenamiento jurídico interno; y,
- la posibilidad de su aplicación en sede jurisdiccional respecto de un caso concreto.

En cuanto a la incorporación de la CICC a nuestro ordenamiento jurídico, precisamos que dicho Tratado fue aprobado por el Congreso de la República del Perú mediante Resolución Legislativa N° 26757 del 13 de marzo de 1997, y ratificado por el Poder Ejecutivo mediante D.S.

N° 012-97-RE del 24 de marzo de 1997. En consecuencia, no es un hecho controvertido el que a la fecha la CICC se encuentra incorporada a la legislación interna peruana, pero como veremos a continuación, dicha incorporación tiene como única consecuencia para el Perú y los demás estados parte de dicha convención el que todos ellos asumen la obligación de adecuar su legislación penal interna a los términos de dicha convención, con la finalidad que ésta pueda ser aplicada en todos los estados signatarios. Y, en cuanto a la posibilidad de aplicación de la CICC en sede jurisdiccional peruana, precisamos que los países signatarios de la CICC cumplieron con depositar los respectivos instrumentos de ratificación (conforme a la exigencia del artículo XXV de la Convención), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) desplegaron esfuerzos para apoyar a los Estados Parte en la tarea de adecuación de su legislación penal a las disposiciones de la CICC.

Es así que, con el financiamiento de ambas instituciones internacionales, y en estrecha cooperación con las autoridades nacionales competentes de cada Estado Parte, se dispuso la elaboración de un estudio[13] a cargo de una institución nacional de cada país dedicada a la investigación jurídica, para efectos de evaluar la adecuación de la legislación respectiva a las disposiciones de la CICC, en lo que se refiere a la tipificación de los delitos de corrupción e identificar los modos de alcanzar los niveles de armonización satisfactorios entre ambas fuentes de derecho, tarea que dio lugar al programa denominado "Apoyo a la ratificación e implementación de la convención interamericana contra la corrupción".

En el caso del Perú, la OEA y el BID encargaron la elaboración del respectivo informe al Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú[14], la que a su vez comisionó a Villavicencio Terreros. Dicho trabajo constó de un estudio de la legislación peruana, un taller de especialistas sobre propuestas legislativas,

[13] Pág. Web de la OEA, www.oas.org/main/spanish/agendas/pub_oeabid.htm

[14] Pág. Web de la PUCP, www.pucp.edu.pe/invest/idei/2000.html

y una conferencia al público general sobre los alcances de la CICC, el mismo que fue culminado en el mes de Mayo del año 2,000 con la emisión del correspondiente Informe Final, que llevó por título *"adaptando la legislación penal del Perú a la convención interamericana contra la corrupción"*[15]

Dicho Informe Final, según lo expresa la propia Organización de Estados Americanos (OEA) en la "Presentación" (páginas 1 a 6), de esta obra, ".....ha contribuido a iniciar o consolidar, en cada uno de los estados participantes, los procesos tendientes a promover la adecuación de la legislación penal a La Convención y, en consecuencia, a facilitar su efectiva aplicación en casos concretos...". Además se señala que "... En cada Estado, el estudio sirvió como documento de base para las deliberaciones de un taller de carácter técnico en el cual participaron autoridades y expertos relacionados con la materia. Teniendo en cuenta las conclusiones y recomendaciones de los talleres nacionales, los consultores elaboraron una nueva versión tanto de los estudios como de las propuestas específicas de adecuación de la legislación penal a la Convención.....".

Conforme a lo expuesto, es importante precisar que la CICC si se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno, pero la misma no es aún aplicable ante nuestros tribunales judiciales por no haberse procedido a la modificación y adecuación de nuestra legislación penal. En este sentido debe tenerse en cuenta que conforme lo estipula el último párrafo del artículo 56° de nuestra Constitución, el Congreso de la República debe aprobar los Tratados Internacionales suscritos por el Perú, antes de su ratificación por el Presidente de la República, únicamente en los siguientes seis casos:

a) Derechos Humanos.

b) Soberanía, dominio o integridad del Estado.

---

[15] *"Adaptando la legislación Penal de Perú a la Convención Interamericana contra la Corrupción"*. Publicación de la Organización de los Estados Americanos y el Banco Interamericano de Desarrollo, 2001.

c) Defensa Nacional.

d) Obligaciones financieras del Estado.

e) Los que crean, modifican o suprimen tributos.

f) Los que exigen modificación o derogación de alguna ley, y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Queda claro que las CICC no es un Tratado Internacional vinculado a ninguno de los primeros cinco supuestos, por lo que su aprobación por el Congreso mediante Res.Leg. 26757 del 13.Mar.97 constituye el reconocimiento expreso de este Poder Legislativo de que la CICC es un Tratado que requiere una previa modificación de nuestra normativa interna para efectos de su aplicación.

Finalmente, cabe rescatar que el Perú no es el único país donde por encargo de la OEA y el BID se han realizado los estudios jurídicos de adecuación legislativa, sino que dicha tarea ha sido igualmente desarrollada en la gran mayoría de los Estados Parte de la CICC, hecho que podemos constatar con las diversas publicaciones realizadas por la OEA respecto a los informes de diversos países acerca de la adaptación de sus legislaciones penales a los términos de la CICC.

Ahora bien, esta tarea que fuera emprendida y financiada conjuntamente por la OEA y el BID constituye un acto de contribución de dichos organismos para que los Estados Parte de la CICC puedan ejecutar los estudios técnico – jurídicos necesarios para la adecuación de sus legislaciones penales internas, pero queda claro que dicha contribución se fundamentó en el hecho que la propia cicc establece en varios de sus artículos la obligación de los estados parte de adecuar sus legislaciones penales, -véase el texto de su artículo vii-, asumiendo incluso el supuesto de que ciertas conductas previstas en la cicc como "actos de corrupción" no se encuentren tipificadas en la legislación interna de los estados parte, supuestos en los cuales la propia cicc impone a los estados la obligación justamente de tipificar dichas conductas, y disponiendo asimismo la obligación de los estados parte de cumplir con determinadas obligaciones de asistencia y cooperación para los casos en que un estado

no tipifique como delito una conducta prevista en la CICC (Véase entre otros sus artículos VIII, IX, X, XI inc. 1 y 3).

Todo ello, demuestra palmariamente que la CICC no constituye un código penal alternativo o de aplicación simultánea al texto punitivo que rige en cada estado parte, ni que las conductas que dicha convención contempla como actos de corrupción constituyan tipos penales vigentes y de uso obligatorio en la jurisdicción penal interna de los países -como equivocadamente lo ha interpretado el ministerio público, la vocalía suprema de instrucción, la sala penal especial, y la sala penal transitoria de la corte suprema de justicia de la república del perú-, ni mucho menos que la descripción de dichas conductas constituyan una modificación del código penal de un estado parte, pues es claro que la propia cicc declara expresamente que son los estados los que asumen la obligación de tipificar estas conductas en su ordenamiento penal interno, dejándose incluso a salvo los casos en que un Estado Parte no cumpla con adoptar dicha tipificación.

Lo expuesto precedentemente aparece plenamente ratificado por la OEA en la antes mencionada publicación del Informe de Villavicencio Terreros, en la que se precisa que: ".....La Convención define una serie de actos de corrupción que, en diversos Estados del Hemisferio, no están tipificados como delitos en su legislación penal o que precisan reformas para adecuar dicha legislación a las definiciones establecidas en el tratado interamericano..."[16]. Resalta asimismo que tal situación: ".....pone de relieve la importancia de promover no sólo la ratificación de este instrumento jurídico internacional, sino, también, de apoyar a los Estados en la adecuación de su legislación penal, tanto sustantiva como procesal, con el fin de facilitar la efectiva aplicación del mismo en casos concretos....."[17].

[16] Ob. cit. p. 3.

[17] Ob. cit. p. 3.

Ahora bien, en cuanto al contenido del Informe elaborado para el Perú por Villavicencio Terreros éste señala textualmente que:"... el objetivo principal del párrafo que define al funcionario público es la necesidad de extender el concepto de funcionario público, a los fines de La Convención, a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo, cuando todavía no lo hubieren ocupado.....", luego añade que ".....Debe determinarse entonces, si la legislación peruana, asigna al sujeto activo de los delitos de corrupción un alcance que se enmarque dentro de los requerimientos de La Convención....."[18].

Frente a tal interrogante, y haciendo un análisis de los alcances del inciso tercero del artículo 425° del Código Penal, el Dr. Villavicencio Terreros concluye que: "...el texto de la norma resulta cuestionable tanto por defecto como por exceso. Así, al exigir que el sujeto ejerza "funciones en dicha entidades u organismos", requiere la efectiva asunción de tales funciones. Esta restricción no es compatible con el objetivo buscado por el artículo I de La Convención, que, según se indicó, busca extender el concepto de funcionario público, a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo aún cuando todavía no lo hubieran ocupado, por lo que se impone la necesidad de modificar el alcance de la norma nacional en comentario, pudiéndose adoptar la fórmula del artículo I de la Convención incluyendo a "los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado....."[19].

Villavicencio Terreros, acota finalmente proponiendo un proyecto de redacción del artículo 425° del Código Penal adaptado a la normativa contenida en el artículo I de la CICC, propuesta que dicho autor plantea en los siguientes términos: *Artículo 425°.- Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1° Todo aquél que mantiene vínculo laboral, o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado o quienes desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan*

[18] Ob. cit. p. 11.

[19] Ob. cit. p. 12 y 13.

de elección popular, ya sea que la entidad pública esté sujeta al régimen laboral de la actividad pública o de la actividad privada, y que en virtud de ello ejerce funciones en interés del Estado. Se incluye a quienes han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del estado o al servicio del estado, aún cuando no hubiesen asumido el cargo;....."[20].

El soborno transnacional es una figura ilícita que recogida por la CICC, pero sin embargo, pese a que dicha norma internacional se encuentra aprobada por el congreso y ratificada por el presidente de la república, a la fecha no es jurídicamente posible que en el Perú se aperture proceso penal y se imponga una pena por la comisión del llamado delito de "soborno transnacional", y ello dado que el código penal aún no ha tipificado dicha conducta un proceder en contrario constituiría una flagrante violación del principio de legalidad, garantía judicial consagrada y expresamente reconocida por nuestro código penal, nuestra constitución política, todos los tratados de derechos humanos de los que es parte el perú y por la doctrina unánime en materia de derecho penal.

Si la situación descrita en el párrafo anterior se produjera, estamos seguros que la deducción de un medio técnico de defensa como el nuestro en el presente proceso sería amparado, ya que *"no existe delito ni pena sin ley previa"*.

Es por ese motivo Villavicencio Terreros, en la elaboración de su Informe Final, concluye que se requiere la tipificación en nuestro código penal de la figura del soborno transnacional, criterio que también ha asumido para el caso de la definición del funcionario público prevista en el artículo 425° del Código Penal.

Un criterio similar es asumido por el profesor argentino Carlos A. Manfroni, quien ha escrito la obra más importante respecto al contenido y alcances de la CICC. En su obra *"La convención interamericana contra la corrupción, anotada y comentada"*, al comentar justamente los

[20] Ob. cit. p. 16.

alcances del artículo I de la CICC, dicho autor sostiene que: "...De hecho, hay un compromiso original que surge de la combinación del artículo VI con el artículo I de la CICC. El artículo I incluye en la categoría de funcionario público a "los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado...". Esto significa que un soborno otorgado a un funcionario que ha sido seleccionado, designado o electo, aunque todavía no haya tomado posición de su cargo, debe ser reprimido jurídicamente como tal. Los Estados signatarios han quedado obligados a incluir esta ampliación de la figura de funcionario público en sus legislaciones penales..."[21].

A manera de conclusión, el citado autor argentino señala que: "...En los casos en los que la propia ley penal definiere, en su tipo, al funcionario público, creemos que la existencia de una ley que modifique esa definición sigue siendo necesaria, debido al principio de legalidad. El delito es una integridad y el tipo está integrado no sólo por la descripción de la acción y de la pena, sino también por la descripción del sujeto..."[22].

[21] MANFRONI, Carlos A. "La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y Comentada". Ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires – Argentina 1997. p. 112 y 113.

[22] Ob. cit. pág. 114.

CAPÍTULO PRIMERO
EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y SU VINCULACIÓN CON LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CONSIDERACIONES A PARTIR DEL ARTÍCULO 425° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU PROTECCIÓN MEDIANTE EL DERECHO PENAL

Ante todo tenemos que mencionar que el Código penal peruano, en cuanto a los delitos contra la Administración Pública, tiene dos grandes rubros de protección jurídica: en primer lugar, aquellos delitos cometidos por particulares en contra la Administración Pública[1]; y en

---

[1] A su vez esta clasificación en el Código penal peruano está dividida en dos:

a) USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES:
- Usurpación de función pública. Artículo 361.
- Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce. Artículo 362
- Ejercicio ilegal de profesión. Artículo 363
- Participación en ejercicio ilegal de la profesión. Artículo 364

b) VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD:
- Violencia contra la autoridad para obligarle a algo. Artículo 365
- Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones Artículo 366
- Formas agravadas Artículo 367
- Resistencia o desobediencia a la autoridad Artículo 368
- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión Artículo 368-A
- Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión Artículo 368-B
- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios Artículo 368-C
- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios Artículo 368-D
- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios Artículo 368-E

segundo lugar, en el Capítulo del Título XVIII se reúnen aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración Pública[2], los mismos que se hallan estructurados en base a cuatro secciones o rubros jurídicos penales:

a) ABUSO DE AUTORIDAD. Esta sección aglutina a los siguientes tipos penales.

- Abuso genérico de autoridad (art. 376)
- Incumplimiento de actos funcionales (art. 377)
- Omisión de auxilio policial (art. 378)
- Requerimiento ilegal de la fuerza pública (art. 379)

- Violencia contra autoridades elegidas Artículo 369
- Atentado contra la conservación e identidad de objeto Artículo 370
- Negativa a colaborar con la administración de justicia Artículo 371
- Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso Artículo 372
- Sustracción de objetos requisados por autoridad Artículo 373

[2] Como da cuenta ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano,* Lima, 2003, Pág. 21 y siguientes, en el C. P. peruano, los tipos penales son divididos en dos grandes grupos: los delitos "cometidos por particulares" (arts. 361 a 375 C. P. peruano) y los delitos "cometidos por funcionarios públicos" (art. 376 a 401 C. P. peruano). Ya aquí hay una primera imprecisión pues ambos grupos no pueden separarse limpiamente en función de si es o no funcionario público el ejecutor del delito. En un delito "cometido por particulares" también puede ser autor un "funcionario público" (p. ej. la "usurpación de funciones" realizada por un funcionario público que ejerce funciones que no le corresponden). Y también puede ser autor de un "delito cometido por funcionarios públicos" un particular (p. ej. en el "cohecho activo" o en el "tráfico de influencias").
Entonces, dentro de cada grupo se prevén figuras que, mayormente, son cometidas por administrados o, mayormente, son cometidas por funcionarios públicos. En el primer caso se trata de la "usurpación de funciones" (art. 361 y s.) y la "violencia y resistencia a la autoridad" (art. 365 a 373); pero también, de manera dudosa por su legitimidad, de los tipos de "ejercicio ilegal de la profesión" (art. 363 y s.) y "desacato" (art. 374 y s.). En el segundo, se tienen los casos de "abuso de autoridad" (abuso genérico, omisión de actos, denegación de auxilio, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de cargo y nombramiento ilegal), "concusión y exacciones ilegales" (art. 382 a 386), el "peculado y malversación" (art. 387 a 392), "corrupción de funcionarios" (art. 393 a 401).

- Abandono de cargo (art. 380)
- Nombramientos ilegales (art. 381)

b) CONCUSION. Esta sección aglutina a los siguientes tipos penales.

- Concusión propia (art. 382)
- Exacción ilegal (art. 383)
- Colusión defraudadora o desleal (art. 384)
- Patrocinio ilegal de intereses particulares (art. 385)
- Extensión de punibilidad o particulares (art. 386)

c) PECULADO. La sección de los delitos de peculado contempla las siguientes figuras penales.

- Peculado doloso básico o simple
- Peculado doloso agravado
- Peculado culposo básico
- Peculado culposo agravado. Tipos penales todos regulados en el artículo 387
- Peculado de uso (art. 389)
- Malversación de fondos básico o simple (art. 390)
- Malversación de fondos agravada (art. 390)
- Demora injustificada de pagos (art. 391)
- Rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad (art. 391)
- Peculado y malversación extensiva o inapropiada (art. 392)

d) CORRUPCION DE FUNCIONARIOS. Este rubro de delitos se halla conformado por los siguientes tipos penales :

- Cohecho pasivo propio (art. 393)
- Cohecho pasivo impropio (art. 394)

- Cohecho pasivo propio especifico (art. 395)
- Cohecho pasivo especifico de secretario o auxiliar de justicia (art. 396)
- Interés ilícito en contrataciones (art. 397)
- Cohecho activo especifico (art. 398)
- Cohecho activo de abogado (art. 398 A)
- Cohecho activo genérico (art. 399)
- Trafico de influencias (art. 400)
- Enriquecimiento ilícito (art. 401).

En los Estados modernos de Derecho, cuya estructura se funda en el principio de Separación de Poderes, descentralizado y desconcentrado, cada uno de ellos tienen asignados, preferentemente, una de las funciones clásicas: El Poder Ejecutivo, la Función Administrativa; el Poder Legislativo, la función de legislar y fiscalizar; el Poder Judicial, la función de Administración de Justicia, entre otros. Empero, a todo esto tenemos que advertir que no sólo el Poder Ejecutivo tiene función administrativa, sino que también posee una función normativa (mediante los Decretos Supremos o Decretos Legislativos), y obviamente la función "jurisdiccional", mediante sus Comisiones de Investigación que llevan a cabo mediante sus Ministerios.

Asimismo, el Poder Judicial, tiene una función normativa, dentro de sus ámbitos de función: Resoluciones Administrativas para normar la función jurisdiccional en todas las instancias o los llamados Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema, pero también el Poder Judicial funciones administrativas, desde que tienen un oficina de Administración; asimismo, el Poder Legislativo, tiene funciones administrativas y sucesivamente funciones ejecutivas y obviamente funciones "jurisdiccionales" mediante sus Mega comisiones de investigación por ejemplo. En ese sentido, actualmente la Administración Pública debe perseguir un concepto *transversal* en todos sus organismos públicos.

El concepto jurídico de Administración Pública puede entenderse en dos sentidos: *Un objetivo*: Administración Pública implica ejercer la función administrativa, esto es, aquella función estatal encargada de aplicar y cumplir las leyes (mediante su ejecución), pero también en dictar disposiciones (función de reglamentación) y en resolver reclamaciones (función de solución de controversias). De otro lado, existe un *concepto subjetivo* de Administración Pública, que lo identifica como aquel complejo u órgano encargado de ejercer la función administrativa[3].

A mi juicio, el concepto de Administración Pública debe ser considerado como un sistema vivo y dinámico, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos[4]. Esta situación evidencia que en el interior del sistema

---

[3] El "doble" concepto de la Administración Pública se relaciona a su vez con el concepto de funcionario público. En este sentido véase: VALEIJE ALVAREZ, Inma; *El Tratamiento Penal de la Corrupción del Funcionario: el Delito de Cohecho*, Madrid, 1996, Pág. 54 "...al referirse al concepto penal de funcionario público sostiene que la condición de tal se adquiere por la concurrencia de dos requisitos, uno subjetivo relativo a la existencia de un título o cualidad jurídica en la persona, y otro objetivo constituido por una efectiva participación del agente en la función pública. Doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que en el Código Penal la condición de funcionario público se adquiere por la concurrencia de dos requisitos distintos: uno de índole subjetiva, relativo a la existencia de un título o cualidad jurídica en la persona, y otro de índole objetivo que vendría constituido por una efectiva participación en la función pública".

[4] En ese sentido, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Núm. 27444, en su Título Preliminar, en el Artículo I: (ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY) señala lo siguiente: "La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública.

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.t

administrativo no todo culmina en una prestación de servicios sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias, desde este punto de vista puede ser afectado por terceros[5]. Es decir, por Administración Pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos[6].

En efecto, mientras la Administración Pública posee estabilidad, el gobierno se encuentra sometido generalmente a la mutación política, ya sea así por imponer las reglas del propio Sistema Republicano (la periodicidad en el desempeño de los cargos políticos constituye una de sus notas peculiares), como por las exigencias derivadas de la obtención de un consenso mínimo por parte de los gobernados, cuya falta suele quebrar la llamada legitimidad del poder[7].

En la Administración Pública se dan todas las características que son propias de la Institución, a saber[8]:

---

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia".

[5] URQUIZO OLAECHEA, José; *"Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública"*, en: Revista Peruana de Ciencias Penales Nro. 12, Lima, 2002, Pág. 234

[6] Del mismo sentido: BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *Delitos de corrupción de funcionarios*, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, Pág. 81-82.

[7] CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo I*, en: Danós Ordóñez, Jorge (Coordinador), Selección de Textos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima, 2008, Pág. 98

[8] CASSAGNE, Obra citada, Pág. 98 y 99.

a) Persigue fines que, si bien pertenecen *al bien común*, ella los asume como privativos. Ese fin es la idea de obra que se encuentra en el seno de todo institución y en la medida en que es asumido como propio, la administración deja de ser instrumental, para institucionalizarse;

b) Se halla compuesta por un *grupo humano* que concurre a una actuación comunitaria, el cual se rige por un estatuto específico, que no se aplica a los integrantes del gobierno. Los agentes publicos que integran la administración debe participar plenamente de los fines que objetivamente persigue la institución; de o contrario, se producen dispersión e inercia en la administración provocando su propia decadencia;

c) *Una tarea perdurable*; sus miembros están destinados a seguir en funciones, aun cuando falte el gobierno, pero no por ello la administración deja de estar subordinada a este último;

d) Cuenta con un *poder organizado* que ha sido instituido al servicio de los fines de interés público que objetivamente persigue, poder que permite imponer las decisiones que adopta la Institución no sólo a sus componentes (los agentes públicos) sino a quienes no integran la Administración (los administrados) dentro de los límites que le fija el ordenamiento jurídico; de ahí que también se haya dicho que para lograr el cumplimiento de esos fines la Administración actúa con una "fuerza propia", en forma rutinaria e intermitente, y que su actividad no se paraliza ni se detiene por la crisis y los consecuentes vacíos que se operan en el poder político.

En este punto debemos de mencionar el Acuerdo Plenario Nro. 01 - 2010 de la Corte Suprema, sobre alcances de la "prescripción de la acción penal", la misma que señala aspectos relevantes sobre el concepto de Administración Pública en sede jurídico-penal. En efecto, dicho Acuerdo Plenario precisa que:

> *"Dicho capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en*

el artículo cuarenta y uno de dicha Constitución, que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra patrimonios del estado por funcionario y servidores públicos[9]. *Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan al correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos*"[10].

Agrega el citado Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que: "*Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre otros. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos*[11]:

---

[9] Acuerdo Plenario Nro. 01 2010 de la Corte Suprema de la República. Además debe tenerse en consideración que un intento de sobre-represión penal, se ha introducido en la parte general del Código penal peruano, una "agravante genérica" para todos los delitos cometidos por el "funcionario público aprovechando su condición de tal" (art. 46-A). En el caso de los delitos contra la administración pública, esta cláusula genérica es obviamente innecesaria, porque aquellos tipos penales que prevén como autor a un "funcionario público" precisamente basan el injusto en el aprovechamiento o abuso de tal condición. El peligro práctico de esta cláusula está en que, si fuera mal utilizada (como es de temer en un medio donde la dogmática penal no tiene aún tanta difusión), podría llevar a la imposición de penas desproporcionadamente elevadas.

[10] Acuerdo Plenario Nro. 01- 2010 de la Corte Suprema de la República (cursiva y subrayado es nuestro).

[11] Acuerdo Plenario Nro. 01- 2010 de la Corte Suprema de la República (cursiva es nuestra).

a. *Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito funcionario o servidor público y el Patrimonio del Estado.*

b. *El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.*

c. *Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de Administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía*".

Como hemos dicho, la Administración pública debe estar al servicio de los sujetos administrados en forma general, sin discriminación, ya sean de los particulares y de los propios funcionarios o servidores públicos, sin discriminación, participando activa y dinámicamente en el proceso de estabilidad y desarrollo de la Administración; sin embargo, dichos sujetos –particulares y funcionarios/servidores– también pueden atentar en contra de los intereses de la propia Administración. Así un caso paradigmático donde un particular comete un delito en contra de la Administración Pública es por ejemplo el delito de desobediencia y resistencia a la Autoridad, el mismo que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 368 del Código penal de la siguiente manera: "*El que desobedece o resiste a la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años*"; como es sabido, el bien jurídico protegido por este delito de manera general es el correcto funcionamiento de la Administración pública, siendo el objeto directamente atacado en este tipo penal la efectividad de las actividades funcionariales, es decir, el cumplimiento de las órdenes dadas por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.[12]

[12] De igual forma sostiene ABANTO VÁSQUEZ respecto a que el objeto directamente atacado aquí es la efectividad de las actividades funcionariales (2003, Pág. 168 y ss.)

Como puede verse, para los efectos de la tipificación de un delito contra la Administración pública, no interesa en realidad la calidad de sujeto activo –si es funcionario o servidor público–, sino en todo caso la magnitud y la entidad –material o inmaterial– del objeto a proteger, en este caso, la Administración pública.

Según Abanto Vásquez el correcto funcionamiento de la Administración Pública, es la tesis más acorde con el concepto de Estado social y democrático de Derecho en el cual debe enmarcarse también el Derecho penal. Entonces, no se trata de proteger a la Administración *per se*, ni a su prestigio o dignidad, sino a la actividad pública en cuanto constituya "los servicios que los distintos poderes del Estado

---

La acción típica está configurada por los verbos rectores: *"desobedecer"* y *"resistir"*. El verbo desobediencia significa: *"no hacer lo que ordenan las leyes o quienes tienen autoridad"*; mientras que el verbo resistir significa: *"contrariar, rechazar, oponerse con fuerza a algo, poner dificultades para la realización de algo"*. A efectos penales, la desobediencia es similar a la resistencia, pero contiene un menor injusto, pues prescinde de la intimidación y de la fuerza, así la desobediencia consiste en una conducta omisiva en cuanto el incumplimiento de mandatos u órdenes emanadas de la autoridad. Por otro lado, en la resistencia el sujeto trata de impedir mediante actos de resistencia, el cumplimiento de la orden. Por su parte, debemos tener en cuenta que el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad debe recaer respecto a una *"orden impartida por un funcionario público"*. Esta orden incumplida, a través de la desobediencia o resistencia en el sentido sancionado por el art. 365 del CP, debe de reunir una serie de requisitos:

(i) La orden incumplida debe ser una orden concreta y directa. Las órdenes no pueden ser vagas ni genéricas.
(ii) La orden incumplida debe de ser legal, es decir, la orden debe de ser dada por un funcionario en virtud de sus atribuciones.
(iii) La orden incumplida no debe de tener otra regulación legal específica, sea como delito, infracción administrativa o civil.
(iv) Asimismo debe de existir una conminación previa en una resolución y otra que haga efectivo el apercibimiento previo.
(v) No debe de tratarse de cuestiones vinculadas con intereses personales de cualquier índole (afectiva, personal) o reñidas con las garantías constitucionales.
(vi) No es un requisito la publicidad de la orden, pero debe de ser por lo menos notificada a su destinatario, si se trata de una orden verbal, tiene que ser directa. (Ob. Cit. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 172 y 173).

prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado social y democrático de Derecho"[13].

1.1. En el ámbito de la Administración Pública rige el principio de división de trabajo y jerarquización de funciones.

En el ámbito de la administración pública por conglomerar a un número importante de personas dentro una dependencia pública se tiene que haber una estructura orgánica y jerárquica funcional. Debe existir un principio de división de trabajo en forma vertical (criterio de jerarquización de funciones), y por lo tanto existir un principio de confianza entre todos sus miembros, lo contrario sería inviable el ejercicio y

---

[13] ABANTO VASQUEZ; *Los delitos contra la Administración publica en el Código peruano,* Lima, 2003, Pág. 16. Por su parte: FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *"Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995; Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas"*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año IV, N° 7/8, Lima, 1999, Pág. 701 en lo referido al concepto de bien jurídico, lo que se pretende tutelar es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, esto es, la eficacia y objetividad con las que se debe servir a los intereses generales, sin que se pretenda con ello exigir la perfección, excelencia o lo impecable, sino el cumplimiento de unos "mínimos" (nivel básico para la pervivencia del sistema político social). Por otro lado, BUSTOS RAMIREZ, Juan; *Manual de Derecho penal, Parte especial,* Ariel, Barcelona, 1991, p. 366 afirma acertadamente que la administración pública se trata de un bien jurídico funcional, por cuanto lo que pretende proteger es la función administrativa pública y no a los órganos o poderes. REYNA ALFARO, Luis Miguel; "El Bien Jurídico Tutelado en los Delitos contra la Administración Pública", en *"Delitos contra la Administración Pública"*, Jurista editores, Lima 2009. Pag. 253 y ss, refiere que el bien jurídico genéricamente tutelado en estos delitos es "la funcionalidad de la Administración Pública", lo que se entiendo como "el correcto funcionamiento de la misma". Así, para el mismo autor, si bien se protege la funcionalidad como bien jurídico genérico, se protege también los bienes jurídicos específicos de los cuales depende aquel, teniendo en cuenta el concepto multidimensional de la Administración Pública, que incluye , el ejercicio de funciones y servicios públicos, la observancia de los deberes del cargo o empleo, la regularidad y normal desenvolvimiento de la función y servicios públicos , el prestigio y dignidad de la función pública, la probidad y honradez de los funcionarios o servidores públicos, y la protección del patrimonio estatal, de los símbolos y distintivos estatales.

la labor pública, y en el peor de los casos habría una responsabilidad de tipo administrativo, pero nunca de naturaleza penal.

En este último punto, por ejemplo, en la Ley de Contrataciones y Adquisición del Estado (Ley N° 26850) en el artículo 7 se regula las responsabilidades de las entidades y funcionarios. En ella se señala que: *"La evolución del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las decisiones discrecionales a que se refiere el párrafo precedente, es realiza por la más alta autoridad de la Entidad a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de los mismo en sus cargos. Para la efecto, la Entidad podrá disponer, **en forma periódica y selectiva, exámenes y auditorías especializadas**"*. Esto es, la única responsabilidad es de una responsabilidad de tipo administrativo (*culpa in eligendo*) más no de naturaleza jurídico-penal. Una responsabilidad por mala selección de su personal en el ámbito de sus funciones, que finalmente llevará adelante los contratos de licitación, pero no porque haya intervenido en los contratos.

Lo cual pone en el tapete el tema de que no se le puede imputar a un sujeto un resultado si es que no se comprueba, previamente, hay un curso causal que actualmente se denomina imputación objetiva. El punto de partida del proceso de imputación objetiva es la confirmación, del nexo de causalidad entra la acción y el resultado. Conforme lo señala Hurtado Pozo[14], esta conexión debe ser comprobada según los criterios admitidos por las ciencias naturales; es decir, debe precisarse si el resultado, según los principios admitidos en las ciencias empíricas, se explica como la modificación del mundo exterior consecutiva, física y temporalmente, al comportamiento del agente. Sin embargo, el acto humano debe ser considerado causal si es decisivo con relación a la manera, el momento y el lugar de la producción del resultado concreto.

El principio de división de trabajo se muestra en la actualidad como una necesidad impostergable en el ejercicio de cualquier actividad de la vida en relación, de tal modo que cada miembro, de acuerdo a su com-

[14] HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2005, Pág. 434

petencia, colabora en la obtención de los fines comunes. En la actividad empresarial, y también estatal, como todo proceso productivo dicha división puede ser vertical u horizontal. La primera supone una relación de especialidad y de complementariedad, en la que cada sujeto realiza una aportación necesaria en el contexto del plan común de la institución. La segunda implica la existencia de sujetos regidos bajo el principio de jerarquización dentro de sus respectivas actividades, las aportaciones están sometidas a una común dirección, que pueden ser aceptadas o rechazadas.

Al respecto, Gracia Martín, señala que: "La división del trabajo determina que el sujeto en el ejercicio de una "competencia" que es sólo fragmentaria con respecto a la actividad total de la empresa. Por esta razón, cada acto parcial se muestra a menudo atípico para el Derecho penal, sea por que no realiza por sí sólo el tipo objetivo, sea por que su autor desconoce que su acto está precisamente implicado en una más amplia actividad criminal de la empresa y entonces no realiza el tipo subjetivo; o bien, finalmente, porque el o los concretos sujetos que han realizado la acción típica (objetiva y subjetivamente) carecen personalmente de la cualidad constitutiva del elemento objetivo de la autoría requerido por el tipo"[15].

2. SOBRE EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

Los encargados de ejercer la función pública en nuestro país son los llamados Funcionarios Públicos; pero concurrirán a la realización de la misma, otras personas conocidas como servidores públicos, como da cuenta de varias figuras delictivas en el Código penal (véase, el delito de peculado colusión, cohecho, entre otros). La definición de funcionario público adquiere relevancia en los delitos contra la Administración Pública a partir de la distinción de *lege lata* entre tipos penales cometidos por "particulares" y delitos cometidos por "Funcionarios Públicos".

---

[15] GRACIA MARTÍN, Luis; *"Instrumentos de imputación jurídica penal en la criminalidad de empresa y reforma penal"*, en: Actualidad Penal, N 16-19, 1993, Pág. 223.

En lo que respecta a la condición de funcionario público, concepto poco uniforme y que presenta múltiples variantes en la doctrina, se indica que es "todo aquel que, en virtud de designación legal o especial, y de una manera continua, bajo forma y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público"[16].

Ser considerado funcionario público es ocupar un *estatus especial* dentro de la Sociedad, el mismo que comporta privilegios y obligaciones distintos al estatus del servidor o empleado público, como veremos más adelante. Los funcionarios son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión y de representación del Estado o del organismo público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal así como el exterior de la misma[17]. La configuración de la condición de funcionario público requiere el desarrollo de una actividad normada de representación o para la formación de la voluntad del Estado (elemento estatutario), y, que el Estado mediante algún acto, haya reconocido o determinado dicha función, a través de un vínculo laboral, contractual, designación, nombramiento o cualquier otro acto que determine una relación (elemento constitutivo).

El funcionario público es una de las partes en la prestación del servicio estatal[18], con significación propia, pues sus procesos de comunicación se cumplen con la Administración misma y con el servicio de la

---

[16] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 3era. Edición, 2002, Pág. 25.

[17] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 28. Para más referencias, véase: DONNA, Edgardo Alberto; *"El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal"*, en: Revista de Derecho Penal, 2004-2 –Delitos contra la Administración Pública, Buenos Aires-Santa fe, Pág. 9 ss.

[18] En este sentido, véase nuestra Constitución Política en su art. 39° precisa lo siguiente: *"Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación"*.

Administración a terceros[19]. Podemos concluir entonces que el funcionario público, es todo aquél que, con independencia del carácter de la actividad que realice, haya sido nombrado o designado como tal, mediante un acto formal de la Administración, válido y eficaz, para ejercer potestades públicas en el campo de su competencia; independientemente de la naturaleza del vínculo establecido con el Estado.

Rodríguez Puerta afirma que la cualidad de funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación efectiva en el ejercicio de la función pública, y el segundo la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto activo y la estructura administrativa, un título que habilite al agente para el ejercicio de las funciones públicas, de modo tal que se pueda imputar la actividad del sujeto activo al ejercicio de los poderes públicos. En conclusión, señala la autora, la cualidad de funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación en el ejercicio de funciones públicas y el segundo, la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto y la estructura administrativa, esto es, la concurrencia de un título que lo habilite para el ejercicio de funciones públicas, de modo que sea posible imputar la actividad de ese sujeto a los distintos poderes públicos[20].

Según el artículo 4 (sobre Definición de Funcionario Público) del Código de Ética de la Función Pública, aprobado por la Ley Nro. 27815

---

[19] URQUIZO OLAECHEA, José; *"Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública"*, en: Revista Peruana de Ciencias Penales Nro. 12, Lima, 2002, Pág. 245.

[20] RODRÍGUEZ PUERTA, María José; *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico Penal del Soborno de Funcionarios*, Pamplona, 1999, Pág. 166. En este sentido: FISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la Administración pública*, Lima, 2002, Pág. 37 nos dice que: "En definitiva, conforme a nuestro derecho penal es de aceptación un concepto extensivo de funcionario y servidor público que incluye en él tanto a personas que ejercen circunstancialmente una función pública (interinos, eventuales), como a los particulares que eventualmente realizan un servicio público".

entiende por funcionario público todo aquel funcionario que cumpla con los siguientes elementos:

1. Ser persona natural,
2. Que tenga un nombramiento,
3. Que este haya sido otorgado por autoridad competente,
4. Que ejerza una función pública,
5. Que esta sea remunerada,
6. Que tenga un carácter permanente. Tales elementos son indispensables y deben darse, además, conjuntamente.

Debemos destacar que el funcionario público, tiene pleno ejercicio de las decisiones que se tome al interior de la institución pública que representa, lo cual obviamente lo diferencia del concepto de "servidor público", y esto es recogido en varios pasajes de la Parte Especial del Código penal peruano. En efecto, por ejemplo el delito de abuso de autoridad, del artículo 376°, cuando señala: *"El **funcionario público**, que abusando de sus atribuciones..."*, nótese que el tipo penal sólo prevé que el funcionario público es el único que puede cometer la infracción penal abusiva funcional, como si el funcionario fuera el único que tuviera autoridad y coerción sobre las demás personas, lo cual es cierto.

De la misma manera, en el artículo 368° (delito de Resistencia o Desobediencia a la autoridad) se señala lo siguiente: *"El que desobedece o resiste la **orden** legalmente impartida por un **funcionario público** en el ejercicio de sus atribuciones salvo que se trate de la propia detención será reprimido con pena privativa libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años"*; en la cual, en principio, se podría concluir que sólo se puede desobedecer o resistir a un funcionario –y no a un servidor–, pues aquél es el único dentro de la Administración Pública que está premunido de Autoridad, y por tanto, como señala el propio tipo penal un funcionario es el único que puede emitir una "orden" dentro o en el marco de ejercicio de sus funciones.

En esta misma lógica se ubica el artículo 377° del Código penal, que sanciona el delito de Omisión o retardo de actos de función, bajo los siguientes términos: *"El **funcionario público** que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto será reprimido con pena privativa de no mayor de dos años y con a sesenta días-multa"*. De la misma manera se prescribe el término exclusivo "funcionario público" en el artículo 379° que sanciona el delito *de* requerimiento indebido de la fuerza pública, que prescribe lo siguiente: *"El **funcionario público** que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años"*.

Sin embargo, no es el único supuesto donde sólo se prevé como sujeto activo al funcionario público, también en el delito de nombramiento o aceptación indebido para cargo público (artículo 381° C.P.[21]), se sanciona como poca veces a los dos sujetos que intervienen en el "encuentro" lesivo en contra del bien jurídico protegido, y se sanciona a aquél sujeto sumamente especial, pues sólo habla del funcionario público y no servidor público. Asimismo, el delito de autorización ilegal de matrimonio por funcionario público (artículo 141° C.P.) señala: *"El **funcionario público** que, a sabiendas, celebra un matrimonio ilegal..."*, y el delito de inobservancia de las formalidades por funcionario público, que señala: *"El **funcionario público**, párraco u ordinario que procede a la celebración del matrimonio sin observar las formalidades exigidas por la ley, aunque el matrimonio sea anulado..."*.

2.1. El funcionario de facto o de hecho

Antes de cerrar este apartado, un concepto normalmente relacionado con el funcionario público de Derecho es el relativo a la *función ("pública") de hecho o de facto*, o llamado también *funcionario de facto o*

[21] El artículo 381° del Código penal reprime el delito de Nombramiento y aceptación de cargo público, bajo los siguientes términos: *"**El funcionario público** que hace **un nombramiento** para cargo público a en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a veinte días-multa. El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido misma pena"*.

de hecho, quien es aquél que adolece de deficiencias o irregularidades en el título que sustenta la calidad de funcionario público o simplemente este título ha fenecido[22]. En otras palabras, son los funcionarios que no cuentan con un título que los legitime, sea porque nunca lo tuvieron o el que tuvieron pese a haber sido valido o presenta irregularidades (posee un vicio), o también cuando pese a contar con título valido, al acceder al cargo no ha observado las formalidades establecidas por la Constitución, las leyes o los reglamentos[23].

Es decir, cuando el sujeto es un funcionario de facto o funcionario de hecho, P. ej., no tiene título de abogado para un cargo público que lo requiere, el título que presentó era falso, no tenía la condición de peruano de nacimiento, etc. Para efectos penales, el sujeto es funcionario público y puede cometer delitos contra la Administración Pública[24]. La fundamentación de esta posición está en que, *independientemente de las relaciones al interior de la propia Administración, lo que le interesa al Derecho penal es la "relación externa", pues "el mayor merecimiento de pena del funcionario público radica en el abuso hacia fuera del poder funcionarial que se le ha conferido"*[26]. *Solamente no se daría el elemento penal "funcionario público" cuando la nulidad administrativa prohíba el ejercicio funcionarial, o sea cuando los actos (y con ello la posibilidad de los delitos contra la función pública) del sujeto ya no fueran propios de un funcionario*[25].

---

[22] El hecho que no posea un título formal que lo habilite como funcionario o servidor público, estaríamos en el artículo 361°, el delito de Usurpación de funciones o autoridad, que prescribe lo siguiente: *"El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al Artículo 36°, incisos 1y2.*
Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años".

[23] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 35.

[24] Véase, en este sentido: ABANTO VASQUEZ; 2003, Pág. 23.

[25] Véase, en este sentido: ABANTO VASQUEZ; 2003, Pág. 23.

Al respecto debemos de citar aquella Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 23 de Noviembre de 2004, Expediente N.º 2758-2004-HC/TC, en el caso "Luis Guillermo Bedoya De Vivanco", que en el considerando noveno señaló por primera vez en un fallo (constitucional) el llamado concepto de "funcionario de facto", bajo el siguiente argumento: "El recurrente, basándose en diversa doctrina penal, alega que el delito de peculado, por su propia naturaleza, sólo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, se le ha encomendado la administración o custodia de caudales o efectos del Estado, por lo que, al no tener formalmente Vladimiro Montesinos Torres el cargo de Jefe del Servicio de Inteligencia, cargo que sí lo habilitaba para el manejo de fondos públicos, habiendo sido incluso sancionado penalmente por ejercer dichas funciones sin haber sido designado para ello (delito de usurpación de funciones), no puede ser considerado autor del delito de peculado. *Del mismo modo, la sentencia condenatoria, invocando conceptos desarrollados por la doctrina penal, señala que también puede configurarse el delito de peculado en caso de que el funcionario público detente la función de facto*". (cursiva son nuestras). Luego en el considerando décimo afirma lo siguiente: "*Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal*" (cursiva son nuestras).

Sobre este punto, volveremos nuevamente en el Capítulo correspondiente al delito de peculado doloso cometido por funcionario – administrador de hecho o de facto.

3. SOBRE EL CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO.

El concepto de Servidor público tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase "empleado público"[26]. Aten-

[26] BACACORZO, Gustavo; *Tratado de Derecho Administrativo*, Lima, Gaceta Jurídica, 1997, T. 1, Pág. 399.

diendo a la finalidad abstracta de la función (entendida esta como la concreción objetiva de los planes o lineamiento del estado) se tiene que, tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, existen diferencias y están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la Administración mediante contratación; el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos.

Los Servidores o Empleados Públicos no resultan vinculados a la Administración Pública con la misma intensidad que los funcionarios públicos, pues su nivel de deberes y obligaciones no son de la misma magnitud que la de estos, inclusive normalmente no desempeñan cargos decisivos y tampoco están a cargo de los presupuestos o encargados del patrimonio de la entidad u organismo donde desempeñan sus labores[27]. En definitiva un empleado no ejerce estrictamente una función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios. Debiendo tenerse en cuenta que el término de empleado público es idéntico en significado al de servidor público.

El concepto de "Servidor" por el de "Trabajador", es algo parecido, lo que nos permite sostener la imprecisión legislativa del uso de tales conceptos, sobre todo por un desconocimiento semántico. El término "trabajador"[28] generalmente se encuentra ligado a las relaciones individuales de naturaleza privada. Al momento de la elaboración de la Constitución de 1993 se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 276 y el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que regulan actualmente la

[27] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 38

[28] Asimismo, sobre dicha base, la Ley N° 27815, modificada por la Ley N° 28496, Ley del Código de Ética de la Función Pública, involucra una concepción más amplia al denominado "empleado público", dado que comprende a todo funcionario o servidor de la Administración Pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos, sea nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado.

consecuencia, se trataría de una nueva clasificación de funcionarios en sentido amplio, distinta a la que existe en el Derecho administrativo y por supuesto en el Derecho penal de corte latinoamericano[31].

La elección es uno de los títulos habilitantes que permiten alcanzar la calidad de funcionario público. Para efectos penales el funcionario público electo es de sumo interés, dado que el concepto anticipado de funcionario público es recogido por la Convención Interamericana contra la Corrupción; se trata de ampliar el alcance del sujeto activo de los delitos contra la administración pública, estableciendo que la condición de funcionario público se produciría solamente con el elemento subjetivo: el título habilitante, sin que sea necesario el elemento objetivo: la efectiva participación en la función pública; así podrán ser autores de cohecho los funcionarios electos antes de asumir el cargo.

---

[31] REAÑO PESCHIERA; *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "Caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿Comprador de humo, víctima o participe?*, cit., Pág. 286 señala lo siguiente: "A mi juicio la aplicación de la noción de funcionario público expresada en la Convención Interamericana contra la corrupción tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento penal, a partir de cuatro argumentos expuestos en el Informe elaborado por los profesores César San Martín Castro y Dino Carlos Caro Coria para el Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), con ocasión del informe "Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción", elaborado por el Profesor Felipe Villavicencio Terreros; a saber i) El concepto de funcionario o servidor público en un elemento normativo de los tipos de corrupción, de allí que su delimitación debe realizarse conforme a las normas pertinentes del ordenamiento jurídico, ii) La Convención Interamericana contra la Corrupción, en tanto ha sido ratificado por el estado Peruano, constituye en virtud del artículo 55 de la Constitución una norma de derecho interno que ostenta, al menos rango de ley como se deduce del artículo 200, iii) la fuerza normativa de la Convención Interamericana contra la corrupción la constituye en una fuete de obligatoria observancia en la delimitación de concepto de funcionario o servidos público, más aún porque el propósito de la ratificación en la OEA opero el 4 de Junio de 1997 es decir con posterioridad a la Ley 26713 de 27 de diciembre de 1996 que reformo los alcances del numeral 3 del artículo 423 del Código penal; iv) Cabe expresar en todo caso que esta línea de interpretación es compatible con el principio de reserva absoluta de ley penal, no se trata de la aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de la concepción de un elemento técnico normativo conforme a las fuentes internacionales de obligatoria observancia en Perú".

La imposibilidad jurídica de emplear criterios materiales para definir al congresista electo tiene como causa el que tampoco se pueda recurrir a estos para los casos de definición del bien jurídico administración pública y función pública. La doctrina es uniforme al reconocer que solamente se puede elaborar el concepto de funcionario público electo a partir de criterios normativos. Rojas Vargas comenta que el título habilitante elección se forma con la concurrencia de elementos de legitimidad legal, procesal y formal.[32] Queralt sobre el título habilitante elección expresa que dado a que el derecho de sufragio se regula por ley, solamente podrá considerarse válido para atribuir la condición de funcionario electo la realización de un proceso regular conforme a la ley de la materia.[33] Donna se ubica en esta posición al reconocer que el funcionario público en general, no sólo el electo, es en los tipos penales un elemento normativo, de allí que solamente pueda ser representado y concebido a través de una norma; por lo que claramente se recoge que el concepto de funcionario público, y por ende el de congresista electo, es normativo[34].

5. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN LAS NORMAS EXTRA-PENALES

El artículo 4 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público[35], en concordancia con nuestra Constitución Política, clasifica al personal del servicio civil en:

---

[32] ROJAS VARGAS, 2001, Pág. 37.

[33] QUERALT, Joan J.; *"El Concepto Penal de un Funcionario Público"*, en: Cuadernos de Política Criminal # 27, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, Pág. 488.

[34] DONNA, Edgardo Alberto; *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, 2000, Pág. 27.

[35] La regulación de la Ley Marco del Empleo Público es general, pues se limita a clasificar al personal del servicio civil en diversas categorías, conforme al marco constitucional del artículo 40. En efecto, la ley agrupa y establece características básicas de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa y de los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Por tanto, la Ley N° 28175, no tiene por objeto regular exclusivamente los derechos de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sino los derechos básicos de los empleados públicos en general.

carrera administrativa, en las que se define como "servidor público" al ciudadano en ejercicio que presta servicio en la Administración Pública, y "funcionario" a quien es elegido o designado para desempeñar cargos del más alto nivel en los Poderes Públicos.

4. LA PROBLEMÁTICA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO POR ELECCIÓN Y LA PERSPECTIVA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

Como da cuenta Reaño Peschiera "...en la investigación instaurada contra Vladimiro Montesinos Torres, Alberto Kouri Boumachar, Oscar Doffour Cattaneo y José Francisco Crousillat Carreño por la comisión del delito de corrupción de funcionarios, motivado por el caso de transfuguismo antes mencionados e hizo manifiesta una deficiencia en la definición jurídico penal de funcionario público en los casos de elección por sufragio popular"[29].

En ese sentido, la «Convención Interamericana contra la Corrupción» documento aprobado y firmado por 23 países de América Latina (y ratificado, entre otros países, por el Perú) en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana realizada en Caracas en el mes de marzo de 1996, ofrece en el artículo I (Definiciones) la siguiente noción de funcionario público: «*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*». Ésta definición, intenta, entre otras cosas, homologar diferentes nociones empleadas en las diversas naciones, sobre todo latinoamericanas, para comprender a los denominados "agentes públicos" (es decir, tanto Funcionarios propiamente como Empleadores); y lo más controvertido en el artículo I es

[29] REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿comprador de humo, víctima o participe?*, en: Ius et veritas, Nro. 23, Pág. 284

la inclusión en el concepto de funcionario a aquellas personas que han sido seleccionadas, designadas o electas para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado[30].

El concepto de funcionario en perspectiva de la Convención Interamericana prescinde de la investidura y del ejercicio funcional de atribuciones adelantando el interés político criminal del Estado a la fase previa de la selección, nombramiento o elección respectiva, de forma de sancionar los actos corruptos que sucedan en el período de tiempo que antecede a la toma de posesión efectiva y material del cargo funcionarial (por ej., actos de requerimiento, aceptación de dádivas, bienes, favores o ventajas a cambio de prestaciones oficiales futuras y demás comportamientos de corrupción que prevea cada Legislación penal interna). En

[30] Debemos tener en consideración que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Artículo 2), en el punto sobre "Definiciones" de la Convención, señala expresamente tres clases de funcionarios públicos (y no realiza diferencia alguna con el concepto de "servidor público"), y son definiciones (del Artículo 2°) totalmente distintas a lo que nuestro Código penal (artículo 425° CP) define. En efecto, la Convención define las siguientes clases:

a) Por **"funcionario público"** se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;
b) Por **"funcionario público extranjero"** se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;
c) Por **"funcionario de una organización internacional pública"** se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

consecuencia, se trataría de una nueva clasificación de funcionarios en sentido amplio, distinta a la que existe en el Derecho administrativo y por supuesto en el Derecho penal de corte latinoamericano[31].

La elección es uno de los títulos habilitantes que permiten alcanzar la calidad de funcionario público. Para efectos penales el funcionario público electo es de sumo interés, dado que el concepto anticipado de funcionario público es recogido por la Convención Interamericana contra la Corrupción; se trata de ampliar el alcance del sujeto activo de los delitos contra la administración pública, estableciendo que la condición de funcionario público se produciría solamente con el elemento subjetivo: el título habilitante, sin que sea necesario el elemento objetivo: la efectiva participación en la función pública; así podrán ser autores de cohecho los funcionarios electos antes de asumir el cargo.

---

[31] REAÑO PESCHIERA; *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "Caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿Comprador de humo, víctima o participe?*, cit., Pág. 286 señala lo siguiente: "A mi juicio la aplicación de la noción de funcionario público expresada en la Convención Interamericana contra la corrupción tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento penal, a partir de cuatro argumentos expuestos en el Informe elaborado por los profesores César San Martín Castro y Dino Carlos Caro Coria para el Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), con ocasión del informe "Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción", elaborado por el Profesor Felipe Villavicencio Terreros; a saber i) El concepto de funcionario o servidor público en un elemento normativo de los tipos de corrupción, de allí que su delimitación debe realizarse conforme a las normas pertinentes del ordenamiento jurídico, ii) La Convención Interamericana contra la Corrupción, en tanto ha sido ratificado por el estado Peruano, constituye en virtud del artículo 55 de la Constitución una norma de derecho interno que ostenta, al menos rango de ley como se deduce del artículo 200, iii) la fuerza normativa de la Convención Interamericana contra la corrupción la constituye en una fuete de obligatoria observancia en la delimitación de concepto de funcionario o servidos público, más aún porque el propósito de la ratificación en la OEA opero el 4 de Junio de 1997 es decir con posterioridad a la Ley 26713 de 27 de diciembre de 1996 que reformo los alcances del numeral 3 del artículo 423 del Código penal; iv) Cabe expresar en todo caso que esta línea de interpretación es compatible con el principio de reserva absoluta de ley penal, no se trata de la aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de la concepción de un elemento técnico normativo conforme a las fuentes internacionales de obligatoria observancia en Perú".

La imposibilidad jurídica de emplear criterios materiales para definir al congresista electo tiene como causa el que tampoco se pueda recurrir a estos para los casos de definición del bien jurídico administración pública y función pública. La doctrina es uniforme al reconocer que solamente se puede elaborar el concepto de funcionario público electo a partir de criterios normativos. Rojas Vargas comenta que el título habilitante elección se forma con la concurrencia de elementos de legitimidad legal, procesal y formal.[32] Queralt sobre el título habilitante elección expresa que dado a que el derecho de sufragio se regula por ley, solamente podrá considerarse válido para atribuir la condición de funcionario electo la realización de un proceso regular conforme a la ley de la materia.[33] Donna se ubica en esta posición al reconocer que el funcionario público en general, no sólo el electo, es en los tipos penales un elemento normativo, de allí que solamente pueda ser representado y concebido a través de una norma; por lo que claramente se recoge que el concepto de funcionario público, y por ende el de congresista electo, es normativo[34].

5. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN LAS NORMAS EXTRA-PENALES

El artículo 4 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público[35], en concordancia con nuestra Constitución Política, clasifica al personal del servicio civil en:

---

[32] ROJAS VARGAS, 2001, Pág. 37.

[33] QUERALT, Joan J.; *"El Concepto Penal de un Funcionario Público"*, en: Cuadernos de Política Criminal # 27, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, Pág. 488.

[34] DONNA, Edgardo Alberto; *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, 2000, Pág. 27.

[35] La regulación de la Ley Marco del Empleo Público es general, pues se limita a clasificar al personal del servicio civil en diversas categorías, conforme al marco constitucional del artículo 40. En efecto, la ley agrupa y establece características básicas de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa y de los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Por tanto, la Ley N° 28175, no tiene por objeto regular exclusivamente los derechos de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sino los derechos básicos de los empleados públicos en general.

a) *Funcionarios Públicos;* que pueden ser de elección popular directa y universal o confianza política, de nombramiento y remoción regulados y de libre nombramiento y remoción.

b) *Empleados de Confianza*; que desempeñan cargos de confianza técnico o políticos.

c) *Servidores Públicos;* estos se clasifican en Directivo Superior, Ejecutivo, Especialista y De Apoyo.

En el Perú se hace referencia a la figura de Funcionario Público, sin tener en una definición uniforme sobre el concepto, y las características esenciales del mismo. En el caso de la Constitución Política del Perú, a pesar de que en su artículo 39° señala que "*...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...*", no ha incorporado una definición que puede ser usada como criterio uniforme sobre lo que comprende la función pública y la condición de funcionario público, habiéndose, más bien, establecido distintas definiciones legales sobre la materia, cada una obligatoria dentro de su propio ámbito de aplicación[36].

Es así que en el artículo 4° del Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM se señala:

> *"Considérese funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel, en los poderes y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son determinados por la ley".*

[36] ROYO-VILLANOVA, Segismundo; *El concepto de Funcionario y la relación de Función Pública en el Nuevo Derecho Español, en:* Revista de Administración Pública, N° 44, España, 1964, p. 10. Señala que no hay una definición única del funcionario. Su situación no es la misma en todas partes. La situación jurídica del funcionario está siempre ligada a un Estado determinado y no puede considerarse fuera de este Estado, de su historia, de su legislación y de la jurisprudencia de sus tribunales.

Asimismo, en los numerales 4.1.y 4.2 del artículo 4° de la Ley N° 27815-Ley del Código de Ética de la Función Pública, modificada por la Ley N° 28496, se establece que:

> *"4.1 Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre de servicio del Estado*[37].
>
> *4.2. Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios".*

La Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, desarrolla una concepción similar que engloba tanto al funcionario como al servidor público de la siguiente manera:

> *"Servidor o Funcionario Público.- Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades".*

En el caso de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, plantea en su artículo 4° numeral 1 la figura de Funcionario Público en los siguientes términos:

---

[37] El uso de los términos "Funcionario", "Servidor" o "Empleado" público, responde a una distinción que se sustentaba básicamente que el supuesto poder mayor decisorio del denominado funcionario, sin embargo ello dista de tener sustento jurídico o real ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar; por lo que dicha distinción no se basa en razones de índole jurídico, siendo conveniente eliminarla del uso técnico, pues en general se trata de términos indistintos, por cuanto no nos permite diferenciar distintos tipos de agentes del Estado sino, a lo sumo, distintos tipos de actuación de ellos. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo* Tomo I Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, Capítulo XIII p. 1 y ss.

El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El funcionario público puede ser:

a. De elección popular directa y universal o confianza política originaria.

b. De nombramiento y remoción regulados.

c. De libre nombramiento y remoción.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en el año 2003 y que define un marco de referencia genérico en materia de función pública aporta un nuevo elemento al señalar:

"La función pública de un país puede albergar relaciones de empleo basadas en un nombramiento o en un contrato, reguladas por el derecho público o por el derecho privado, y cuyas controversias se sustancian ante órganos judiciales especiales o ante tribunales comunes."

Asimismo, en el literal 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución legislativa N° 28357 y ratificada por Decreto Supremo N° 075-2004-RE, se señala que para efectos de dicho instrumento internacional:

"Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe un función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definid como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio".

6. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER Y LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ESPECIAL MENCIÓN A LOS DEBERES ÉTICOS Y ADMINISTRATIVOS DE LOS FUNCIONARIOS.

Actualmente en la dogmática jurídico-penal está cobrando muchos adeptos aquella postura que trata de fundamentar los delitos especiales (clasificación formal), ya sean propios e impropios, en los llamados *delitos de infracción del deber* (clasificación material), que son aquellos sujetos que tienen en su ámbito específico, previamente, determinados parámetros de índole legal y reglamentaria para realizar sus respectivas funciones, a diferencia de los otros ilícitos penales que suelen llamarse delitos comunes, o actualmente delitos de dominio (por ejemplo: homicidio, algunos delitos patrimoniales, delitos sexuales, entre otros), donde generalmente no existen las normativas sobre todo extra-penales para reglar lícitamente su accionar (el sujeto cuando "mata" lo hace sólo y únicamente quebrantando el Código penal –art. 106–, cuando el sujeto tiene "acceso carnal" con otra persona lo hace sólo y únicamente quebrantando el Código penal –art. 170–), pues el sujeto actúa desprovisto de deberes y obligaciones previas.

Tenemos que advertir que el ámbito de los delitos de infracción de deberes lo constituyen un amplio margen de delitos donde se le exige al sujeto acciones positivas de cara a la protección de los bienes jurídicos que suelen llamarse "institucionales", ya que por ejemplo en los delitos contra las personas, específicamente en el delito de parricidio (artículo 107° del Código penal), es considerado, según nuestro máximo Tribunal, como un delito de infracción al deber en virtud de una institución[38].

---

[38] RECURSO DE NULIDAD N° 4223-2007 AREQUIPA- de fecha veinte de agosto de dos mil ocho, expedido por la SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, HA SIDO: "... *Que, el delito de Parricidio previsto en el artículo ciento siete del Código Penal, se tipifica cuando, el que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino; que, cuando se aborda el delito de parricidio, es de advertir que este tipo penal es un delito de infracción de un deber en donde el interviniente es un garante en virtud de una Institución, como es para el presente caso el "Cónyuge"-véase*

En esta misma lógica debemos de ubicar el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, de la Corte Suprea, de fecha 6 de diciembre de 2011, sobre Nuevos Alcances de la Prescripción, que indica, en el considerando noveno, lo siguiente: *"El punto de partida dogmático está dado por categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencial se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas. Entre otros –denominados delitos de dominio–. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos–. El autor del delito –de infracción de deber– no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna transcendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad se sustenta en la infracción de deber, siempre será el autor del delito contra la*

---

la copia simple del documento nacional de identidad de fojas cincuenta y uno-, en efecto, lo que se lesiona es esta institución; en este sentido, su fundamento de imputación jurídico-penal no se limita sólo a la posibilidad de ser autor con una determinada característica o de un determinado circulo de autores previstos por la norma, sino a la defraudación del "deber positivo" o especifico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho o de la organización. (Vid., SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ – TRILLES, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Prólogo de Günther Jakobs, Editorial Marcial Pons, Barcelona, dos mil dos, páginas cuarenta y tres y cuarenta y cuatro)".

administración pública, sin perjuicio -claro está- de diferentes presupuestos que también se requerirán para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto".

En ese sentido, en los delitos de infracción del deber se encuentra los funcionarios o servidores públicos, y como es obvio, la normativa viene desde el ámbito de la Administración Pública[39], y como se sabe constituye el bien jurídico protegido; y por tanto, un funcionario y/o servidor, precisamente porque es una persona "pública", está lleno de determinadas obligaciones para con el Estado, a quien lo representa (por ejemplo, el sujeto cuando "sustrae" dinero de las arcas del Estado -peculado doloso-, quebrando no sólo el Código penal en relación al

[39] MAYHUA QUISPE, Luis Miguel; *"La condición de funcionario público como fundamento de los delitos de infracción de deber"*, en: Jus Jurisprudencia, Octubre, 5, 2007, Pág. 175 y ss. En este sentido, véase, la Ejecutoria Suprema del 5/10/2009, R.N. N°2065-2008-LIMA. VOCAL PONENTE: GONZALEZ CAMPOS, Robinson Octavio, extraído de: *Gaceta penal y procesal penal*, tomo 12, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2010, p. 184, que tiene dicho: *"Los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de "infracción del deber", ya que suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores públicos contra la administración pública), por vinculaciones paterno filiales, de confianza o jurídicas, etc. Relaciones extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento -con la concurrencia de los demás componentes del tipo penal especial- explica la existencia de los delitos de infracción de deber (Rojas Vargas, Fidel, Delitos contra la administración pública, Grijley, 2007, p. 190".*
Asimismo, véase la Ejecutoria Suprema del 26/8/2009, R.N. N° 5434-2008-JUNÍN. VOCAL PONENTE: GONZALES CAMPOS, Robinson, extraído de: *Gaceta penal*, tomo 15, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2010, p. 112, que tiene dicho lo siguiente: *"Es menester precisar que los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de "infracción de deber", lo que supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico por su vinculación con el bien jurídico específico, esencialmente por deberes institucionales o relaciones penales extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento -con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial- explica la existencia del delito de infracción de deber".*

delito de peculado, sino también quebranta normas legales y reglamentarias propias de la Institución –como el ROF-, y hasta normas éticas contenidas en Leyes ordinarias). Las obligaciones que tiene el funcionario pueden ser, entre otras, desde el punto de vista patrimonial (está sujeto al informe anual de su declaración jurada de bienes y rentas), como deberes propios de la función a realizar –como el ROF de la cada Institución–, o los deberes éticos (por ejemplo, el Código de Etica de la Función Pública).

La regulación legal peruana de los delitos de "infracción de deber" –categorización conceptual propuesta por Claus Roxin, en 1983, y dominante en la actualidad– presenta una redacción legislativa que lo retrotrae al año 1991 (con excepción de la importante reforma producida en los delitos de corrupción en el año 2004, a través de la ley 28355), inclusive varios de sus artículos obedecen a la lógica de construcción legislativa del Código penal de 1924, se comprende la necesidad que la política criminal del Estado, en sede de Congreso de la Republica, centre ahora su interés de modernizar los tipos penales que dan cuenta de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, ajustando sus tipologías a una más racional intervención criminaliza dora-punitiva y dosificando legalmente penas con mejores criterios de proporcionalidad abstracta, a efectos de otorgar así una más enfática y razonable tutela penal a los valores e intereses jurídicos protegidos[40].

El derecho y la ética siempre marchan juntos, opinar en sentido contrario abonaría una concepción normativista referenciada en sí misma y alejada de su base social y de los mensajes teleológicos de toda construcción normativa (en amplio sentido). Lo ético en cuanto la serie de valores positivos fúndate y nutriente de las actividades funcionales y de servicio de los agentes públicos está –y debe estar siempre– presente y actuante en el desempeño funcional en todos los planos y niveles de la administración pública concebida de modo global, dinámica y estructural.

---

[40] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

La autonomía del derecho en relación a las normas morales (concreciones prácticas de los valores éticos dominantes histórico y concretamente) no implica que se pueda construir normas jurídicas desprovistas de eticidad, o que las normas jurídicas vinculen su validez y vigencia exclusivamente al centro de producción formal legislativo, por cuanto y por más válida que sea una norma al haber sido dictada por el órgano legislativo si la misma es inicua, esto es desprovista de eticidad, y por lo tanto perversa, se convierte en una norma ilegítima socio jurídicamente.

Derecho y ética, normas jurídicas y normas morales definen así dos planos paralelos interactuantes, que si bien marchan juntos no pueden sin embargo llegar a mezclarse de modo que pierdan identidad y espectro propio de irradiación. El derecho normado o positivo se funda en valores éticos que lo sustentan y legitiman históricamente, mas no se confunde con la moral: ambos toman el comportamiento humano como objeto de atención pero respetan sus ámbitos de competencia al establecer requisitos, contenidos pautados y regímenes sancionatorios propios.

Los deberes éticos, tales como el del respeto, la dignidad, honradez, el decoro profesional-personal, la imparcialidad no tienen una fuente definida-positiva de producción, encontrándose en algunos casos positivizados o implícitos en la Constitución Política, en la Ley de bases de la carrera administrativa, en leyes orgánicas y reglamentaciones como también en preceptos *ius* naturales que informan el derecho mismo y la actuación humana. Deberes que en el ejercicio público suponen prueba de valentía personal y entereza profesional.

Con Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 13 de agosto de 2002 y Reglamentada a través del Decreto Supremo N° 033-2005-PCM de 18 de abril de 2005[41], se aprueban los Principios, Deberes y Prohibi-

[41] En el Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, se especifican algunas precisiones como la clasificación de las sanciones, las mismas que pueden ser: a) Amonestación, b) Suspensión, c) Multa de hasta 12 Unidades Impositivas Tributarias, d) Resolución Contractual, e) Destitución o despido; estas se aplican de acuerdo a la gravedad de las infracciones y a los criterios como: funciones desempeñadas, así como el cargo y jerarquía del infractor, la reincidencia o reiterancia, entre otros.

ciones éticos que rigen para los servidores públicos de las entidades de la Administración Pública.

En efecto, en la Ley del Código de Ética de la Función Pública se establecen principios, tales como: respeto[42], probidad[43], eficiencia[44], idoneidad[45], veracidad[46], lealtad y obediencia[47], justicia y

---

Igualmente en el Reglamento se considera que cualquier persona puede denunciar ante la misma Comisión las infracciones que se cometan en la Ley y su Reglamento. El Plazo de prescripción de la acción para el inicio del procedimiento administrativo disciplinario es de tres (03) años contados desde la fecha en que la Comisión Permanente o Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios toma conocimiento de la comisión de infracción.
En cuanto a los incentivos y estímulos, el Reglamento establece que es la Secretaria General de cada Entidad o quien haga sus veces, diseñar, establecer, aplicar y difundir los incentivos y estímulos, así como los mecanismos de protección, a favor de los empleados públicos que denuncien el incumplimiento de las disposiciones de la Ley y su Reglamento, de acuerdo a los criterios del Titular de la Entidad.

[42] Adecua su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento (art. 1).

[43] Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona (art. 2).

[44] Brinda calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente (art. 3).

[45] Entendida como aptitud técnica, legal y moral, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública. El servidor público debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones (art. 4).

[46] Se expresa con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos (art. 5).

[47] Actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las ordenes que le imparta el superior jerárquico competente, en la medida que reúnan las formalidades del caso y tengan por objeto la realización de actos de servicio que se vinculen con las funciones a su cargo, salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, las que deberá poner en conocimiento del superior jerárquico de su institución (art. 6).

equidad[48], lealtad al Estado de Derecho[49]. Como Deberes se consignan la neutralidad[50], transparencia[51] (carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica), discreción[52], ejercicio adecuado del cargo[53], uso adecuado de los bienes del Estado y responsabilidad[54] y como prohibiciones, se establece el mantener intereses de conflicto, obtener ventajas indebidas, realizar actividades de proselitismo político, hacer mal, uso de información privilegiada y presionar, amenazar y/ acosar.

[48] Tiene permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general. (art. 7)

[49] El funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. Ocupar cargos de confianza en regímenes de facto, es causal de cese automático e inmediato de la función pública. (art. 8)

[50] Debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones demostrando independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.

[51] Debe ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe de brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna.

[52] Debe guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de los deberes y las responsabilidades que le correspondan en virtud de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública.

[53] Con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones el servidor público no debe adoptar represalia de ningún tipo o ejercer coacción alguna contra otros servidores públicos u otras personas.

[54] Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados.

7. EL FUNCIONARIO COMO PORTADOR DE DEBERES ESPECIALES DE GARANTÍA

Sabido es que el funcionario público ostenta deberes especiales de garantía dentro de su ámbito de competencia. En efecto, sobre el Estado –y en general, sobre la autoridad pública– pesa, por mandato constitucional el deber de asegurar los derechos de las personas, lo que supone, en el nivel mínimo, la abstención por parte del mismo funcionario de la violación de Derechos Humanos. En los delitos donde se protege bienes jurídico-institucionales (administración pública), la imposición de deberes les viene añadido por ostentar previamente funciones inherentes al cargo funcionarial. La madre que debe cuidado a su hijo recién nacido, el titular de una fábrica tiene que coordinar que su actividad económica no genere perjuicios al ecosistema, de la misma forma que, por ejemplo, los policías deben custodiar el orden y la seguridad de los ciudadanos.

Todo funcionario público tiene «deber de garante» para con la Sociedad y el propio Estado (por ello debería ser cómodo la imputación por omisión impropia de un funcionario público de acuerdo al artículo 13° del Código penal, sin embargo, en la práctica judicial resulta ser inoperativo dicha imputación, quizá por un tema de desconocimiento por parte de los operadores jurídicos); es decir, está en el imperioso deber jurídico de cumplir sus funciones evitando la comisión u omisión de resultados lesivos contra la Administración Pública.

Algo debe quedar claro en este punto: que el bien jurídico (aquella exclusivamente protegida por el ordenamiento jurídico-penal, caso contrario, no sería, después, "típica" de un delito de omisión impropia) es la que da contenido material a los deberes de garantía. En los delitos donde se protege bienes jurídicos personales, lo que caracteriza a un delito de omisión impropia y a un delito de comisión, es que el sujeto, en el primero, está en posición de garantía, y en los segundo simplemente no lo está[55]. Precisamente porque la posición de garantía le impone "debe-

[55] Porque puede ser que los delitos de comisión no tenga vocación dogmática para la omisión impropia pues la estructura típica lo impide. Por ejemplo de medios

res de evitación", y en la segunda "deberes de prohibición", pero no hacia el vacío, sino concretamente hacia la protección y vigilancia de bienes jurídicos. Hay quienes consideran que el por hecho de ser considerado funcionario público competente, ostenta paralelamente una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que le son protegidos o vigilados. Dicha posición no la consideramos correcta, desde el punto de vista del respeto irrestricto al principio culpabilidad, o mejor dicho, de imputación subjetiva (dolo o culpa) y la proscripción de la responsabilidad objetiva.

La no evitación de un resultado típico adquiere relevancia no solamente en el ámbito empresarial donde un sujeto (empresario) desarrolla una actividad económica tendiente a causar peligro o lesión a bienes jurídicos, sino también que existen deberes estatales de evitación de riesgos, circunscritos a determinados sujetos (funcionarios públicos) que cumplen sus funciones dentro de una organización interna de servicio comunitario.

Como toda calidad de garantía –o posición de garante– depende, en principio, de la definición que proporcione la descripción legal[56]. Ahora bien, cuanto a la definición de funcionario público y su inclusión como portador de deberes jurídicos de evitación en el Derecho argentino, tendrá que hacerse en función a dos reglas limitantes y complementarias:

a) En primer lugar, al art. 77 del Código penal argentino que recepta el concepto de funcionario: *"Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente"*. La Convención contra la

determinados, o que no contenga un resultado típico separable materialmente de la acción: puede ser de peligro abstracto, o de simple actividad.

[56] Como toda categoría del Derecho penal positivo que se inserta en un marco respetuoso del principio de legalidad, debe ajustarse a los requerimientos legales. Por eso, la calidad del garante –dentro del concepto de omisión impropia- en su recepción a cualquier Derecho positivo tendrá como objetivo establecer si tal categoría pertenece exclusivamente a la Parte General o a la Parte Especial.

Corrupción en su artículo primero establece un concepto de funcionario público: *"Funcionario Público" "Oficial Gubernamental" o "Servidor público"* es: *"Cualquier funcionario o empleado del estado 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".*

Se da nociones en el artículo 1 de "función pública", como de "funcionario público", extendiéndose a funcionarios "electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del estado". Se establece así, desde la perspectiva internacional una concepción de funcionario público mucho más amplia que desde el punto de vista del funcionario o servidor público en perspectiva penal según los supuestos aplicativos del artículo 425° del Código penal peruano (Capítulo IV, Disposiciones comunes). Por otro lado, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (Ley 25.188) de alguna manera desarrollo ciertos lineamientos generales en torno a la discusión del concepto de funcionario público, pues establece (art.1) que dicha les alcanza a todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

b) En segundo lugar, adecuar dicho concepto genérico a las exigencias típicas objetivas de la Parte Especial de espacio, tiempo, medios, etc. Resultará lógico que no habrá posición jurídica de garante, y por ende no existirá el deber de evitar ningún resultado, si el funcionario público realiza un delito de abuso de autoridad –aunque se den los demás supuestos de hecho– si el sujeto activo *no ejerce funcionalmente* el cargo.

Una cuestión adicional en cuanto a las particularidades del sujeto activo en delitos funcionales. Lo que realmente va a distinguir de un particular de la calidad de funcionario público no es la forma de cómo éste

accedió a tal o cual cargo estatal, sino que lo determinante será, según la descripción legal, "*el ejercicio de las funciones públicas*". Siguiendo a Avila "...es el ejercicio concreto de funciones públicas en relación directa con el fin de protección de la norma aplicable –el bien jurídico- el fuerza... tanto para determinar la autoría como para la protección al eventual sujeto pasivo. De ahí que no se distinga si ese ejercicio es accidental o permanente, por designación de autoridad competente o elección popular"[57].

El particular puede ser legalmente asimilado a un funcionario público, aunque en la realidad carezca de las condiciones expresadas en el art. 77 del Código Penal argentino, así por ejemplo serán los art. 237, 239 y 240 del mismo cuerpo legal. Por ejemplo el encargado de registro automotor en el ejercicio cotidiano de su labor, no se puede decir que aquella persona realiza una significación institucional de orden público, que constituye "ejercicio de funciones públicas". En cambio, la índole de la "función" se califica cuando por ejemplo el escribano actúa como inventariador designado judicialmente, o cuando el abogado es habilitado como auxiliar en una diligencia judicial. La citada Ley de Etica en el Ejercicio de la Función Pública también desarrolla un concepto de función pública, así se entiende por ésta a "*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*".

8. EL PRINCIPIO DE INCORPORACIÓN DEL SUJETO FUNCIONARIAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO PENAL

En ese sentido, se pueden considerar desde la vigencia del principio de incorporación del sujeto funcionarial, vinculado a nuestro Código penal, los siguientes requisitos[58]:

---

[57] AVILA, Juan José; *"Significación de conceptos empleados en el Código"*, en: Baigún-Zaffaroni (Dir.), Terragni (Coord.), Código Penal y Normas Complementarias, 2, Parte General, Buenos Aires, 2002, Pág. 895 y 896).

[58] BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *Delitos de corrupción de funcionarios*, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, pág. 78.

8.1. El título o fundamento jurídico.

El título o fundamento jurídico es aquella por la cual el funcionario o servidor accede a la Administración Pública; este es el componente material del acceso a la carrera; debe ser legítimo, o provenir de una fuente u origen válidos y con capacidad para generar el efecto vinculante entre el titulado y la Administración Pública, lo que determina que ambas partes asuman los deberes, atribuciones y obligaciones propios del cargo[59]. Las formas pueden ser: a) elección (directa o popular y por representación o indirecta; b) nombramiento o designación; c) determinación normativa.

Una característica del título proveniente de la Carrera Administrativa lo constituye la *estabilidad y permanencia,* es decir, que para que el funcionario o servidor se incorpore válidamente a la carrera administrativa, lo hará a un cargo o plaza que tenga el carácter de permanente. Las actividades laborales que realizan son estables y permanentes, y al servicio de la administración pública; es decir, deben laborar en entidades dependientes del Estado o que forman parte de ella (Ministerios, Parlamento, Poder Judicial, entre otros).

En ese sentido, el título o fundamento jurídico se convierte, así, en un *elemento imprescindible* desde el punto de vista del Derecho administrativo, y también desde el punto de vista del Derecho penal, con la salvedad de que, según el artículo 425° del Código penal peruano, además del título generado por la Carrera Administrativa que recibe

[59] Según GARCÍA DEL RIO, Flavio; *Manual de Derecho penal. Parte General y Parte Especial,* Lima, 2004, Pág. 567 "...no hay que confundir la investidura con el título. Aquella puede faltar; este no puede faltar nunca. El título es negocial o legal. Es negocial cuando tiene por base una declaración de voluntad de la administración pública, que recae *nominatim* (nominalmente), sobre una persona determinada (acto de "designación"), previa comprobación de determinados requisitos. Y es legal el título cuando nace del derecho objetivo, que confiere el derecho o impone el deber de asumir el puesto de funcionario. Puede consistir en una ley, en un reglamento, en una costumbre o en un simple acto administrativo, expreso o tácito (por ejemplo, el simple asentimiento de la administración pública".

de una autoridad competente, luego de un proceso de selección (por ejemplo, si es un Magistrado lo será de parte del Consejo Nacional de la Magistratura, o si fuera un Profesor lo será de parte del Ministerio de Educación, a través de sus órganos descentralizados); puede ser un título generado por el voto popular (por ejemplo, el caso de las autoridades elegidos por elección que lo da el Jurado Nacional de Elecciones); por otro lado, puede ser un título en función a la relación laboral o relación contractual (Contrato de Locación de Servicios); o el título puede provenir del propio Poder Judicial (en el caso de sujetos particulares que son designados formalmente por un Juez competente para administrar y custodiar un bien embargado).

8.2. La investidura o juramentación o asunción del cargo.

Se trata del elemento formal del acceso o incorporación a la carrera administrativa, por este el acto el funcionario o servidor asume objetiva y realmente el cargo para el cual fue nombrado, elegido o llamado por la ley; en este acto se producirá la entrega formal del título de designación o también lo que se conoce como la acción de entrega de credenciales, o documentos que identificaran al funcionario como tal.

Según Gálvez Villegas "La exigencia de la formalidad del juramento para el caso de los funcionarios, no exigida para los servidores, explicaría la mayor intensidad del comportamiento que asume el funcionario de desempeñar adecuadamente el cargo, lo que finalmente tendría implicancia en la asignación de la Administración Pública, lo que a su vez acentúa el reproche o el nivel de responsabilidad para el caso de los funcionarios en relación con los servidores"[60].

En este punto, la investidura o juramentación se trata, en realidad, de un *elemento totalmente prescindible* para el concepto que rige en el Derecho penal, pues varios funcionarios o servidores públicos pueden asumir sus funciones, sin necesidad de que, previamente, juramenten al cargo.

[60] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 26.

8.3. La Función pública.

Al igual que con la Administración Pública la función pública tiene como elementos al hecho, al valor y a la norma, por lo que no es posible la elaboración de un concepto fáctico de función pública. Rojas Vargas define a la función pública como la "actividad que el ordenamiento jurídico, constitucional y legal, reserva a los órganos instituciones y se manifiesta por la voluntad de los órganos individuales, funcionarios públicos; agrega que toda función pública implica una esfera de atribuciones limitada por el derecho objetivo"[61]. En cuanto al funcionario público este autor peruano señala que el Código Penal fija parámetros para definir a los funcionarios públicos, de modo tal que se amplía un concepto de funcionarios públicos no solamente a quienes tienen como títulos habilitantes a la elección y a la designación por autoridad competente, sino también a otros que sin ostentarlos participan en el ejercicio de las funciones públicas.[62] Valeije Alvarez define a las funciones públicas como las manifestaciones de la actividad de legislar, juzgar y ejecutar, a través de las que el Estado persigue sus fines[63]. Sobre el funcionario público la autora española afirma que se trata de una condición que se adquiere por la concurrencia de un requisito subjetivo referente a la existencia de título habilitante para ejercer la función pública, y de un requisito objetivo constituido por la efectiva participación en la función pública[64].

La función pública puede entenderse como la herramienta necesaria que permite gestionar los recursos humanos que están al servicio del Estado y por ende de los ciudadanos, de ahí que el proceso de selección de los funcionarios públicos deba garantizar como mínimo trans-

---

[61] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2001, Pág. 22.

[62] ROJAS VARGAS, 2001, Pág. 35 y 36.

[63] VALEIJE ALVAREZ, Inma; *El tratamiento penal de la Corrupción del Funcionario: El Delito de Cohecho*, Madrid, 1995, Pág. 59.

[64] VALEIJE ALVAREZ, 1995, Pág. 54.

parencia, idoneidad, celeridad y mérito como elemento fundamental para quien detente un cargo público. De ajustarse a tales medidas se garantizaría legitimidad institucional y credibilidad en el sistema democrático[65]. Si bien, el Estado ha tratado durante décadas hacer de este postulado una realidad, lo cierto es que en la práctica no se han concretado muchos de los propósitos y disposiciones que la Ley expresa, sino que por el contrario ha permanecido en el tiempo una constante ligada a manifestar la forma poco adecuada de como realmente se llevan a cabo los procesos de selección de funcionarios públicos, los cuales atienden más al clientelismo que a la idea de responder al deber ser[66]. De manera que la función pública es la actividad estatal que realizan los órganos que integran cada uno de los poderes constitucionales. Hay una relación jurídica-funcional que vincula al funcionario o servidor público con el Estado. No hay más función pública que la que ejerce realizando las funciones estatales.

Estas actividades o acciones de las entidades u organismos estatales, a la vez constituyen la perspectiva objetiva de la Administración Publica, y al realizarse conforme a los fines concretos y abstractos de la Administración conforman la llamada Función Pública. La misma que como queda dicho necesariamente debe estar orientada hacia el bien común, estar al servicio de las personas o propender a la generación de mejores condiciones para el desarrollo y perfeccionamiento de la vida humana[67]. Por otro lado, el elemento esencial de la función pública no se encuentra en la mayor o menor duración del servicio, ni se agota en el concepto de poder, sino en que el funcionario representa al Estado en virtud al encargo especial conferido por la Ley, representación que además puede incluir el *ius imperio*[68]. La función pública

[65] Código de Ética de la Función Pública, aprobado por la Ley Nro. 27815.

[66] Código de Ética de la Función Pública, aprobado por la Ley Nro. 27815.

[67] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 17.

[68] ISASI CAYO, Juan Felipe; *Introducción al Derecho Administrativo*, Isasi & Ruiz Eldregde Abogados, Lima, 1997, Pág. 283. Por otro lado, GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 272 nos dice: "Con lo cual y como es obvio, el problema se traslada a

como ejercicio del poder público que se realiza en las diferentes áreas del Estado, por lo que dicha función es una manifestación del mismo. La Convención Interamericana contra la Corrupción definiendo el concepto de función pública para los fines de la Convención como: "*Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*" (Ver artículo I de las definiciones).

De acuerdo a Delgadillo. "El ejercicio del poder del Estado solo puede realizarse mediante la actuación de personas físicas y al hablar de la función pública, nos referimos a la actuación de los individuos investidos de la competencia que la Ley le atribuye a los órganos, por lo que necesariamente se hace referencia a las personas que desempeñan una función en el Estado y a las características jurídicas que presenten en el desarrollo de sus actividades, sin que por ello deba confundirse el régimen jurídico de los sujetos que ejercen la acción, con la acción misma"[69].

Recurriendo a una concepción tradicional de función pública se señalaba que la misma comprendía los "Asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado, por la obligación de Derecho Público de servirle. Funciones públicas son las que desempeñan los organismos, autoridades agentes y auxiliares del poder público para

---

que se entiende por función pública. Y sobre esta se ha discutido, y seriamente cuál es su concepto. Dentro de las teorías objetivas, una primera posición, desde un criterio materia finalista, afirma que la función pública es aquella destinada, por parte del Estado al bien común. Una segunda posición, con un criterio formal, afirma que depende la función del giro que tenga el ente público. Si el giro del ente está sometido al Derecho público, entonces, será la función pública. Otra posición, está dada por un criterio subjetivo: la función pública es la que está reservada por el Estado a sus órganos. Por último, existe un criterio mixto restrictivo, por el cual la función pública es aquella que tiene un fin público, está sometida al derecho público y es una actividad de un ente público".

[69] DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto, *El derecho disciplinario de la función pública*, INAP, México, 1990, p. 12.

el ejercicio real y efectivo de este mismo poder en cualquiera de sus órdenes y aspectos"[70]. Una definición más actual y compleja de la misma figura, nos la da Prats i Catalá, que hace la distinción entre la función pública como institución y como organización. En el primer caso dicha función es el conjunto de valores, principios y normas que pautan el acceso, la promoción, la retribución, la responsabilidad, el comportamiento, las relaciones con la dirección política y con los ciudadanos y, en general todos los aspectos de la vida funcionarial considerados socialmente relevantes [71]. Siguiendo al mismo autor, la función pública como organización es un concepto que se refiere a la suma de recursos humanos concretos puestos al servicio de una de las organizaciones público-administrativas o del conjunto, dichas personas concretas operan dentro del marco institucional de la función pública, pero se encüentra ordenado para obtener los resultados específicos de su organización[72].

Según el artículo 3 (Fines de la Función Pública) del Código de Ética de la Función Pública, aprobado por la Ley Nro. 27815 la función pública son servicios a la Nación que le compete, al Poder Ejecutivo al vicepresidente y a los ministros; a nivel estatal y municipal a los gobernadores y alcaldes; y a las máximas autoridades directivas y administrativas de los institutos autónomos, bien sean nacionales, estatales o municipales. Se observa que estos últimos, tienen tanto la dirección

[70] CABANELLAS, Guillermo; *Diccionario de Derecho Usual,* Ediciones Santillana, Madrid, 1962, p. 25.

[71] Señala que la función pública, es desde luego, una institución jurídica, pero su institucionalidad no se agota en lo jurídico formal. Existe también una institucionalidad informal integrada por los modelos mentales y las expectativas que los funcionarios y los ciudadanos tienen acerca de lo que constituye el comportamiento adaptativo en la función pública. PRATS I CATALÁ, Joan, *Servicio Civil y Gobernabilidad Democrática: Fundamentos Institucionales del Sistema de Merito y Regímenes Jurídicos y Gerenciales requeridos para su eficiencia. De Burócratas a Gerentes. Las ciencias de la gestión aplicadas a la Administración del Estado-* Editor Carlos Losada i Marrodán, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 1999, P. 255.

[72] Ídem, p. 256.

como la gestión. En los cuerpos colegiados la gestión le corresponderá al Presidente, salvo cuando la ley respectiva se la otorgue al cuerpo colegiado que lo dirija o administre.

Según Gálvez Villegas "...será la indemnidad de la función pública el objeto o materia de protección del Derecho penal. En el sentido de preservar su funcionalidad así como la confianza que con la concreción de esta, se proyectara hacia la colectividad. En tal sentido esta indemnidad debe ser entendida como normal desenvolvimiento y el debido ejercicio de las funciones y la eficaz prestación de los servicios públicos, la regularidad o continuidad de estos, el prestigio y la dignidad de la función, la observancia de los deberes del cargo o empleo, la protección del patrimonio público y el respeto al principio de autoridad[73].

En otras palabras, la función pública se trata del acto material de realización ejecutiva del funcionario o servidor público. Podemos afirmar aquí que recién comienza sus deberes, obligaciones y obviamente responsabilidades (penales). La persona puede tener en posesión de un título legítimo, por haber ganado una plaza, puede haber juramentado al cargo, sin embargo, puede darse el caso que el funcionario no haya podido realizar ningún acto funcional; en este punto podemos decir ¿Que existe verdaderamente un concepto real de funcionario público en el Derecho penal? En mi concepto, desde el punto de vista del Derecho penal, la respuesta sería negativa.

Se trataría, en otras palabras, *de un funcionario de título formal, pero no un funcionario de acto material*, y en mi concepto, de acuerdo a los tipos penales de la Parte Especial, en éste último supuesto en donde el funcionario o servidor demostrará su afectación –lesivo o riesgosa– a la Administración Pública (principio de lesividad, artículo IV del Título Preliminar del Código penal). Ahora bien, la pregunta que cabe por hacer sería la siguiente: ¿Cuándo existe función pública? Cuando el funcionario hace presencia física en su Institución (por ejemplo marca

[73] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 18.

su entrada a su trabajo); cuando realiza actos de gestión y organización al interior de su cargo; o cuando suscribe los documentos propios de su función.

Por ello, considero, que el requisito de la función (pública) se trataría de un *elemento totalmente imprescindible* desde el punto de vista de nuestro Derecho penal.

8.4. Remuneración.

Normalmente, todo cargo o servicio, será remunerado, esto es, el funcionario o servidor público percibirá un sueldo o remuneración, precisamente como contraprestación a la labor que desempeñan. Sin embargo, este requisito no es imprescindible, dado que puede haber funcionarios *ad honorem*. Además puede presentarse el caso de que un funcionario puede realizar un ilícito penal entre la juramentación del cargo – función real de su cargo y antes de que reciba su sueldo a fin de mes: ¿Podemos decir que aquél sujeto no ha cometido ningún delito, desde que no cobró su sueldo del Estado? Definitivamente se trata de un funcionario público (real) y se tendría que aplicar las consecuencias jurídico-penales por su inconducta funcional, y aquí el Derecho penal se distancia del concepto generado por el Derecho Administrativo. Por ello, considero, que el requisito de la remuneración se trata de un *elemento totalmente prescindible* desde el punto de vista del Derecho penal.

Principio de Incorporación de la Función Pública
(desde el ámbito del Derecho penal)

Título Habilitante

- Resolución expedida por autoridad competente (JNE, CNM, Poder Judicial, etc.)
- Relación Laboral
- O Relación contractual

(Elemento imprescindible)

Código Penal Art. 425

Juramentación → Acto Protocolar – Formal previo a la función *(Elemento prescindible)*

Función

- Se trata de actos de presencia física del funcionario o servidor público
- Acto de Gestión y Organización propios de la función
- Acto de Suscripción y rúbrica de documentos

(Elemento imprescindible)

Remuneración → Acto Contra prestacional del Estado *(Elemento Prescindible)*

9. ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 425° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

9.1. Descripción Legal

El actual artículo 425° del Código penal peruano, tiene los siguientes incisos:

1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.* (Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26713, publicada el 27-12-96).
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.*

9.2. Antecedentes Legales y perspectiva de *Lege Ferenda*

Como antecedente podemos mencionar que el viejo Código penal peruano de 1863, primer texto punitivo, no señalaba a quienes se consideraba funcionarios públicos. Luego, primigeniamente el Código penal derogado de 1924, tampoco señalaba expresamente a quienes deberían considerarse funcionarios o servidores públicos, posteriormente por Decreto Legislativo N° 121 se adicionó al artículo 361 del Código penal derogado de 1924 el artículo 361-B estableciendo a los efectos penales a quienes se consideraban funcionarios o servidores públicos.

En efecto, el Código penal peruano, hoy derogado de 1924, en el artículo 361-B (adicionado por el Decreto Legislativo N° 121), describía concretamente, y por primera vez, quienes podían ser considerados funcionarios o servidores públicos, así:

"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 emanaba 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".*

Debemos de advertir que el citado Decreto Legislativo N° 121 tuvo en cuenta lo dispuesto en el capítulo VI "De la función pública" del Título I sobre "Derechos y deberes fundamentales de la persona", de la Constitución Política de 1979.

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[74], en el Capítulo IV, regula bajo el rubro "Disposiciones comunes", el artículo 484° en los siguientes términos:

1. *"Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*

[74] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, Pág. 267.

3. *Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza en entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezca a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los demás indicados por la Constitución Política y por la ley".*

Una de las críticas que debe realizarse es en lo correspondiente a la ubicación sistemática del concepto de funcionario o servidor público en el Código penal peruano, ya que se encuentra en el último artículo de los Delitos contra la Administración Pública (artículo 425°), cuando en realidad debería estar al inicio, encabezando por ejemplo las disposiciones generales de dicho rubro, o al menos en el rubro específico de los delitos cometidos por funcionarios públicos[75].

---

[75] Véase, en este sentido VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000, en el punto 25, se señala que: "En conclusión, el texto que tendría que presentar al artículo 425 del Código Penal, sería el siguiente: Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Todo aquel que mantiene vínculo laboral, o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado **o quienes desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, ya sea que la entidad pública esté sujeta al régimen laboral de la actividad pública o de la actividad privada**, y que en virtud de ello ejerce funciones **en interés del Estado. Se incluye a quienes han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, aún cuando no hubiesen asumido el cargo; así como a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta**; 2. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; 3. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.
Respecto al texto vigente del artículo 425 las modificaciones que se proponen, además de las destacadas con negrita, son las siguientes:
- Se han eliminado los inciso 1 ("Los que están comprendidos en la carrera administrativa") y 5 ("Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional").
- El inciso 2 ("Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular") ha sido fusionado en el nuevo inciso 1 propuesto.

Por otro lado, por ejemplo podemos señalar el Código Penal para el Distrito Federal de México, en la cual se encuentra ubicado al inicio del Capitulo Título Décimo Octavo: Delitos contra el Servicio Público; especialmente en los delitos cometidos por Servidores Públicos, en el Capítulo I, referido a "Las Disposiciones Generales sobre Servidores Públicos":

ARTÍCULO 256. Para los efectos de este Código, es servidor público del Distrito Federal toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el Distrito Federal.

ARTÍCULO 257. Para la individualización de las sanciones previstas en este Título, el Juez tomará en cuenta además, en su caso, si el servidor público es trabajador de base o de confianza, su antigüedad en el empleo, cargo o comisión, nivel jerárquico, antecedentes de servicio, percepciones, situación socioeconómica, grado de instrucción, las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito, así como el monto del beneficio obtenido o del daño causado.

ARTÍCULO 258. Además de las penas previstas en los Títulos Decimoctavo y Vigésimo, se impondrán:

I. Destitución del empleo, cargo o comisión en el servicio público;
II. Inhabilitación de tres a diez años para obtener y desempeñar un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público; y
III. Decomiso de los productos del delito.

Por otro lado, el Código Penal español prevé una "cláusula amplia" a la manera de una regla interpretativa que distingue entre "autoridad" y "funcionario público", en función de si el sujeto tiene "poder de mando y jurisdicción" o no. Art. 24 C. P. español: *"1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal."*

"2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas."

En esta misma lógica se ubica el Código Penal alemán que también es relativamente amplio (art. 11, numerales 2 y 4 StGB), pero, a diferencia de la mayoría de las legislaciones penales, excluye del concepto de "funcionario público" a los miembros del Parlamento, quienes, por eso, no entran dentro de los tipos de "cohecho". Para estos se ha previsto una figura específica: el denominado "cohecho de parlamentarios" (art. 108e StGB), el cual solamente se refiere al caso de aquél que "intenta" comprar o vender votos (tipo de "emprendimiento") para una elección o decisión en el Parlamento Europeo o en una representación popular de la Federación, los Estados federados, las municipalidades o las asociaciones comunales.

A continuación pasaremos a analizar cada inciso del artículo 425° del Código penal.

9.3. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.

En esta parte nos debemos de remitir a las normas administrativas, dado que, este supuesto descansa en aquellos servidores y funcionarios de carrera que acceden a los cargos y jerarquías por selección y concurso, sobre la base de méritos y que prestan sus servicios de modo permanente a la administración pública. Por lo tanto aquí el concepto de funcionario o servidor público del Derecho penal sí coincidirá con el del Derecho administrativo en toda su extensión y contenido. En efecto, de acuerdo a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Dec. Leg. Nro. 276[76], del 6 de Marzo de 1984, los que se encuentran comprendidos en la carrera administrativa son los pertenecientes a los grupos profesionales, técnicos y auxiliares (art. 9). Entre los primeros se encuentran aquellos servidores con título profesional obtenido a nombre de la nación o grado académico reconocido por la Ley Universitaria; entre los técnicos se incluyen los servidores con formación superior (técnica o universitaria) incompleta o capacitación tecnológica o experiencia técnica reconocida; y, entre los terceros se colocan a los servidores que tienen instrucción secundaria y experiencia o calificación para realizar labores de apoyo.

Para el ingreso a la carrera pública en el Perú, según la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Dec. Leg. Nro. 276, es necesario cumplir con los requisitos establecidos (artículo 12°), como son:

[76] Según dicha Ley (**Art. 1°**) la Carrera administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.

a) Ser ciudadano peruano en ejercicio[77];

b) Acreditar buena conducta y salud comprobada[78];

c) Reunir los atributos propios del respectivo grupo ocupacional[79];

d) Presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión[80]; y

e) Los demás que señale la Ley[81].

Ahora también existe el término de la carrera pública, según Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Dec. Leg. Nro. 276, existen Causales extintivas (Art. 34°), que son las siguientes:

a) Fallecimiento[82];

---

[77] Esto significa que un extranjero no podrá ingresar a la Carrera Administrativa, si previamente no ha adquirido la nacionalidad peruana, asimismo el ciudadano deberá estar en uso de sus derechos ciudadanos, un preso, un sentenciado por delito doloso, con sentencia consentida y ejecutoriada no podrá ingresar a la carrera.

[78] La carrera administrativa requiere de ciudadanos con buena conducta, es decir que no presenten referencias negativas respecto a su comportamiento ante la sociedad, asimismo debe estar bien de salud, un enfermo de tuberculosis no podrá ingresar a la carrera administrativa, si previamente no ha superado su dolencia.

[79] La persona que postula en un puesto para la carrera administrativa, debe reunir todos los atributos técnicos y/o profesionales para acceder al puesto que postula, un técnico no podrá acceder a un puesto de profesional.

[80] Esporádicamente, algunas entidades del Estado, someten a concurso alguna plaza vacante mediante el Régimen del D. L. Nro. 276, para ello establecen el proceso o concurso de méritos para cubrir dicha plaza, para lo cual establecen el cronograma de evaluaciones, por lo que, el postulante que apruebe todas las etapas será declarado ganador e incorporado a la Carrera Administrativa.

[81] Los demás que señale la ley; en algunas entidades, por la especialización de las mismas, los requisitos para el concurso de méritos se dan con ciertas particularidades; a fin de seleccionar al técnico o profesional que reúna los requisitos y someterlos a las evaluaciones, por ejemplo, el Ministerio de Energía y Minas, podrá solicitar Geógrafos, entonces los requisitos se ajustaran a ley de minería.

[82] Resulta obvio que por fallecimiento se extingue la Carrera Administrativa, del servidor Público que incurre en ella. Lo que se podría señalar es que esta hecho en muchos casos genera derechos a los herederos (esposa e hijos menores de edad) y la obligación de la entidad de atender a los deudos (sepelio y luto)

b) Renuncia[83];

c) Cese definitivo[84]; y

d) Destitución.

En otras palabras, en este primer inciso del artículo 425° del Código penal peruano, rige el criterio de la "incorporación" a la carrera administrativa, y sólo una vez incorporado se podrá decir que ejerce o contribuye al ejercicio de la función pública; en tal sentido, no tendrá la calidad de funcionario o servidor público, para ningún efecto (en este ámbito) precisamente el que no ha sido incorporado. Esto implica a la vez, que la incorporación del servidor a la Administración Pública o carrera Administrativa obedece a un criterio de estrictez, en el sentido de ceñirse rigurosamente a la ley, y a un criterio formal, en el sentido de sujetarse a determinadas formalidades u requisitos[85].

9.4. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular[86]

Se señala, como segundo supuesto, que son funcionarios o servidores públicos, en el ámbito penal, los que emanan de elecciones por la

[83] En el caso de que el servidor público presente su renuncia irrevocable al cargo que venía desempeñarlo, también es causal de término de la Carrera Administrativa, por lo que la entidad deberá reconocerle su tiempo de servicios y los beneficios que resulten inherentes.

[84] Son Causas justificadas para el Cese o Separación Definitiva (véase el artículo 35° del Dec. Leg. Nro. 276): a) Límite de setenta años de edad; b) Pérdida de nacionalidad; c) Incapacidad permanente física o mental; y d) Ineficiencia o ineptitud comprobada para el desempeño del cargo.

[85] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 23.

[86] Cuando por vez primera se incorpora en nuestro texto punitivo criterios de interpretación para establecer la calidad de funcionario o servidor público, en 1981, por medio del D. Leg. 121, y en ella no se consideró a los que emanan de elección popular; era obvio, debido a que en el año 1980 nuestro país se reincorpora a la vida democrática después de 12 años de dictadura militar y, a través de elecciones presidenciales y municipales libres, mediante sufragio universal la población elige a sus autoridades. Los funcionarios que ejercen cargos políticos que emanan de elección popular recién aparecen en nuestra

voluntad ciudadana, vía elecciones generales o municipales, en la cual el círculo de autores especiales se agranda y, entre éstos, por ejemplo pueden ser el Presidente de la República, Congresistas, Alcaldes, Regidores, y con la Carta Magna, los Jueces de Paz (art. 152 de la Constitución de 1993), entre otros.

Los casos de elección popular son paradigmáticos del sistema Democrático y constituyen la realización de una sociedad democrática. La Constitución del Estado en su artículo 2, inciso 17, consagra el Derecho a "*(...) participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos, tienen conforme a la Ley los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, (...)*". En consecuencia, quien se presta a partir de su particular posición como "elegido" para un cargo público y utiliza tal situación para lesionar el bien jurídico protegido, quedara comprendido como sujeto activo del injusto penal a título de funcionario público[87].

Los cargos políticos o de confianza deben entenderse solo como designaciones a través de autoridades competentes, esto, significa que su origen no necesariamente proviene de elección popular. Este tipo de funcionario no requiere cualidades especiales o que se trate de especialista o técnico. La relación, esto es, el origen de su nombramiento está vinculado a quien lo nombra. Sin embargo, dado que su actuación será en el ámbito de las actividades públicas, su comportamiento queda sometido a la normativa propia de la Administración Pública y, en ese sentido, es autónoma y no vinculante con quien lo nombro.

---

legislación punitiva con la reforma realizada al art. 361-B del Código Penal de 1924, el año 1987. En efecto, la Ley Nro. 24653, de marzo del citado año, precisa legislativamente que las personas cuyas funciones públicas emanan de voluntad popular también deben ser considerados funcionarios públicos para fines penales.

[87] URQUIZO OLAECHEA, José; "*Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública*", en: Revista Peruana de Ciencias Penales, Nro. 12, Lima, 2002, Pág. 273.

Los cargos de confianza son designados por ley y generalmente son de tipo ejecutivo (gerentes, asesores de ministerios y otras entidades Públicas) y con poder de decisión algunos de ellos. Las personas incluidas en este rubro no son considerados servidores públicos de carrera, por consiguiente, su remoción del cargo están sujetos a la decisión del superior jerárquico, que también tiene la potestad de nombrarlo. No son funcionarios estables, sino temporales. Algunos cargos políticos también son de confianza, entre los que desempeñan este tipo de funciones se encuentran los Ministros de Estado, por ejemplo.

En este supuesto el Código penal peruano se distancia tanto de la Constitución Política y del Derecho Administrativo-Laboral, pues éstos señalan expresamente que no son funcionarios ni servidores las personas de confianza y como los llamados "políticos" que ocupan cargos dentro de la Administración. En efecto, el Art. 40° de la Constitución Política de 1993 se señala, contradictoriamente con lo señalado en el Código penal, lo siguiente: "*No están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de Sociedades de Economía Mixta*". De la misma manera se señala desde la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Dec. Leg. Nro. 276, que contradictoriamente señala que quienes no están comprendidos en la Carrera Administrativa (Art. 2°) son los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero si en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.

En definitiva, con esto no es que el Derecho penal contradiga flagrantemente a todo el Ordenamiento jurídico (sobre todo a la Constitución, como Ley de Leyes), sino que por su carácter jurídico-autónomo en cuanto a las definiciones de sus conceptos penales se refiere, como elementos normativos del tipo, es que debe partir de conceptos "funcionales" para una mejor técnica de protección de los bienes jurídicos

(principio de lesividad, artículo IV del Título Preliminar). Constituye, en suma, una tendencia actual en la doctrina y legislación penal trabajar con un concepto *amplio* de "funcionario público"; es más si vamos al Código penal peruano, encontraremos en el artículo 386° que prevé lo siguiente: *"Las disposiciones de los artículos 384° y 385° son aplicables a los Peritos, Árbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias"*.

Es decir, se criminaliza (específicamente para el delito de colusión simple y agravada y el delito de patrocinio ilegal incompatible) y a la vez se eleva a la categoría de funcionarios o servidores públicos a determinadas personas que en primer lugar, no son, ni por asumo, personas incorporadas a la Administración Pública, es más el artículo 386° señala personas que laboran en el ámbito privado: "Contadores *Particulares*"; y en segundo lugar, los sujetos descritos en el artículo 386° son sujetos que no forman parte del listado normativo del artículo 425° del Código penal peruano, y la única posibilidad de incorporarlos sería mediante el inciso 6 del art. 425°. Con todo esto no queda ninguna duda que el Derecho penal peruano maneja sus propios conceptos normativos. Por cierto que la técnica legislativa puede variar. Así, el Código penal español prevé una "cláusula amplia" a la manera de una regla interpretativa que distingue entre "autoridad" y "funcionario público", en función de si el sujeto tiene "poder de mando y jurisdicción" o no[88].

---

[88] Art. 24 C.P. español: *"1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal."*
"2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas."

El Código Penal peruano derogado en 1924 hacía referencia expresa al término autoridad y para ser autoridad hay que, en principio, ser funcionario público, es decir, poseer la habilitación que la ley exige y participar en funciones públicas. Toda autoridad tiene mandato o jurisdicción propios, la primera característica ha de entenderse como potestad de reclamar obediencia y, en la 2da. se incluye la potestad de resolver los asuntos sometidos a consideración del funcionario público constituido en autoridad. Toda autoridad tiene mandato o jurisdicción propios, la primera característica ha de entenderse como potestad de reclamar obediencia y, en la segunda, se incluye la potestad de resolver los asuntos sometidos a consideración del funcionario público constituido en Autoridad.

9.5. 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

9.5.1. Contexto histórico-legal del inciso 3 del artículo 425° del Código penal

Como aspecto histórico debemos de recordar que en la versión original del Código penal, en el artículo 425°, inciso 3, prescribía que eran funcionarios o servidores públicos los siguientes: *"Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado"*. En ese sentido haciendo un repaso debemos de señalar que la actual Constitución Política de 1993, atendiendo a la economía liberal de mercado impuesta en nuestro país y al proceso de privatización de las empresas públicas, excluye de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta (art. 40, segundo párrafo). En consecuencia, la Constitución de 1993, en su artículo 40, segundo párrafo, establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Esta norma constitucional que no tiene precedente en

la derogada Constitución de 1979 había generado diversas interpretaciones entre los especialistas en nuestra jurisprudencia.[89].

El mandato constitucional del art. 40° la misma que tiene que interpretarse conjuntamente con el artículo 60° de la Constitución Política del Perú que señalan lo siguiente: *"Artículo 40°.- (...). **No están comprendidos en la función pública** los trabajadores de las empresas del Estado o de **sociedades de economía mixta**. (...) "* [Resaltado y subrayado nuestro]. *"Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo econó-*

[89] Debemos de recordar que en esa época existían dos posiciones específicas. En primer lugar, se consideró que la sola puesta en vigencia del texto constitucional derogó tácitamente el inciso en referencia. Para otro sector de la doctrina nacional, ambas disposiciones son compatibles, pues, el texto constitucional tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo y previsional. Este problema fue abordado en el Primer Pleno Jurisdiccional Penal Nacional, realizado en 1997 en la ciudad de Arequipa, habiéndose adoptado por 31 votos contra 23 la segunda posición.
En este punto, debemos citar por ejemplo la Ejecutoria Suprema del tres de Agosto de mil 1998, recaída en el Expediente número 251-98 LORETO señaló que el *artículo 40° de la Constitución Política del Estado se encuentra ubicado sistemáticamente en el Capítulo IV sobre la "Función Pública" y específicamente, hace referencia a la ley que regula el ingreso a la carrera administrativa, y el cual rige únicamente para fines 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 diferentes empresas creadas por el Estado en el ejercicio de la gestión económica; y esta interpretación concuerda con la exposición de motivos del dispositivo constitucional en mención, es decir que lo que se pretendió evitar era que muchos trabajadores indebidamente se acogieran a los alcances de la Ley 20530; finalmente se debe indicar que dentro de la interpretación de la Ley se ha superado la teoría de la interpretación gramatical o textual para los fines de administrar justicia, donde debe primar la **interpretación teleológica** y concordada de las leyes y disposiciones legales"*; asimismo la Ejecutoria Suprema del 2 de Julio de 1997, recaída en el expediente 4106 – Lima, sostiene: *"este dispositivo (se refiere al artículo 40 de la Constitución Política del Estado) no deroga el artículo 425 del Código Penal vigente; y esto es así, puesto que el Estado de ninguna manera podía desprotegerse del patrimonio que le corresponde en las entidades antes aludidas, menos aún destipificar conductas delictivas cometidas por trabajadores pertenecientes a las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta; en tal sentido, los procesados mantienen la calidad de funcionarios públicos"*

mico. La economía nacional se sustenta en diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. ***La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal***". [Resaltado nuestro].

En el sistema normativo nacional la norma de mayor rango es la Constitución Política del Perú que se ubica en la cúspide de la pirámide ideado por Kelsen todas las otras normas tienen que tener en cuenta lo establecido por esta, que opera como una suerte de marco al cual las otras normas no podrán sobrepasar. Por ello, para saber con claridad cuando se está ante un funcionario público se tiene que recurrir al artículo 425° del Código Penal y el artículo 40° de la Constitución Política del Perú complementada esta última con el artículo 60° vía interpretación teleológica y sistemática. Así el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. Nro. 0273-93-AA-TC ha establecido que esta forma de interpretación se da de la manera siguiente: "*(...) la aplicación e interpretación de las normas constitucionales no debe realizarse aisladamente sino debe efectuarse de manera (...) teleológica*" [90].

Esta forma de interpretación constituye una herramienta útil que busca principalmente que todo proceso de exégesis de la norma parta y llegue a los fines buscado por la existencia misma de dicha norma. Así, Rojas Vargas señala algunos méritos de la interpretación teleológica: "Son méritos de la interpretación teleológica: a) romper los parámetros de fijación legislativa impuestos por el positivismo normativo, que convierte a la norma y sus componentes, en una realidad ideal fundada en sí misma y exenta de valoraciones sociales o sentidos finalistas; b) orientar la norma jurídica (y por lo mismo el análisis de sus elementos gramaticales, normativos y culturales) hacia los fines buscados por el derecho

[90] Sentencia citada por RUBIO CORREA, Marcial, *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 87.

en específico (civil, penal, laboral, etc.) y en correlación con las creaciones culturales y los valores que explican el ordenamiento jurídico y su necesidad de existencia"[91].

Asimismo, cuando se interpreta un articulado de la Constitución no se puede ni debe interpretar un dispositivo o una norma aisladamente de las demás, como si fuera una unidad de sentido autárquico. Como dice Rubio Correa: "Hay que situar cada norma en el contexto normativo, suponiendo la unidad". Por ello mismo, para interpretar la Constitución Política del Perú y definir la categoría de funcionario público se debe interpretar el contexto en que se crea está; y asimismo, la finalidad que persigue la sociedad, así tenemos que con la dación de la Constitución de 1993 se implantó en nuestro país una economía liberal en la cual el Estado ya no interviene en la actividad económica, de ahí que en virtud del Art. 60° de la Constitución Política.

El Estado sólo interviene en la actividad Empresarial de manera subsidiaria llegando incluso el Ejecutivo en virtud del mandato constitucional a la dación del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, que en su artículo 3° establece la siguiente prohibición: *"Artículo 3°.- Queda prohibida el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se consideran resultado suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte de él en donde atienden. Se presume que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas vinculadas entre sí. (...)"*.

En este contexto, el tipo penal de Colusión Ilegal (artículo 384° del Código Penal) también sufrió importantes cambios, a partir de la ley N° 26713[92], el mismo que ha generado, en su momento, amplios debates.

---

[91] ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho Penal Doctrina y Jurisprudencia*, Lima, Juristas Editores, p. 247.

[92] Como es sabido, el Texto Original del Código Penal de 1991 establecía lo siguiente: *"Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que, en los contratos,*

Así Portocarrero Hidalgo señala: "Con fecha 21-12-96 fue modificado por Ley N° 26713; la modificación consiste en eliminar del tipo, las conductas de las sociedades de economía mixta"[93]. En ese sentido también Frisancho Aparicio / Peña Cabrera quienes señalan: "La nueva Constitución (1993), atendiendo a la economía liberal de mercado impuesta en nuestro país y el proceso de privatización de las empresas públicas, excluía ya de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta (art. 40 segundo párrafo). La consecuencia lógica de esta reforma constitucional fue la derogación tacita de este inciso, por oposición a la Ley fundamental"[94].

La problemática planteada ha sido resuelta por el Órganos Jurisdiccional quien en reiteradas jurisprudencias se ha pronunciado negando la calidad de funcionario público a los directivos de las empresas de economías mixtas en ese sentido las Ejecutorias Supremas siguientes: "Sala Penal Exp. N° 1888-94 Lima. "El segundo párrafo del artículo 40° de la Constitución Política vigente establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores del Estado o sociedades de

---

suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o a ***empresa del Estado o sociedades de economía mixta*** *u organismos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años".*
Como se podrá notar el texto de la Ley N° 26713 (hoy también derogada), publicada el 27 de diciembre de 1996, dejó de comprender como Funcionarios a los directivos de las Empresas del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta, dicha norma establecía lo siguiente: *"Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años."*

[93] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, Pág. 152.

[94] FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, Raúl; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Editora FECAT, p. 88.

economía mixta, con lo cual se abroga el inciso tercero del artículo 425° del Código Penal". Por otro lado, la Sala Penal, Exp. N° 1556-96, Lima, ha dicho que: "Los delitos de concusión y peculado, al ser delitos especiales propios, requieren que el sujeto activo sea funcionario o servidor público, calidad que no le corresponde al procesado, en su condición de presidente del directorio de una empresa mixta, la misma que no realiza ninguna de las funciones que competen fundamentalmente al Estado".

Del mismo parecer es la jurisprudencia citado por Sánchez Velarde: "Se entendió que el art. 40° de la Constitución del Estado había derogado el inc.3 del art. 425° del C .P. al señalar que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Así, la Sala Suprema consideró que el delito el delito de peculado "requiere que el agente sea funcionario público, siendo esta exigencia un aspecto del tipo objetivo que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica; lo que no ocurre en el caso de autos, puesto que la Empresa agraviada en la actualidad, es una Sociedad Anónima regida bajo las reglas del Derecho privado, por lo que se colige que el encausado ya no tiene la calidad de funcionario público en atención a lo dispuesto por el articulo cuarenta de la constitución y el articulo cuatrocientos veinticinco del Código penal...". El imputado era Superintendente de la Empresa Petróleos del Perú S.A. Se declaró Nula la sentencia condenatoria; y fundada de oficio la excepción en comentario" [95]

9.5.2. Regulación actual del inciso 3 del artículo 425° del Código penal a partir de la Ley Nº 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996.

El texto actual de esta norma pretende una extensión regulatoria, en especial el inciso tercero que fue introducido mediante el artículo 1°

[95] Ob. Cit. SANCHEZ VELARDE, Pablo; p. 352. Ejecutoria Suprema de 10 de diciembre de 1997, S.P.R.N. N° 797-97, Cusco, sentencia citada en la obra mencionada.

de la Ley Nº 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996. Esta norma resulta imprecisa pues empieza refiriéndose a *"todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre"*, dando a entender que se requiere a que exista una determinada relación de naturaleza laboral con el Estado; de ser esta la interpretación, quedarían descartados los contratos de locación de servicios.

Sin embargo, seguidamente requiere además que se mantenga *"vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado"*, por lo que se descarta la necesidad del vínculo laboral con el Estado pues bastaría una relación contractual de cualquier naturaleza con el mismo. Se comprendería entonces a los contratos de locación de servicios. Por ello puede considerarse que la referencia al régimen laboral está dirigida a abarcar a las actividades realizadas tanto en el ámbito de las entidades u organismos estatales sujetos al régimen laboral de la actividad pública como en aquellos sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Sin embargo, la norma no es lo suficientemente clara en este aspecto[96].

Luego el numeral tercero del artículo 425° es modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 26713, publicada el 27-12-96, cuyo texto actual es el siguiente: *"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."* Esta forma de considerar funcionarios públicos a quienes administrativamente no lo son es característica del modelo jurídico-penal, que se guía por consideraciones de carácter material y por percibir el carácter funcional de la Administración pública; además porque el Derecho penal en muchos sectores de la Parte Especial y en Legislación complementaria, se distancia de las otras áreas del Derecho (lo ha realizado en los Delitos patrimoniales con respecto al concepto

[96] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000, punto 11.

de bien mueble, lo ha realizado en los Delitos contra la Fe Pública, con relación al concepto de documento "público" elevando a dicho concepto documentos que son privados (artículo 433° del Código penal), y con esto, como hemos dicho líneas atrás, no es que el Derecho penal contradiga a todo el Ordenamiento jurídico, sino que por su carácter autónomo en la definiciones de sus conceptos penales, como elementos normativos del tipo, es que debe partir para una mejor protección de los bienes jurídicos (principio de lesividad, artículo IV del Título Preliminar).

Este caso extiende al máximo el elemento "acceso" a la función pública, pues basta con laborar en empresas públicas y tener a su cargo alguna función pública, sin que haya existido un previo nombramiento o alguna formalidad de acceso a la función. Sin embargo, en los momentos actuales en los que el Estado tiende a "privatizar" una serie de actividades, dejándolas en manos de empresas privadas, resulta imprescindible para la labor protectora del bien jurídico, incluir estos casos dentro del concepto penal de "funcionario público. Según Benabente Chorres: "El legislador ha considerado que el sujeto que se integra a las actividades estatales adquiere una posición privilegiada, en cuanto pasara a constituirse en una parte del ente prestacional y, por tanto, sus procesos de comunicación serán administrador - administrado. Lo que se quiere proteger es precisamente la calidad del servicio que la administración pública, en sentido amplio, presta"[97].

Ahora bien, desde la descripción estricta del inciso 3, se desprende las siguientes condiciones, para ser considerado funcionario o servidor público en el ámbito jurídico-penal:

- *Que exista un vínculo o relación laboral con entidades u organismos del Estado.* La norma aquí se refiere a los particulares que prestan sus servicios técnicos o profesionales al interior o fuera de las instituciones Estatales y cuyas contribuciones llega a cons-

[97] BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *Delitos de corrupción de funcionarios*, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, Pág. 85

tituir función pública, mas no así aquellos cuyos aportes sean de servicios públicos o de operaciones menores. No son propiamente funcionarios o servidores públicos propiamente dicho las personas naturales o jurídicas que mantienen con el estado sólo vínculos contractuales temporales y/o a plazo fijo[98].

- *Que exista un vínculo o relación contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado.* También pertenecen a esta clasificación impropia aquellos particulares contratados por la Administración Pública por tiempo fijo, cargos definidos y sujeto a régimen jurídico privado como los contratados bajo el Régimen Laboral del Decreto Legislativo 728, entre otras, mediante formas previstas en el Código Civil, como por ejemplo los casi todos los auxiliares de Justicia de Lima, secretarios Judiciales, Asistentes de Juez, Especialistas Legales, Asistentes de Función Fiscal. En este punto, podemos citar un caso conocido por la Corte Suprema que señaló que un Contador Público sujeto a contrato de Locación de Servicios (*extraneus*) es responsable como partícipe en un delito de infracción de deber[99].

---

[98] Véase, el Dictamen Fiscal recaído en el Expediente Nro. 2368 – 2010, suscrito por el Fiscal Supremo, Dr. Pablo Sánchez Velarde. El tipo culposo empieza "si el agente por culpa...", descripción que hace referencia al funcionario o servidor público del primer párrafo de! artículo 387, lo cual es sistemáticamente concordado con el artículo 425 de Código Penal, en donde se establece a quienes se les considera como tales. *Por otro lado, se tiene a fs. 362/364 una hoja de planillas de obreros en la cual se aprecia que el procesado mantenía una relación laboral con la Municipalidad de Abancay (a noviembre del 2006 como oficial), corroborado a fs. 609, por lo tanto, efectivamente poseía la cualidad especial comprendida en el inciso 3 de la artículo 425. Cualidad especial que también alcanza a los demás procesados.*

[99] Véase la Ejecutoria Suprema expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N. N° 1 268-2004-Cañete (Data 45 000) Denunciado: Aquilino Quispe Sánchez y otros Agraviados: El Estado y la Municipalidad Distrital de Imperial. Asunto: Malversación de fondos y cobro indebido. Fecha: 1 6 de diciembre de 2004, que señala lo siguiente: "*Se denuncia a un contador particular, entre otros, por el cobro indebido de una bonificación especial a favor del alcalde de una municipalidad y de sus regidores; así como haber permitido el cobro de dietas indebidas a favor de estos últimos median-*

- *Que en virtud de ello ejerza funciones en dichas entidades u organismos.* No será suficiente acreditar que el sujeto tenga una relación contractual o laboral con el Estado, será necesario que haya ejercido funciones específicas. Por ejemplo, un ingeniero ha firmado un contrato de Locación de Servicios (de asesoría[100]) con una Municipalidad; sin embargo, el día que iba a

---

te la elaboración de consultorías particulares a la alcaldía provincial y a otras instituciones. Tras su condena a nivel superior, la Fiscalía Suprema solicita su absolución en tanto el inculpado no poseía la calidad de funcionario público. La Sala Superior penal absolvió a unos procesados y condenó al contador. Este impugnó la resolución argumentando que el Colegiado no había merituado las instrumentales obrantes en autos, que no se le permitió esclarecer su responsabilidad sobre las imputaciones tácticas en su contra así como que solo era trabajador de contabilidad con contrato de servicios no personales, sin poder de decisión. Por otro lado, la Procuraduría Pública recurre la resolución en el extremo de las absoluciones y de la reparación civil fijada. Denunció que los acusados absueltos son responsables por el pago indebido que recibieron en calidad de regidores relativo a dietas no asistidas y excesivas, bonificaciones especiales por Navidad, cargos que están acreditados con recibos y la devolución posterior de dinero que hicieron los acusados. Finalmente, denunció que la reparación civil fijada para el caso de los sentenciados es diminuta. La Corte Suprema considera que los precitados agravios constituyen argumentaciones ya merituadas por el Colegiado, desestimándolas tanto en el caso de la absolución como para la condena. Y en cuanto a la reparación civil, considera que esta fue fijada en función al daño ocasionado En cuanto a los extremos que han sido impugnados, advierte que la Sala Superior procedió con congruencia y motivación suficiente al compulsar la prueba desde sus ámbitos fácticos y jurídicos, por lo que devienen improcedentes los agravios de ambas partes. Sin embargo, ante la opinión de la Fiscalía Suprema de absolver al contador de la imputación sosteniendo que este no poseía la calidad de funcionario público o servidor público sino de contador particular sujeto a contrato de locación de servicios, es decir que no fue un intraneus y por lo tanto irresponsable por los hechos imputados; la Corte Suprema rechaza dicho argumento por basarse en una posición doctrinaria minoritaria. Afirma así que la doctrina dominante y la jurisprudencia uniforme han establecido que el extraneus sí puede actuar como cómplice o instigador de un ***intraneus*** *en mérito a la ampliación del tipo especial, conforme lo tiene previsto la parte general del Código Penal (artículos 24 y 25). Concluyendo el máximo colegiado, por lo tanto, en que no hay nulidad en ninguno de los extremos de la sentencia recurrida".*

[100] Son personas calificadas por su técnica, ciencia o arte y que contribuyen a fortalecer las decisiones con sus informes, consejos especializados, diseños, proyectos, planes, etc. Los asesores, los mismos que en estricto no son

empezar su asesoría, le comunican que un familiar muy allegado a él acaba de fallecer, por lo que no cumple con la obligación contractual; luego de un tiempo Contraloría realiza una auditoría contable y encuentra varios presuntos denunciados, entre los cuales se encuentra en sus archivos de la Municipalidad, el contrato firmado del ingeniero; en este supuesto ¿Habrá calidad de funcionario o servidor público del ingeniero asesor para un delito contra la Administración Pública? Lo que es verdad es que existe una relación contractual válida de acuerdo al Código civil en este caso (*requisito formal*); empero, lo que no existe es la función específica por el cual fue contratado el ingeniero, el mismo que se trata de un presupuesto indispensable para configurar sólo el concepto de funcionario o servidor público en el ámbito penal (*requisito material*), más de la conducta ni del resultado típico que será materia de evaluación judicial de acuerdo obviamente al delito que se esté imputando al sujeto.

En este punto, Villavicencio Terreros afirma que "La norma en referencia exige, finalmente, que en virtud de tal situación laboral o contractual se ejerza *"funciones en dichas entidades u organismos"*, es decir, se requiere la efectiva asunción de tales funciones y que estas funciones las realice *en* entidades u organismos del Estado"[101]. "El texto de la norma resulta cuestionable tanto por defecto como por exceso. Así, al exigir que el sujeto ejerza *"funciones en dichas entidades u organismos"*, requiere la efectiva asunción de tales funciones. Esta restricción no es compatible con el objetivo buscado por el artículo I de la Con-

funcionarios públicos, al no estarle facultado tomar decisiones u ordenar, ni poseer la normal capacidad de disposición del que goza todo funcionario en el manejo de los asuntos públicos. Sin embargo, desde la perspectiva de nuestro Derecho penal, el asesor que tiene asignado mediante delegación de la autoridad el ejercicio de una determinada función pública.

[101] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000, punto 12

vención, que, según se indicó, busca extender el concepto de funcionario público, a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo aun cuando todavía no lo hubieran ocupado, por lo que se impone la necesidad de modificar el alcance de la norma nacional en comentario, pudiéndose adoptar la fórmula del artículo I de la Convención incluyendo a *"los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado"*.[102] "De otro lado, esta misma exigencia de que el sujeto ejerza *"funciones en dichas entidades u organismos"* resulta excesiva, pues, puede comprender la actividad de un concesionario que no realiza función pública, por ejemplo, el concesionario del restaurante de un Ministerio. La limitación puede obtenerse mediante la precisión de que tales funciones se realicen *"al servicio de los intereses del Estado"*[103].

Debe precisarse sin embargo que no todos los que mantienen vínculo contractual con cualquier entidad u organismo estatal, por este solo hecho pueden ser considerados, llegado el caso como agente de delito contra la Administración Pública o contra la Administración de Justicia, sino que para ello es necesario que la naturaleza de las actividades que realizan, constituyan función pública o estén vinculadas directamente a esta. Según Gálvez Villegas "...se descarta la posibilidad de considerar como agente de estos delitos por ejemplo al personal de limpieza, técnico electricista, técnicos en gasfitería u otros trabajos similares y específicos no vinculados a la función propia de la entidad u organismo"[104].

---

[102] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000, punto 14.

[103] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000, punto 15.

[104] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 52.

9.5. Los Administradores y Depositarios de caudales embargados o depositados por Autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

El origen y fundamento jurídico reside en que tales sujetos se convierten en la extensión del funcionario público que los nombra y que no puede por sí mismo ejercer la función de administrador o depositario sino solo disponer en quien recaerá la administración o el depósito.

La pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿Si era necesario la incorporación del artículo 425°, inciso 4, del Código penal, si ya estaba sancionado los depositarios de bienes de particulares en el artículo 392° del Código penal? En efecto, el artículo 392° del Código penal regula el denominado "extensión del tipo" o "peculado por extensión", bajo los siguientes términos: *"Están sujetos a lo prescrito en los artículo 387° a 389°, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social"*. Si tenemos en consideración que desde la versión original del Código penal de 1991, ya se incorporaban tanto el artículo 425°, inciso 4, como el artículo 392° del Código penal. Ambas figuras delictivas tiene un común que "equipara" al concepto penal de funcionario o servidor público a aquél sujeto que tenga la calidad de "administrador" o "depositarios" de caudales embargados o en su defecto, "depositarios" de caudales por autoridad competente, aunque estos caudales pertenezcan a particulares.

Quizá la única justificación y explicación que encontramos para su diferente ubicación en el Código penal, es que el delito de peculado por extensión (artículo 392°) sólo se aplica específicamente al rubro de delito de peculado en todas sus versiones –doloso o culposo–. Mientras que el artículo 425°, inciso 4, del Código penal tendría una aplicación mucho más amplia por su ubicación sistemática en el Código penal, aplicable a cualquier delito de la Parte Especial o Legislación complementaria

donde se exija la calidad de funcionario o servidor público, que normalmente será en delitos cometidos por agentes públicos en agravio de la Administración Pública. Aunado a ello es que la descripción típica del artículo 392° es mucho más amplia porque abarca situaciones de peculado a *los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos,* situaciones de hecho que no está señalada como concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en el citado artículo 425°, inciso 4.

Tanto en el proceso civil como en el penal existe la institución del embargo, que es una medida cautelar utilizada judicialmente para asegurar el pago de una deuda o la reparación civil proveniente del delito. Esta medida coactiva es utilizable en el ámbito judicial y también por la Administración Pública: los encargados del cobro coactivo de las deudas impagas de los contribuyentes, corre a cargo del Ejecutor Coactivo, quien previo a los requerimientos de la ley procederá a dictar la medida de embargo para asegurar el pago de la suma adeudada.

En todos los casos mencionados, los bienes son encargados a depositarios o administradores judiciales, quienes tienen el deber de velar por la integridad de dichos bienes, así como por la conservación en el estado en que se les encomendó. Evidentemente no sólo pueden ser bienes de propiedad del Estado los que deben estar bajo estas instituciones cautelares, sino también de particulares; para la calidad de funcionario público no interesa la naturaleza pública o particular de los bienes, solo importa que los que tienen el encargo de vigilar y cautelar su integridad y mantenimiento son susceptibles de ser considerados funcionarios o servidores públicos para efectos penales. Ahora bien, los terceros deben ser nombrados en acto solemne y bajo las formalidades legales que tal nombramiento exija.

9.6. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Según el artículo 165° de la Constitución señala, respecto a las Fuerzas Armadas, lo siguiente: "*Las Fuerzas Armadas están constituidas*

por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137º de la Constitución".

Mientras que el artículo 166º de la Constitución señala, respecto a la Policía Nacional, lo siguiente: *"La Policía Nacional tiene como finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras".*

Inclusive la calidad especial de miembro de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el marco de la comisión de un hecho punible, cualquiera que ésta sea, tiene en el Código penal peruano un tratamiento punitivo diferenciado (en contra) con respecto a quienes no lo son; pues el artículo 46º-A (artículo incorporado por el art. 2 de la Ley Nro. 28726 del 09-05-2006), primer párrafo, en el rubro de circunstancia agravante por condición del sujeto activo, señala que: *"Constituye circunstancia penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las **Fuerzas Armadas, Policía Nacional** o autoridad, funcionario o servidor público para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público...".*

El artículo 46º-A del Código penal, en el último párrafo, señala algo relevante: *"No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo, cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible".* En otras palabras, si el artículo 425º, inciso 5 del Código penal conceptualiza expresamente a los miembros de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas como funcionarios o servidores públicos para el Derecho penal peruano; el artículo 46º-A del mismo cuerpo de Leyes, agrava su situación de dichos funcionarios o servidores en términos sancionatorios aumentando la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito come-

tido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad (segundo párrafo)[105].

Debe entenderse que está referido a los que se encuentran en actividad desarrollando funciones preestablecidas en la Fuerza Armada o la Policía Nacional: quien cumple su función y luego desarrolla su vida privada hasta nuevamente reintegrarse a su función, no responderá como funcionario sino como particular y los procesos de incriminación deberán corresponderse con tal realidad fáctica. Es necesario sin embargo, precisar que, estos agentes cometerán los delitos en cuestión, cuando se trate de hechos vinculados a la función que desempeñan según los propios estatutos o leyes orgánicas específicas, mas no cuando se trate de hechos desvinculados de la misma, los cuales podrán configurar cualquier otro delito pero no delito contra la administración pública[106].

El artículo 2 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Dec. Leg. Nro. 276 señala que no están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica. Se entiende que los trabajadores de las empresas del Estado cualquiera sea su forma ju-

[105] Sin embargo, los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional no todo es negativo en el Código penal, sino también existen cosas positivas, en cuanto a su protección en ese sentido observemos el artículo 108°, inciso 5 (inciso incorporado por el Artículo 1° de la Ley Nro. 28878 del 17-08-2006), del Código penal peruano que reprime el delito de asesinato, y señala: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: ...Si la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en cumplimiento de sus funciones".

[106] BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *Delitos de corrupción de funcionarios*, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, pág. 85.

rídica, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional a quienes no se les aplicará las normas del D. L. 276 y su reglamentación.

9.7. Los demás indicados por la Constitución Política o por la Ley.

En el inciso 6 del artículo 425° se trata de una *norma abierta* en la medida en que el Código penal no nos proporciona los criterios para establecer quienes son considerados funcionarios o servidores públicos para efectos penales, no se justificaría su inclusión, por cuanto se podría recurrió a la Constitución y a la ley (Derecho Administrativo) para llenar el vacío, tal como se hizo antes de la reforma de 1981.

El inciso 6 sirve para dar unidad sistemática a la norma contenida en el artículo 425° del Código penal, de tal forma que resulte más fácil determinar a quienes se les debe considerar como funcionarios o servidores públicos para efectos de las disposiciones contenidas en el articulado del Código penal, porque aun cuando no existiera este inciso, si una Ley o la Constitución a través de una norma operativa o de aplicación directa estableciera que a determinadas personas se debe considerar como funcionarios o servidores públicos para efectos jurídico-penales.

El artículo 425°, inciso 6 del Código penal señala, en primer término a lo que la Constitución Política señale:

- A los miembros pertenecientes a las Rondas Campesinas y Nativas. En efecto, el artículo 149° de la Constitución se señala que: *"Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial"*. El rondero, según la Constitución, es una "autoridad" dentro de su ámbito de dominio, y por tanto, investido de poder y atribuciones para Administrar Justicia consuetudinaria, por lo que se puede concluir que el rondero podría ser considerado un funcionario público.

El artículo 425°, inciso 6 señala, en segundo término, lo que la Ley –obviamente también se está refiriendo a la Ley en términos *penales*, del propio Código penal o Legislación penal complementaria– señale:

- En este punto encontramos una norma como por ejemplo la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo I nos da una definición de lo que debemos entender por funcionario o servidor público, no tendremos otra alternativa que aplicarla[107]. Siendo así, y en rigor interpretativo, resulta incorporado este inciso 6) del artículo en comentario, la definición dada por la Convención sobre el concepto de funcionario o servidor público. Claro que esta definición será válida solo para el ámbito de los delitos de corrupción u demás delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos cuya realización de la conducta delictiva determina la obtención de un beneficio p ventaja patrimonial para el agente delictivo, mas no así para los demás delitos contra la Administración Publica o contra la Administración de Justicia que no estén orientados a la obtención de este tipo de ventajas[108].

  Aunque Abanto Vásquez señala en este punto que "...si la ley quisiera captar también a sujetos que "potencialmente" van a llegar a ser elegidos funcionarios públicos (los candidatos que van ganando las encuestas previas o los que, después de las elecciones van ganando en el recuento extraoficial o incluso oficial no definitivo), debería ampliar expresamente el círculo de autores para comprenderlos, de manera general dentro de los tipos penales contra la Administración Pública, o de manera particular en relación con algún tipo penal específico (p. ej., el cohecho como venta de la futura función pública que vaya a ejercer)"[109].

---

[107] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 54.

[108] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 56.

[109] Véase, en este sentido: ABANTO VASQUEZ; 2003, Pág. 39.

- Podemos mencionar aquellos que señale el propio Código penal como en el artículo 386° que prevé lo siguiente: *"Las disposiciones de los artículos 384° y 385° son aplicables a los Peritos, Árbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias"*.[110]
- Asimismo, en el delito de peculado de uso, en su versión actual, se encuentra regulado en el artículo 388° del Código penal, el mismo que señala, en el segundo párrafo, lo siguiente: *"Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o cualquier dependencia pública"*. Es decir, se eleva a la categoría de funcionario o servidor público (porque el peculado de uso sólo lo pueden cometer funcionarios o servidores públicos), a parte de la lista normativa que se prevé en el artículo 425° del Código penal: primero a los contratistas de una obra pública o en segundo lugar: a sus empleados de dichos contratistas.
- En su afán de ser detallista en el señalamiento de funcionarios públicos, el Código penal peruano, en el delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401°, segundo párrafo), por ejemplo hace gala de este objetivo específico. Así, a través de la Ley Nro. 29758 de fecha 21-07-11, el artículo 401° del Código penal, diseña un conjunto de sujetos "especiales" que son los siguientes: *"Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional..."*; o aquellos casos aunque pareciera una redundancia de orden legal, en cuanto muchos supuestos se entienden como funcionarios

[110] La inclusión innecesaria y antitécnica de "cláusulas de extensión" de la autoría para los delitos de "fraude al Estado y patrocinio ilegal" (art. 386) y de "peculado" (art. 392). En el primer caso, el legislador incluso se ha "equivocado" en la enumeración de los sujetos "no-funcionarios" a los cuales se extendería la autoría, pues se refiere a "peritos, árbitros y contadores particulares", o sea sujetos que están obligados a la "imparcialidad" en su actuación ante la administración pública, tal como podría ocurrir, más bien, en un delito de "negociación incompatible" (art. 397) y no en los casos a los cuales se remite.

públicos, al parecer en aras del principio de determinación penal, el Legislador nacional ha optado por mencionarlos de forma expresa, así el artículo 395° del Código penal (Delito de Cohecho pasivo específico): *El magistrado, arbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo que solicite;* o casos como el artículo 396° del Código penal, si en el caso del artículo 395 (delito de Cohecho pasivo de Auxiliares jurisdiccionales) cuando el agente es: "*...secretario judicial o auxiliar de justicia o desempeña algún cargo familiar, la pena ser* "(...)".

- En esta línea también podemos ubicar a aquellos que no tienen un régimen propio dentro de la Carrera Administrativa, como son los docentes y/o funcionarios de universidades Nacionales, como Decanos, Rectores etc., o porque simplemente carecen de un sistema de Carrera Administrativa como el caso de los Notarios Públicos en nuestro país[111]; ahora bien, el Notario Público en sentido estricto no pueda ser considerado como una Autoridad o un funcionario público, ya que actúa a nombre y por cuenta propia, sin que sus actos comprometan a la Administración, bajo supervisión del Estado, es decir, no existe una relación Administración-Administrado como en los otros casos. Tal razonamiento ha sido recogido por el Artículo 3 del Decreto Supremo N° 003-2009-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049 publicado el 5 de marzo de 2009, en el Diario Oficial El Peruano que establece: "*El Notario no es funcionario público para ningún efecto legal. Por consiguiente, al haberse interpuesto la demanda contra un sujeto que no puede ser considerado funcionario o autoridad pública, la demanda debe ser desestimada*"[112].

Finalmente, al Derecho penal no le interesa tanto que el funcionario público esté dentro de la carrera administrativa, sino su cercanía

---

[111] BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *Delitos de corrupción de funcionarios*, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, Pág. 86.

[112] Véase: NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika; *Delitos contra la Administración Pública*, tomo I, Lima, 2013, Pág. 124.

con el bien jurídico tutelado. Es por eso que para efectos penales no solamente es funcionario público quien lo es según el Derecho administrativo (art. 425, numeral 1), sino además otras personas como: los que desempeñan cargos políticos o de confianza (art. 425, numeral 2), los que ejercen funciones públicas de: de entidades u organismos del Estado (numeral 3), los administradores y depositarios judiciales (numeral 4), los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (numeral 5) y otros que señalen la Constitución y la Ley[113].

10. SOBRE EL RÉGIMEN SANCIONATORIO (PENAL - ADMINISTRATIVO) DE LOS FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS.

El principio de mínima intervención establece que el Derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general. En consecuencia, si otros mecanismos de reacción menos gravosos (como por ejemplo sanciones administrativas, o disciplinarias), pueden tener frente a la lesividad de determinadas conductas, no hay que recurrir al Derecho penal para solventar estos problemas[114]. En este orden de ideas, puede decirse que la actuación irregular de los funcionarios públicos no tiene que desembocar necesariamente en el Derecho penal, sino solamente cuando se trate de graves infracciones a los deberes funcionales que se encuentren típicamente establecidas. Para hacer frente a las irregularidades o infracciones de la actividad funcionarial que, por su falta de gravedad, no están previstas como delito, habrá que recurrir a los mecanismos impugnativos administrativos o judiciales que franquea la ley o las sanciones del Derecho disciplinario estatal[115].

---

[113] Véase, en este sentido: ABANTO VASQUEZ; 2003, Pág. 36.

[114] GARCIA CAVERO, Percy; Informe sobre la relevancia penal del Acuerdo del Directorio de CONASEV Nro. 395-202.

[115] GARCIA CAVERO, Percy; Informe sobre la relevancia penal del Acuerdo del Directorio de CONASEV Nro. 395-202.

En la determinación de lo que se quiere proteger en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública es menester realizar una distinción entre lo administrativo y lo penal. Esto nos indica que pueden existir conductas que no armonicen con las finalidades públicas o que se manifiesten marginales a lo público. Situación que llevara un proceso de evaluación de tal infracción y a verificar si por su connotación es meramente administrativo o por sus particularidades se presenta como lesivo de un bien jurídico penal. Esto trae a colación el problema del *non bis in ídem* (nadie puede ser sancionado o procesado dos veces por los mismos hechos), que se presenta como una forma de extender una doble responsabilidad: la administrativa y la penal[116] [117].

---

[116] URQUIZO OLAECHEA; *"Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública"*, cit., Pág. 231.

[117] El aforismo romano-canónico *ne bis in idem* o *non bis in idem (= bis de eadem re ne sit actio),* parece ser uno de los más antiguos en la historia del Derecho, habiéndose presentado desde las primeras apariciones en el Derecho imperial, en lo sustancial con un significado similar al que tiene actualmente. Esta regla aparece de un modo u otro desde la *cognitio extra ordinem* romana en adelante. Véase, HENDLER, Edmundo, *"Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem."*, en: Hendler, Edmundo (comp.), Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado", Buenos Aires, 2001, Pág. 131 quien sostiene que "Es indudable asimismo el significado político que asumió en el devenir histórico de la cultura occidental al establecerse como restricción al derecho de perseguir o de imponer castigos, derecho éste que fue apropiado y convertido en prerrogativa de la autoridad centralizada de los reyes a medida que fueron forjándose los grandes estados nacionales. Ese significado tuvo clara expresión con las proclamas de derechos a fines del siglo XVIII, y su consolidación, ya con perspectivas de vigencia supranacional, tuvo lugar en época relativamente reciente, con los tratados internacionales de la comunidad europea y la organización interamericana celebrados en la segunda mitad del siglo XX".
Este aforismo resulta ser una derivación de la máxima *res judicata pro veritate habetur*, y la regla tiene una vigencia universal, ya sea con distintos alcances –sustantivo o procesal– y aplicaciones. En cuanto a la denominación del *ne bis in idem* resulta de especial interés sobre todo la partícula inicial "*ne*" o "*non*". Entiendo correcta la expresión *ne*, pues el adverbio de negación simple *non* se emplea para negar un hecho real (así, por ejemplo, *non venit: "no vino"*). En cambio, *ne* se usa en prohibiciones o deseos (v.gr. *ne eas: "no vayas"*), resultando adecuado, por ende, su uso en el lenguaje prescriptivo de textos jurídicos (así, en materia procesal penal, *ne procedat uidex ex officio, ne est iudex ultra petita, etcétera).* BERTELOTTI, Mariano; *"El principio ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada"*,

En ese sentido, por ejemplo la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Dec. Leg. Nro. 276, incorpora el Régimen Disciplinario (Artículo 25°), que precisa que los servidores públicos, y en general los Funcionarios públicos, son responsables civil[118], penal[119] y administrativamente[120] por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan[121]. En esta misma lógica se ubica la Ley General de Procedi-

---

en: Hendler, Edmundo (comp.), Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado, Buenos Aires, 2001, Pág. 106. En este sentido, también: MAIER, Julio; *"Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)"*, en: Doctrina Penal, 1986, N 33 a 36, Buenos Aires, Pág. 415, cita 1 sostiene que "Es correcto el adverbio negativo bajo la forma *re*, pues él se usa en textos imperativos o jurídicos". También uno de los orígenes del principio *ne bis in idem* proviene de la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que dispone lo siguiente: *"Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro"*. Por ejemplo, en España, el reconocimiento constitucional del *ne bis in idem* vino de la mano de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de enero de 1981. Así, GARCIA ALBERO, Ramón; *"Non bis in idem". Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995, Pág., 53

[118] Esta responsabilidad es cuando se determina que un servidor público debe resarcir al estado el costo o gasto ocasionado por el incumplimiento de sus funciones y que ha ocasionado daño económico a la entidad y al Estado.

[119] Esta responsabilidad es cuando el Servidor Público, no ha cumplido con las funciones encomendadas y aprovechando de su condición ha cometido delitos dolosos, que constituyen atentados contra el patrimonio del estado y que después de una evaluación constituyen delitos tipificados en el Código penal.

[120] Esta responsabilidad es cuando el servidor público no ha cumplido diligentemente sus funciones y las otras que señala el Art. 15 del D. L. N° 276.

[121] La responsabilidad del funcionario público se encuentra inserta dentro de la responsabilidad jurídico-profesional, y ésta a su vez se encuentra dentro de la Teoría General de la Responsabilidad del Derecho, de manera que las consecuencias que puedan ocasionar una mala praxis profesional de corte funcionarial tiene que sujetarse a los principios generales de la responsabilidad, cualquiera que esta sea. Claro está guardando las diferentes peculiaridades que cada responsabilidad posee. La responsabilidad en el ámbito funcionarial puede presentarse hasta tres niveles específicos de responsabilidades en una cadena consecuencial: una responsabilidad político-administrativa circunscrita al Estado, en su deber de brindar un adecuado tratamiento a la población para con la Administración Pública; después se puede

mientos Administrativos, en el Capítulo de Potestad Sancionadora (artículo 230) que los Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa están regidos adicionalmente por los siguientes principios especiales: Legalidad[122], Debido procedimiento[123]; Razonabilidad; Tipicidad[124]; Irretroactividad[125]; Concurso de Infracciones[126]; Continuación de Infracciones[127]; Causalidad[128]; Presunción de licitud[129].

---

hablar de una responsabilidad institucional referente al lugar donde se desarrolla el funcionario público, es decir, por ejemplo el Poder Judicial, Ministerio Público, y por último y la más importante de todas, pues depende de las dos anteriores, la responsabilidad directa del funcionario público, por estar en un ámbito de estrechez con el objeto a proteger (Administración Pública) y con los particulares víctimas del delito especial.

[122] Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

[123] "Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso".

[124] "Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria".

[125] "Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

[126] "Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes".

[127] "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".

[128] "La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable".

[129] "Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".

En esta línea se ubica el principio del *Non bis in ídem*, que establece que: *"No se podrá 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"*. En este punto debemos de citar el Recurso de Nulidad N° 2090-2005 Lambayeque, de fecha 7 de Junio de 2006, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, tiene dicho en el Considerando Sexto, lo siguiente: *"Que el principio de ne bis in idem contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento..."*; esta misma Ejecutoria Suprema tiene dicho en el Considerando Quinto, lo siguiente: *"Que el principio ne bis in idem material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada "prohibición de exceso", esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente"*.

Capítulo Segundo
EL DELITO DE CONCUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

Análisis jurídico-dogmático del artículo 382º

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El origen de la concusión se remonta a los tiempos de la República Romana. El Derecho Romano Republicano estableció mediante la *Lex Julia* (que formó parte de la legislación conocida como las Doce Tablas) sanciones de carácter pecuniario para los funcionarios que realizaban concusiones. La referida ley consagraba el título *depecuniis repetundis* o *crimen repetundarum* para describir este delito cuya única sanción consistía en obligar al funcionario punido a devolver el valor duplicado de lo recibido mediante la extorción[130].

En el delito de concusión[131] nos hallamos ante un tipo especial de abuso del cargo, orientado a la obtención ilícita de bienes o beneficios patrimoniales mediante el uso de la coacción y del convencimiento en tanto medios facilitadores de la consumación típica del delito. Se trata así de un ámbito de delincuencia facilitada en uno de sus extremos por el denominado *metus publicae potestais* (miedo al poder pública)que el sujeto activo se esfuerza por lograr.[132]En opinión del maestro Francisco Carrara, la concusión constituye el hecho especial de los que obtienen lucro de otros. Si para obtener el lucro indebido, decía el maestro italia-

---

[130] FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2011, Pág. 301.

[131] Etimológicamente el término *concusión* proviene del latín *concussio,* y éste de *concussionis* que significa "conmoción o sacudimiento".

[132] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administración Pública,* Lima, 2007, Pág. 364.

no, se amenaza solamente con el uso de la fuerza privada, ya no hay delito contra la justicia pública, sino que se originan los títulos de extorsión o de hurto violento; pero cuando el temor resulta de la fuerza pública, se encuentra en el medio empleado el objeto predominante, y como este objeto consiste en la justicia pública, a que todos los ciudadanos tienen derecho, el delito se hace social[133].

En líneas generales, la Sección que tiene el delito de concusión viene a recoger una serie de figuras delictivas, cuyo patrón generalizador (fundamento material del injusto) viene a constituir el prevalimiento del cargo funcional, con la particular concurrencia de una afectación a los intereses de los particulares, como se desprende de los delitos de concusión y de cobro indebido[134]. Hay dos clases de concusión, la propia y la impropia, es propia cuando el agente en verdad es autoridad, es un funcionario y amenaza con el uso de esa verdadera autoridad; es impropia cuando el agente es un particular y la autoridad que amenaza usar es simulada. Naturalmente que en ambos casos en el sujeto pasivo subsiste el temor del poder público[135]. En esencia, la concusión es el enriquecimiento sin causa legal del funcionario, empleando métodos extorsivos para lograrlo, y lo que se quiere castigar, en términos de Manzini, es la *ávida procacidad* de los funcionarios[136].

---

[133] BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho Penal Parte Especial*,Tomo III, Pág. 298. La confusión en el derecho imperial entre la concusión y algunas formas de extorsión determinó que se hiciera la distinción entre *concusión propia*, que se daba cuando la autoridad del que amenazaba era verdadera, es decir, cuando el autor era un funcionario público, y la *concusión impropia*, que se producía cuando la autoridad con que se amenazaba era simulada por un particular con el fin de infundir temor. En la actualidad, sin embargo, estas dos categorías históricas han perdido tal significado" (Pág. 299).

[134] PEÑA CABRERA, Alonso Raúl; *Derecho Penal. Parte Especial. Parte Especial*, tomo V, Lima, 2010, Pág. 278.

[135] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 1997, Pág. 143.

[136] MANZINI Vincenzo; *Tratado De Derecho Penal, Tomo 8*, Segunda Parte, De Los Delitos en Especial Volumen III, Delitos Contra La Administración Pública I. Traducción DE Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón., Buenos Aires, Pág. 210.

En resumen se llama concusión el hecho del funcionario público (o servidor público) que, abusando (dolosamente) de su calidad o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o a prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad económica. En sus dos formas típicas (de "inducción" o de "obligación") la concusión constituye la extorsión o la estafa del funcionario público[137].Por esencia, la concusión es el enriquecimiento sin causa del funcionario, cuando emplea métodos extorsivos para lograrlo. Si lo que enriquece al funcionario público le era "legalmente debido", habrá empleado abusivamente su poder que ostenta, pero no habrá concusionado. Por esto es bien venida a esta tipicidad penal la advertencia que califica el enriquecimiento por parte de su autor.

La Corte Suprema de la República, a través del Recurso de Nulidad Nº 3448-2004 – ANCASH, en su considerando Octavo, ha conceptualizado el delito de concusión bajo los siguientes términos: (...) *en consecuencia en la concusión, quién ostenta el poder y se vale de él para hacerlo exige a la víctima prestar la cosa como consecuencia del terror infundido y no por otra causa, que no se ha llegado a establecer que el procesado haya compelido a los servidores de la municipalidad a pagar beneficios que no le correspondían* (...)[138].

---

[137] MAGGIORE, Giuseppe; *Derecho Penal. Parte Especial*, Reimpresión de la Segunda Edición, Volumen III, Bogotá, 1989, Pág. 180 y 181.

[138] En este mismo sentido: R.N. Nº 4470-2005 de fecha dieciocho de setiembre del dos mil seis expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema De Justicia, tiene dicho que: *"En autos se encuentra plenamente acreditada la comisión del delito contra la Administración Pública en su modalidad de concusión así como la responsabilidad del procesado Lisandro César del Rosario Pomar, no sólo por la sindicación del agraviado Férreos Vásquez Arroyo, sino también por las demás pruebas actuadas que valoradas en forma integral crean convicción de la responsabilidad del encausado, debiéndose precisar que entre los medios probatorios que conllevan a tal determinación destacan las actas en las que se verificó que los cinco billetes de diez nuevos soles previamente fotocopiados y entregados por el agraviado, se encontró en poder del encausado, y la meditación de éste en presencia del Representante del Ministerio Público, que acepta haber recibido dicho dinero por estar atravesando una situación económica difícil; (...). Asimismo, el delito de Concusión se encuentra tipificado en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, y sanciona al funcionario público que aprovechándose de manera abusiva de su cargo obtiene un*

Siguiendo esta misma línea, la jurisprudencia penal nacional ha realizado precisiones en torno al delito de concusión. En efecto, ha dicho:"*Que con relación al delito de concusión, al analizar los cargos imputados no es posible subsumirlos en los alcances de tipicidad del artículo 382 del Código penal, pues para ello se requiere: i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia; ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir efectué un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada, iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del agente, viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva el uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de modo que acceda a sus ilegitimas pretensiones, según el tipo penal sub judice: entregar, transferir algo a alguien- o prometer- efectuar un ofrecimiento a futuro- en forma indebida-, prestación sin sustento alguno- un bien o beneficio patrimonial para sí o para otro, es decir que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona*"[139].

---

beneficio patrimonial; situación que probadamente ha sido cometida por el encausado, careciendo de relevancia el resultado del trámite". (Extraído de: URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia (2006-2010)*, Tomo II, Primera edición: Lima, 2011, IDEMSA, Pág. 697). R. N. N° 3547-2008 de fecha veintiséis de enero del dos mil diez, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, tiene dicho que:"*(...) se atribuye a César Eduardo Romero Chafalote- en su calidad de asesor de la Municipalidad Metropolitana de Lima- el cobro dos mil quinientos nuevos soles a los dirigentes de la Asociación de Propietarios de la Galería Las Nazarenas para que no cancelen las multas que se les impuso -el veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve- al no contar con la licencia de funcionamiento, además les prometió obtener dicha autorización; que tal suma de dinero la recibió en su oficina ubicada en el tercer piso del Palacio Municipal y les extendió un recibo por honorarios profesionales, pero no cumplió con lo pactado*" (Extraído de: URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson;*Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia (2006-2010)*, Tomo II, Primera edición: Lima, 2011, IDEMSA, Pág. 690).

[139] Ejecutoria Suprema del 28/1/2009, R.N. N° 1601-2006-HUAURA. VOCAL PONENTE: BARRIOS ALVARADO, Elvia, extraído de: *Gaceta penal y procesal penal*, tomo 12, Gaceta Jurídica, Lima, Junio, 2010, Pág. 199.

La concusión se diferencia de la figura delictiva de la extorsión propiamente dicha (artículo 200° del Código penal), en cuanto la violencia o el engaño provienen del funcionario o servidor público que abusa de su cargo funcional *(metu publicae potestatis* [por miedo al funcionario público]). Por otro lado, se distingue del delito de estafa (artículo 196° del Código penal), porque ésta es un delito con sujeto indiferente (pues puede ser cometida por "cualquiera"), mientras que la concusión fraudulenta es un delito con sujeto calificado (ya que solamente puede cometerlo el funcionario o servidor público, abusando de su calidad, según el artículo 382° del Código penal)[140].Por otro lado, lo que distingue la concusión y la corrupción es el uso de la violencia o del engaño, que faltan en la segunda, por cuanto hay un concurso de voluntad. En la corrupción, el particular es sujeto activo junto con el funcionario, porque coopera con este en el delito (delito bilateral). Y en la concusión hay solamente un sujeto pasivo no imputable (delito unilateral)[141]

Finalmente el agente público hace las veces del cohechante activo (artículo 397° del Código penal), ya que de él nace la idea del beneficio patrimonial, y para ello se vale de la "obligación" o "inducción". Se tratan de verbos rectores "activos" pues el nacimiento de la idea y ejecución del hecho punible es por parte del agente público para el beneficio propio o de tercero.

2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien protegido del delito de concusión es el *recto y regular funcionamiento, prestigio y buena reputación de la Administración pública*, pues

[140] MAGGIORE, Giuseppe; *Derecho Penal. Parte Especial*, Reimpresión de la Segunda Edición. Volumen III. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 1989 Pág. 180 y 181. *El delito de concusión llamada implícita, es sustancialmente una estafa, de la cual se distingue sobre todo por la calidad del agente y por el abuso de sus facultades o de sus funciones. Al confrontar los elementos de uno y otro delito, se aprecia que el delito de estafa comprende, a excepción de la calidad de funcionario público y de su abuso o de la función pública del sujeto activo, todos los elementos del delito de concusión implícita" (Corte Suprema, 13 de noviembre de 1933, "Giust. Pen.", 1934, II, 409).*

[141] MAGGIORE, Volumen III, 1989,Pág. 180 y 181.

el delito de concusión afecta los intereses de la Administración Pública, y de consumarse también estaría vulnerando, de manera genérica, a la Constitución Política, al incumplir el mandato Constitucional que emana del artículo 39° que a la letra dispone:*"Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación"*,todo ello podría ser entendido en un sentido amplio del Bien jurídico (institucional); sin embargo, en un sentido específico, el objeto concreto a proteger en el delito de concusión sería la protección de la *corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones al interior de la Administración Pública.*

Según Portocarrero Hidalgo el bien jurídico en el delito de concusión"Se cuida el normal funcionamiento de la administración pública, evitando abusos de los funcionarios o servidores públicos mediante los cuales obligan o inducen a una persona para que entregue a él o a un tercero cosas no debidas"[142]. Por su parte, Rojas Vargas sostiene que en el delito de concusión lo que se busca proteger es "...el regular y correcto desenvolvimiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública, derivada de una actuación funcional al margen de abusos de poder de connotación patrimonial"[143]. Frisancho Aparicio señala que el bien jurídico tutelado en el delito de concusión "...es el normal desarrollo de la administración pública que precisa en sus funcionarios una total fidelidad al orden legal y el interés por mantener el prestigio, eficacia y confianza en la administración por parte de los particulares"[144].

En Italia, para Maggiore "El objeto jurídico de esta acriminación es el interés de la administración pública por la probidad y fidelidad del funcionario, gravemente comprometida por el hecho de que extorsiona o arranca dinero u otra utilidad; y además, el interés de que la libertad de consentimiento de los particulares que, de ilesa al tratar con los órganos de la administración pública"[145].Asimismo, para Manzini: "Es

[142] PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, Pág. 145.

[143] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 361.

[144] FRISANCHO APARICIO, 2011, Pág. 303.

[145] MAGGIORE, Volumen III, 1989,Pág. 182.

el interés concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública en sentido lato (véase: n. 1259), en lo que particularmente atañe a la observancia del deber de probidad de los oficiales públicos, que conviene garantizar contra los abusos de oficio en daño ajeno, cometidos para sacar ilícitos provechos, extorsionando o sonsacando dinero u otras utilidades[146]. En Argentina, para Buompadre el bien jurídico protegido en esta figura y con la Reforma introducida en el Capítulo IX bis (vid Ley 25.188) tiene como fin "tutelar la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos"[147]. Algunos apuntan a que el tipo penal de concusión es un tipo pluriofensivo, en la medida que su materialización no solamente afecta la Administración Pública -en tanto bien jurídico tutelado- sino, también, la libertad y, eventualmente, el patrimonio económico del sujeto pasivo de la infracción[148].

Una Ejecutoria Suprema peruana tiene dicho, en relación al bien jurídico protegido en el delito de concusión, lo siguiente: "*Del análisis del hecho incriminado a los procesados, se advierte que dicha conducta se encuadra dentro del supuesto fáctico del delito de concusión, descrita en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, cuyo bien jurídico tutelado se encuentra en la misma línea de protección del delito de colusión desleal, es decir, proteger el regular el funcionamiento, prestigio y la buena reputación de la administración pública, expresados en la idoneidad moral y celo profesional en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los funcionarios o servidores públicos, quienes transgrediendo sus roles lesionan los intereses del Estado, más aún, si ambas conductas se encuentran reguladas dentro del rubro de los delitos cometidos por Funcionarios Públicos*"[149].

---

[146] MANZINI Vincenzo; *Tratado De Derecho Penal, Tomo 8*, Segunda Parte De Los Delitos En Especial Volumen III. Delitos Contra La Administración Pública I. Traducción DE Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón., Buenos Aires, Pág. 210.

[147] BUOMPADRE, Tomo III, Pág. 340.

[148] PEÑA CABRERA, tomo V, 2010, Pág. 278.

[149] Extraído de: URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia (2006-2010)*, Tomo II, Primera edición: Lima-2011, IDEMSA, Pág. 710 (el subrayado es nuestro).

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Descripción legal

En el Código penal de 1991, Libro Segundo –Parte Especial-, Título XVIII –Delitos contra la Administración Pública, Capítulo II –Delitos cometidos por funcionarios públicos-, Sección –II-, Artículo 382 se encuentra tipificado el delito de concusión, bajo los siguientes términos:

> *"El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años"*

3.2. Legislación penal nacional y comparada

En el Derecho nacional podemos decir que el delito de concusión no tiene antecedentes en el abrogado Código penal de 1924. Ahora, el actual Código Penal peruano de 1991 sigue la tradicional sistemática italiana y utilizada técnica suiza de los Proyectos de 1916 y 1918 que distingue entre concusión básica y exacción ilegal, donde la primera debería ser de carácter general y la segunda de carácter específico.

Por su parte, el Anteproyecto del Código penal peruano realizado por el Congreso de la República, en el año 2010[150], ubica sistemáticamente al delito de concusión, en la Segunda Sección, como una forma específica de los delitos cometidos por funcionarios. El delito de concusión en este Anteproyecto Legislativo se ubica en el artículo 435° del Código penal peruano, casi en los mismos términos típicos del actual Código penal de 1991, sólo diferenciándolo en la pena impuesta en el marco mínimo: en el Anteproyecto Legislativo el delito de concusión tiene una pena mínima de tres años, mientras que en el actual Código penal, la pena mínima es de dos años.

---

[150] TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano. Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal*, Lima, 2011, Pág. 254.

En efecto, el citado artículo 435° del Anteproyecto Legislativo dispone lo siguiente: *"El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1, 2, 3 y 8 del Código penal"*.

Luego, en el Derecho comparado no siempre se prevé una figura de concusión, como es el caso de la legislación española actual, que no cuenta con la figura en mención. Para los argentinos, el término genérico se denomina exacciones ilegales; en el Código Penal colombiano de 1980, solo conoce un tipo muy amplio de concusión que abarca lo que el anterior Código 1936 de dicho país consideraba separadamente como concusión propia, concusión impropia y de exacción ilegal.

En ese sentido, el Código penal argentino, en el Capítulo IX, se reprime las llamadas "Exacciones ilegales", en los siguientes términos:

> **ARTICULO 266.** - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

(Artículo sustituido por art. 37 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

> **ARTICULO 267.** - Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.
>
> **ARTICULO 268.** - Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

3.3. Sujeto activo

De la descripción típica se desprende que se trata de un delito especial propio, o mejor dicho de un delito de infracción del deber, en la medida que autor sólo puede ser autor un funcionario o servidor público de acuerdo a las normas del artículo 425 del Código penal. En tal sentido, la jurisprudencia penal ha dicho que: *"Los cargos de concusión y corrupción de funcionarios atribuidos al procesado por actos realizados cuando ya no reunía la calidad de funcionario público no resultan configuradores de los delitos imputados, ya que estos requieren la calidad de funcionario o servidor público en el sujeto activo al momento de cometer el delito"*[151].

Ahora bien, resulta dudoso que se trate de cualquier funcionario público, dado que más adelante, como requisito objetivo, se exige un "abuso del cargo" en el sentido de "abuso de las propias funciones que se tiene", no cualquier funcionario tiene dentro de su cargo la facultad de recibir bienes de parte de los particulares. Por eso se suele admitir que el sujeto activo debe tener cierto "poder de gobierno"[152].

La Corte Suprema de la República se ha pronuncia en su Ejecutoria Suprema de fecha 23.03.1998 sobre este aspecto señalando que "los cargos concusión y corrupción de funcionarios atribuidos al procesado por actos realizados cuando ya no reunía la calidad de funcionario público, no resultan configuradores de los delitos imputados, ya que estos requieren la *calidad de funcionario o servidor público en el sujeto activo al momento de cometer el delito*"[153].

3.4. Sujeto pasivo

En esta ocasión podemos encontrar dos clases de sujetos pasivos, siguiendo a la doctrina penal tradicional:

---

[151] Ejecutoria Suprema del 23/3/98 (Sala B), Exp. N° 6084-97-LIMA,extraído de ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 410.

[152] De la misma manera: ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal peruano*, Lima, 2003, Pág. 286

[153] Expediente Nro. 6048-1997-Lima de fecha 23.03.1997 (las cursivas son mías).

- Por un lado, se encuentra el sujeto pasivo del delito, que es definitivamente el Estado peruano, a través de una forma concreta traducido en la Administración Pública.
- Y por el otro lado, se encuentra el sujeto pasivo de la acción, o algunos lo llaman "objeto material del delito", que será una persona concreta o una víctima material. Tenemos que precisar –junto con Rojas Vargas[154]– que la referencia típica a una "persona" hace expresa alusión a un particular a un colectivo de personas, incluso a otros funcionarios o servidores públicos contra quienes se mantiene relaciones de dominio jerárquico y funcional. También pueden ser víctimas las personas jurídicas de derecho privado o público.

3.5. Conducta típica

El delito de concusión, según el artículo 382°, tiene como conducta típica los siguientes elementos:

3.5.1. Abusando del cargo funcional

En primer lugar, se exige que el agente abuse del cargo, es decir, que dentro del marco normativo se extralimite realizando comportamientos ilícitos; esta misma descripción de "abusar del cargo" se puede encontrar en el actual y reformado delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401° Código penal). Abusando del cargo es sinónimo de hacer un mal uso de la calidad funcional que le ha sido otorgado al sujeto activo funcionario o servidor público, es decir, del oficio o investidura pública, aprovechando así ilícitamente dicho agente de las facilidades o ventajas que confiere el cargo[155].

---

[154] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2007, Pág. 362.

[155] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 363.

En general, el uso del cargo puede ser para fines lícitos o ilícitos. El funcionario o servidor puede hacer valer su calidad para asegurar un mejor ejercicio de la función misma o para obtener un mayor prestigio en el mundo de las relaciones sociales, circunstancias ambas lícitas, socialmente, ajustadas[156]. Pero puede ser usado igualmente para concertar precios (por ejemplo, en perjuicio del Estado), para exigir ilícitamente dinero, para prevaricar, etc.; hipótesis en las cuales estaremos junto la figura del mal uso o abuso del cargo.

Existe abuso del cargo las veces que este es ejercido fuera de los casos establecidos por la ley, los reglamentos o instrucciones del servicio o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el Funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, con la finalidad de conseguir algo ilícito. De forma, que es el *prevalimiento del cargo funcionarial* lo que dota de sustantividad a esta figura delictiva, basta que se aprecie que la ventaja indebida fue obtenida por otros medios, para dar por negada la tipicidad penal por este delito[157].

El abusar supone la posesión legítima de las calidades funcionales, por lo tanto, este delito no es posible cuando el agente es un usurpador. Según el profesor Manzini "Sólo puede *abusar* de una cosa quien tiene derecho a usar de ella legítimamente. Por eso, el abuso de que se trata presupone que el sujeto tenga la cualidad de oficial público y las funciones de oficio de que ha abusado. La concusión, pues, como título delictuoso específico, no es posible cuando el sujeto (aunque sea un oficial público) cometa el hecho *usurpando* un oficio que no sea suyo"[158].

En esta lógica, una Ejecutoria Suprema ha señalado la necesidad de que los actos del autor adquieran visos de poseer carácter oficial. Así "*El*

---

[156] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 363.

[157] PEÑA CABRERA, tomo V, 2010, Pág. 281.

[158] MANZINI, Vincenzo; *Tratado de Derecho penal.* Tomo 8. Segunda Parte. De los delitos en especial Volumen III. Delitos contra la Administración pública I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón, Buenos Aires, Pág. 212.

delito de concusión, para su configuración requiere que el sujeto activo, además de ejercer los actos que son propios de una autoridad pública le atribuya el carácter oficial a dicha conducta, lo cual no ha sido demostrado en el presente proceso, por cuanto la conducta desplegada por el citado justiciable fue la de contratar los servicios de la sociedad auditora con el objeto que realice un diagnóstico situacional de los sistemas administrativos de la agraviada, sin que dicho servicio corresponda a una auditoría general que requiere la autorización de la Contraloría General de la República y que expresamente es señalado por la sociedad contratada, situación que determina que no se configure el delito anotado"[159].

La inexistencia de "abusar del cargo" por parte del funcionario o servidor, por más que haya únicamente irregularidades administrativas en un proceso de contratación, no se produce el delito de concusión. En efecto, una Ejecutoria Suprema ha dicho: "*Que teniendo en cuenta el informe pericial se puede concluir que, si bien es cierto ha existido un manejo irregular en lo administrativo y contable por parte del procesado, no es menos cierto que no se ha establecido fehacientemente que el procesado abusando de su cargo haya obligado o inducido a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o beneficio patrimonial*".[160]

Por su parte, Portocarrero Hidalgo contrariamente nos dice que "...el comportamiento puede realizarlo estando de permiso o de vaca-

[159] Ejecutoria Suprema del 8/8/2002, Recurso de Nulidad N°4050-2001-CONO NORTE DE LIMA, extraído de: URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José Luis / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2005, Pág. 624. Otra Ejecutoria Suprema, sigue esta misma línea: "En el delito de concusión, previsto en el artículo 382° del Código Penal, para su configuración se requiere que el sujeto activo además de ejercer abusivamente los actos que son propios de una autoridad pública, le atribuya el carácter de oficial a dicha conducta" (Ejecutoria Suprema del 8/8/2002. Exp. N° 4050-2002-CONO NORTE DE LIMA. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 133).

[160] Ejecutoria Suprema del 7/5/2002, Exp. N° 1599-2001-PIURA. Extraido de SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 138.

ciones, para el caso no interesa. No estando pues considerado entre sus atribuciones obligar o inducir a dar un bien o un beneficio patrimonial, el hacerlo constituye un exceso, esto es lo que considera el tipo abuso del cargo, que puede hacerlo con personas que están dentro o fuera de su competencia"[161]. De la misma manera Abanto Vásquez apunta que el término *abuso del cargo*, que es lo más genérico, el tipo penal peruano parece querer comprender todas las posibilidades de abuso de funciones. Y así es como se ha interpretado este elemento en buena parte de la doctrina nacional; el abuso no necesariamente se produciría durante el ejercicio de las actividades funcionariales[162].

El abuso se refiere alternativamente a las calidades o a las funciones; esto hace que haya delito, tanto cuando el funcionario público obra dentro de los límites de su competencia funcional, como cuando se sirve de manera genérica de sus calidades, para cometer el delito[163].Como quiera que sea, la coacción o la inducción deben cometerse mediante el abuso de la calidad de funcionario público. Pero si este, para obtener dinero de un particular, lo amenazare con un arma de fuego, habrá extorsión, y no delito de concusión.

3.5.2. Modos de ejecución: obligar o inducir

Luego, el tipo penal de concusión prevé dos modalidades específicas de ejecución delictiva: *"obligar"* o *"inducir"*. En este punto debemos de citar a Rojas Vargas, quien hace la siguiente pregunta: "¿Los medios

[161] PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, Pág. 145.

[162] ABANTO VASQUEZ, 2003, Pág. 287. De la misma forma: PEÑA CABRERA, tomo V, 2010, Pág. 282 indica que: "Cuestión importante a saber, es que el haberse descrito en la normativa que el abuso debe ser del *cargo* y no de la *función*, por tales motivos, podrá incurrir en este injusto, cualquier individuo que haga uso de su investidura funcional para hacerse de un beneficio indebido. En tal entendido, parece que la intención del legislador es la de cubrir un mayor espectro de acriminación, de forma que aparece un sentido más amplio que el tipo penal d Abuso de Autoridad".

[163] MAGGIORE, Volumen III, 1989, Pág. 186.

comisivos obligar e inducir deben reunir condiciones de idoneidad y suficiencia? ¿Quién y qué referentes permiten evaluarlas? Sí, no bastan para tipificar el delito las simples declaraciones, consejos desprovistos de intencionalidad o indirectas que lance el sujeto activo. Se requiere, como dice Pagliaro, seriedad y eficacia de la coacción e inducción. La calidad del sujeto activo y las circunstancias de vulnerabilidad que rodean a la víctima son los referentes más usuales. El encargo de evaluar la idoneidad de los medios es el Juez. El abogado debe ofrecer argumentaciones racionales y convenientes".

Si la obligación o inducción tienen otra finalidad que sea un bien o beneficio patrimonial, puede ser por ejemplo *"pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal..."*, estaremos ante la tipicidad del artículo 383° del Código penal, que se llama delito de cobro indebido, que es una modalidad del delito de concusión.

Ahora veamos cada uno de ellos:

3.5.2.A. Obligar a dar o prometer

En relación al verbo "obligar" el agente tendrá que doblegar la voluntad de la víctima, ejercitando violencia de baja intensidad, amenaza o presión sobre una persona, de modo tal que altere, el proceso formativo de su voluntad y le determine a una acción u omisión diversa de aquella otra que (sin coacción) habría realizado. Implica entonces tanto una coacción física material, una imposición o forzamiento sobre la persona como una coacción o presión sicológica (amenaza, intimidación)[164].

Obligar debe entenderse, en consecuencia, como una amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la propia Administración Pública

[164] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 366. GARCÍA DEL RIO, Flavio; *Manual de Derecho penal. Parte General y Parte Especial*, Lima, 2004, Pág. 573, habla en este punto de "violencia moral": "A los modos de avasallar la voluntad de la víctima: será por tanto, real o verbal, directa o indirecta, explícita o implícita, clara o simbólica, condiciona o incondicionada".

(por ej., no expedir una resolución, resolver un asunto de modo diferente a las pretensiones de la víctima, demorar la emisión de la resolución o en la ejecución del contenido de la resolución, entre otros) y no de cualquier otro perjuicio común (daños a la propiedad, lesiones, muerte, privación de la libertad, etc.)[165].

La doctrina admite en la concusión únicamente a la violencia moral, en el caso de coacción física el sujeto pasivo ya no actúa sino que es obligado a actuar, por eso considera que en ese caso ya no se puede hablar de concusión. La violencia moral puede ser verbal, escrita, directa, indirecta, explícita, implícita, clara, simbólica, condicionada o incondicionada. No sólo es necesaria la violencia moral sino que ésta debe constituir el abuso el funcionario o servidor público en sus atribuciones con una persona que puede estar bajo su dependencia o no[166]. En este punto, una Ejecutoria Suprema sostuvo que no se incurre en el delito de concusión sino en el delito de peculado si el funcionario público *no obligó* a terceros a hacer entrega de fondos[167].

---

[165] ABANTO VASQUEZ, 2003, Pág. 289. Este autor agrega que: "No se requiere "expresión física" del constreñimiento sobre el cuerpo de la víctima, de sus cosas o de sus demás seres queridos. Tampoco es necesario un "amedrentamiento directo" a un "exigir descarado"; basta que se haga comprender, temer al particular, mediante el poder del funcionario" (Pág. 289).

[166] PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, Pág. 146.

[167] Véase en este sentido: la Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia R.N. Exp. NT 1550-2004-Abancay (Data 45 000) Denunciado: Marcelino Félix Torres Arbieto Agraviada: Municipalidad Distrital de Soraya; Asunto: Concusión y peculado; Fecha: 2 de febrero de 2005(extraído de *Casuística de jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica,Lima, 2010: "La denuncia se dirige contra el alcalde de una municipalidad distrital, imputándosele los delitos de concusión y peculado. Este agente, en el tiempo que desempeñó sus funciones entre enero de 1999 y el año 2001 habría dispuesto del presupuesto municipal a su cargo en su beneficio personal. En concreto, se le acusa de girar cheques a su favor por un monto ascendente a 8,000 nuevos soles, para lo cual amenazaba con despedir al tesorero de la entidad, en caso de negarse a sus requerimientos, y que además hasta esa fecha no rindió cuentas de tales asignaciones irregulares. Asimismo, se le atribuyó el haber dispuesto la construcción de la plaza de armas del distrito sin contar con la correspondiente aprobación de la sesión de regidores, habiendo sobrevaluado dicha obra para beneficiarse económicamente.

Adicionalmente, se incriminó al procesado el haber solicitado indebidamente que se le girara un cheque por la suma de 500 nuevos soles para la adquisición de una antena parabólica, la que fue retirada por los vendedores al no haberse cumplido con cancelar el costo total. Y en cuanto a la adquisición de productos para el programa de vaso de leche, se denuncia que el procesado aplicó de manera personal y directa los fondos asignados a este programa sin haber efectuado las cotizaciones respectivas y con ello facilitar que la compra de tales productos se haga a proveedores de su entorno.

Sobre los delitos denunciados, la Sala Suprema precisa que el delito de concusión se configura cuando el funcionario o servidor público abusando de su cargo o posición de poder, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial. Sin embargo, señaló también que en el caso sub iúdice tales supuestos típicos no se presentaron, por lo que la sentencia venida en grado en cuanto a su extremo absolutorio se encontraba arreglada a ley. En cuanto al delito de peculado, la Sala precisa que este se configura cuando el funcionario o servidor público 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, perjudicando al Estado. En este caso, el bien jurídico tutelado se desdobla en dos objetos de tutela: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y b) evitar el abuso del poder del que se halla investido el funcionario.

El Colegiado Supremo advierte, entonces, que en el caso analizado se presentaron los presupuestos típicos del delito de peculado, ya que el procesado en su calidad de alcalde de la municipalidad agraviada actuó dolosamente en el manejo irregular de los fondos económicos que le fueron entregados y realizó operaciones y gastos que por ley estaba impedido de ejecutar, transgrediendo con ello el principio de fidelidad a los intereses públicos que estaba obligado a observar por el cargo ostentado. La imputación se vio corroborada con los siguientes medios probatorios: a) Las declaraciones de quienes fueron regidores de la municipalidad agraviada, coinciden en señalar que el procesado, como alcalde, actuaba de manera autoritaria y personal, pues las decisiones del concejo eran tomadas por él mismo y desestimaba los acuerdos de las sesiones colegiadas; b) la declaración de un cajero de la institución agraviada, que refiere que la única persona autorizada-para emitir y cobrar cheques era el procesado; c) comprobantes de salida de productos del programa de vaso de leche de las cuales se advierte que los productos no fueron entregados a sus respectivos destinatarios porque carecen de la firma de recepción; d) el informe pericial contable el cual concluyó que en la municipalidad agraviada existe un desorden generalizado de gastos y un monto de 54,536 nuevos soles en gastos que no han sido justificados.

A fin de imponer la pena respectiva se valora el grado de responsabilidad del procesado así como al daño causado en función de principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal".

Un caso de la jurisprudencia penal peruana señala lo siguiente: *"Se halla acreditado el delito de Concusión al haber el encausado, en su calidad de asesor de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad, solicitado a meretrices la entrega de dinero a fin de no clausurar los locales donde ejercían la prostitución clandestina. De las actas de visualización del video se desprende que el encausado solicitó dinero a una mujer para no cerrar el local donde ejercía la prostitución, lo que se deduce de la expresión "te voy a cuidar tu departamento, pero me tienes que pagar mil quinientos soles para que no cierren tu local". Que el hecho que el informe municipal no hallara responsabilidad en el encausado no prueba la irrelevancia penal de los hechos incriminados, en tanto aquel no es el órgano competente para establecer la responsabilidad penal de una persona por la comisión de delito"*[168].

Tenemos que hacer una precisión que la obligación punitiva, que equivale a violencia o amenaza, puede ser directamente ejercido hacia la víctima o de forma indirecta hacia sus familiares, para precisamente lograr el doblegar su voluntad sobre la persona deseada. Por ejemplo: el agente policial luego de realizar un operativo le dice al chofer que le una ventaja patrimonial, porque si no lo hace lo llevará el auto al depósito que le costará un mucho dinero recuperar su auto.

3.5.2. B. Inducir a dar o prometer

"Inducir" (el *allicere* de los latinos) significa persuadir, seducir, convencer, esto es, dirigir el entendimiento e inclinar la voluntad. Este acto supone todo un clímax; que va desde la simple persuasión hasta la sugestión, el engaño y el fraude más o menos capcioso[169]. Lo importante,

---

[168] Ejecutoria Suprema del 7/4/2008, R.N. N°163- 2007-LIMA, extraído de: *Gaceta penal y procesal penal*, tomo 3, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre, 2009, Pág. 182

[169] GIUSEPPE, Maggiore; *Derecho penal, parte especial*, Reimpresión de la Segunda Edición. Volumen III. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1989, pág. 185. Agrega que: "No es, pues, necesario un verdadero fraude, como tampoco es preciso que la inducción se efectué mediante artificios y engaños, determinación a error, falsedad, mentiras, maquinaciones y estratagemas, "ya que el prestigio y la competencia presunta del funcionario hallan vías más fáciles para el engaño que la persona privada".

en todo caso, es que la inducción represente un abuso de las cualidades y funciones de parte del agente. Además podemos decir que inducir en la concusión se trata de un influjo psicológico tendiente a una finalidad: un bien o beneficio patrimonial; es decir, que el sujeto activo consiste en vencer la voluntad de la persona mediante la persuasión, el convencimiento, la apariencia, haciendo unos de estratagemas, falsedades, engaños o silencios que tengan la suficiente fuerza determinadora para que la víctima dé o promete dar el bien o beneficio patrimonial[170].

Se ha dicho que el término inducir, en el marco del delito de concusión, tiene que estar relacionado con el engaño o mentiras; este engaño tiene que basarse en una situación referida a la actividad funcionarial; p. ej., que ha salido una ley que exige el pago de determinados impuestos, o que ha elevado las tasas. En el caso de que el engaño se base en la función que se tiene, se cometerá delito de "usurpación de función" y eventualmente "estafa"[171]. Por otro lado, Rojas Vargas señala que la inducción puede ser cometida también mediando omisión; por ejemplo, los silencios o la inercia del funcionario, ante la incertidumbre de la persona, que obran para dar o prometer dar. En todo caso debe existir una suficiente relación de causalidad imputable entre la causa (inducción) y el efecto (el dar o prometer), o si se quiere de incremento del riesgo para la lesión del bien jurídico[172].

---

[170] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 368.

[171] ABANTO VASQUEZ, 2003, Pág. 291.

[172] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 368. De la misma forma admite una inducción por omisión: PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, Pág. 147. ABANTO VASQUEZ, 2003, Pág. 291 "Así cuando se calla y, según las circunstancias, el silencio es idóneo para llevar a error al administrado. P. ej., si el administrado preguntara si es verdad que los derechos que debe pagar ahora son menores y el funcionario calla mortificado que debe pagar en vez de aclarar que ello no es así, ante lo cual el administrado presume que debe pagar la suma mayor calculada sobre la base de un derecho que ya no existe en tal cantidad". De la misma manera: PEÑA CABRERA, tomo V, 2010, Pág. 287 afirma que: "...puede ser cometida también por omisión; por ejemplo, los silencios o la inercia del funcionario ante la incertidumbre de la persona que obran para dar o prometer dar, siempre que el silencio pueda ser reputado como *concluyente*, para determinar una determinada situación generadora de una obligación por parte del particular".

La inducción debe estar orientada a que el particular le entregue o le prometa su entrega, debiendo existir una relación normativa entre el acto de la entrega con la proposición determinativa del agente. En otras palabras, la violencia o amenaza puede ser directamente ejercido hacia la víctima o de forma indirecta hacia sus familiares, para precisamente lograr el doblegar su voluntad sobre la persona deseada.

Según Ferreira nos dice que respecto de la inducción en el delito de concusión, hay dos cosas para aclarar: la primera es que *inducción* es algo distinto de *constreñimiento,* según la gramática con que se redacte el tipo, que entre uno y otro verbos coloca la disyuntiva o, e indica doble modalidad comisiva de una misma tipicidad. La segunda es que *inducción* no puede significar *convicción*, porque si el agente de la concusión logró *convencer* a su víctima de la entrega de la dádiva a cambio de su función o acto extralimitado, la víctima –por así llamarla- no será tal víctima, no habrá ofrecido o entregado la dádiva por miedo, sino por *convicción.* Y si es convicción lo que movió a la supuesta víctima, será un *cohecho.* Por consiguiente, *inducción* es algo diferente de constreñir y de convencerse de las razones dadas por el agente[173].

En este punto, sobre la inducción en el delito de concusión, podemos citar un caso de la Corte Suprema que ha dicho lo siguiente: "La imputación recaída sobre los procesados, los cuales en su condición de empleados Municipales de la Municipalidad de Chorrillos se presentaron al local, conducido por [...], constatando que se desarrollaba una fiesta social no autorizada, oportunidad en la que por *insinuación de los procesados,* la conductora del local les hizo entrega de veinticinco nuevos soles a fin de que no le impusieran la papeleta de sanción administrativa"[174].

---

[173] FERREIRA D, Francisco J.;*Delitos contra la Administración Pública,* Tercera edición actualizada. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1995, Pág. 70.

[174] R.N. N° 1010-2001 LIMA SALA PENAL TRANSITORIA Lima, treintiuno de julio de dos mil uno.
VISTOS; de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal; araron: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas dos-tos quince que condena a Juan Carlos Hurtado Huarez, por el delito de :ra la Administración Pública -Concusión-, en agravio de la Municipalidad Distrital de Chorrillos a tres

años de pena privativa de libertad, de ejecución suspendida condicionalmente por el plazo de prueba de dos años; inhabilitación por el mismo término de la condena, de acuerdo con los incisos ñero y segundo del artículo treintiséis del Código Penal; **FIJA** en quinientos nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil abonará el condenado a favor de la entidad agraviada; como lo demás que contiene, los devolvieron.-S.S. SALAS GAMBOA / CARRILLO HERNADEZ / BIAGGI GOMEZ / PADILLA MARTOS / SANTOS PEÑA.
EXPEDIENTE N° 1879-199
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
C.S. N° 1010-2001
DICTAMEN N° 1554- 2001-2°- FSP- MP
SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA:
Ha pasado a Vista a esta Segunda Fiscalía Suprema Penal, el pal en mérito del recurso de nulidad interpuesto por el condenado Juan Carlos Hurtado Núñez, contra la sentencia de FS. 209-211, en la cual fallar, condenando la acción penal incoada contra Juan Carlos Hurtado Huarez va delito de contra la Administración Pública -Concusión-, en agravio de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, a tres años de pena privativa de libertad, de ejecución suspendida condicionalmente por el plazo de prueba de dos años bajo determinadas reglas de conducta, fijaron en quinientos **quinientos nuevos** soles el monto por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor del agraviado. De la revisión de los efectuados, se establece la imputación recaída sobre el sentenciado absuelto Gabino Fernando Chambi Vargas, los **cuales** tenían la condición de empleados Municipales de la Municipalidad de Chorrillos se presentaron al local, conducido por Carmen Urrutia Arteaga, constatando que se desarrollaba una fiesta social no autorizada, oportunidad en. la que por insinuación de los procesados la conductora del local les hizo entrega de veinticinco nuevos soles a fin de que no le impusiera la papeleta de sanción administrativa; así mismo se le atribuye, que con fecha cinco abril del mismo año al verificarse una fiesta social en el mismo local la conductora le hace entrega de una suma similar, volviendo a retornar el día doce de abril del mismo año en mención, oportunidad en que le solicita una suma igual y ante la negativa del pago el acusado le impuse acto que repitió el diecinueve de abril del referido año. Ahora bien, del análisis de los actuados que si bien se desprende cierto el sentenciado Carlos Hurtado Huarez conforme es de verse del Dictamen Fiscal a fs. 150-151 se encuentra acreditado el delito cometida agravio de la Municipalidad de Chorrillos, así como la responsabilidad: del procesado, ya que conforme es de verse de autos se tiene que **Carmen** Urrutia Arteaga en su manifestación policial señala en forma coherente las oportunidades en las que el sentenciado concurrió al bar recreo ubicado en "los pinos Lt. 08 Mz Ñ- Villa Marina", local que administraba siendo cierto que no contaba con autorización municipal para rea tas sociales, hecho que fue aprovechado por el sentenciado para solicitarle en varias oportunidades la entrega de la suma de dinero para evitar problemas, hecho que posteriormente fuera denunciado por Carme: Arteaga ante la Municipalidad de Chorrillos por dichas irregularidades situación motivo al sentenciado a imponerle

Se puede decir que alguien "induce" a otro a llevar a cabo un determinado acto, sólo cuando se vencen por la persuasión motivos de resistencia del sujeto pasivo. No tiene necesidad de ser "inducido" a una acción quien, siendo jurídicamente capaz, está plena y espontáneamente dispuesto a realizarla, de manera que el agente se presente como ocasión, y no como causa, de la determinación del otro. Por eso no constituye concusión la simple exigencia no hecha en la forma antedicha. En tal caso, si la exigencia es ilícita, podrá encontrar lugar un diverso título de delito[175].

En tal sentido, si no se llegara a probar ninguna de las modalidades previstas en el artículo 382 simplemente no se configura el delito de concusión. Así lo tiene dicho una Ejecutoria Suprema que señala lo siguiente: "(...) el delito de concusión en su modalidad de coacción o promesa indebida, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal, se caracteriza porque el núcleo rector del comportamiento típico es "abusar del cargo" para *obligar* o inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial; que en el caso de autos los imputados Benigno Nina Huamán Valdivia y Clemente Valero Pacori, titulares de la administración del "Hostal Pacífico Copacabana", admiten haber entregado sumas de dinero a los encausados en distintos momentos para la tramitación de la Licencia de Funcionamiento de Local, *pero lo hicieron voluntariamente, sin coacción alguna, por lo que no se configura del delito de concusión al no existir como medio la imposición del pago con el abuso del cargo de Funcionario*"[176].

---

diversas papeleta por su negativa a seguir entregando suma de dinero alguno, encuadrar dicha conducta dentro de los supuestos del tipo penal aludido.
En consecuencia, la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal que se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia recurría. Lima, 04 de Mayo 2001.

[175] MANZINI, Vincenzo; *Tratado de Derecho penal.* Tomo 8. Segunda Parte. De los delitos en especial Volumen III. Delitos contra la Administración pública I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón, Buenos Aires, Pág. 223.

[176] Extraído de: URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia (2006-2010)*, Tomo II, Primera edición: Lima-2011, IDEMSA, Pág. 702 (las cursivas y subrayados son nuestros).

3.5.3. Objeto de la ejecución: para dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial

Además se exige que la inducción o la obligación de dar o prometer tiene que estar dirigida directamente hacia una persona determinada, se entiende que tendrá que ser una persona natural o física, y una persona jurídica, ya que si ésta, tendría que ser necesariamente una persona física que lo representa, aunque la persona jurídica no podrá ser sujeto pasivo del delito, ya que siempre será el Estado peruano.

La forma típica de cómo el agente puede "acceder" a los medios: bien o beneficio patrimonial, es mediante dos formas concretas:

- En primer lugar, "Dar" significa entregar, proporcionar o transferir indebidamente un bien o beneficio patrimonial al agente como consecuencia de los actos de obligar o inducir arbitrarios; se exige la "entrega", en la cual el agente activo reciba físicamente, o reciba en su "mano" por parte de la víctima, el bien o el beneficio patrimonial; en otras palabras, debe haber una entrega material e inmediata.
- Mientras que en la segunda se exige la "Promesa", donde se espera una expectativa a futuro (pero no remoto) de un bien o beneficio patrimonial, expectativa generada por el propio agente activo. En otras palabras, prometer significa obligarse a efectuar de manera indebida en un futuro inmediato la entrega o transferencia de un bien o beneficio patrimonial a favor del agente público a consecuencia de los actos de obligar o inducir arbitrarios. Aquí resulta irrelevante si la víctima haya aceptado o no la futura entrega del bien o beneficio hacía el agente activo.

  La promesa debe ser *seria*, pero no necesita cumplir con formalidades civiles, ni siquiera que se dé por escrito. Según Abanto Vásquez no importa si la promesa deviene imposible, pero si el funcionario sabía que la promesa era imposible de cumplir, no puede haber tipicidad de la conducta; podría discutirse si aquí todavía existiría alguna posibilidad de aplicar el tipo de coac-

ciones (art. 151)[177]. La promesa no tiene que efectivizarse, para dar por cumplida la realización típica, la cual debe ir aparejada de cierta posibilidad fáctica, la entrega de un aeroplano no perece ajustarse a dicha caracterización[178].

Según Manzini en la *promesa* "Basta para concretar el delito aún la aceptación de una simple promesa, obtenida directamente o por persona interpuesta, y hecha en cualquier forma que represente una obligación, aunque sólo sea moral, es decir, en cualquier modo que se designe al promitente como vinculado al cumplimiento del contenido del compromiso. Toda otra indagación jurídica acerca de los requisitos formales de la promesa sería absurda y contradictoria, ya que se trata siempre de un negocio ilícito y por tanto radicalmente nulo. Tanto vale, pues, la letra de cambio como la promesa meramente verbal[179].

Tanto lo dado o prometido debe ser una cosa cierta, tangible, concreta, y no algo nebuloso, turbio o impreciso. La concreción de lo que se espera recibir es parte del dolo con que obra el agente al constreñir, inducir o solicitar la dádiva, y no puede haber dolo sobre finalidades turbias o confusas[180].

Nótese que el tipo penal en comentario sólo habla de un "bien" o "beneficio patrimonial".

- Ahora entendemos por el término de "bien" todo lo que constituye el patrimonio, integrado por bienes muebles o inmuebles.

---

[177] ABANTO VASQUEZ, 2003, Pág. 292.

[178] PEÑA CABRERA, tomo V, 2010, Pág. 285.

[179] MANZINI Vincenzo; *Tratado De Derecho Penal, Tomo 8*, Segunda Parte De Los Delitos En Especial Volumen III. Delitos Contra La Administración Pública I. Traducción DE Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón., Buenos Aires, Pág. 216.

[180] De la misma forma: FERREIRA D, Francisco J.; *Delitos contra la Administración Pública*, Tercera Edición actualizada, Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1995, Pág. 73.

- Por "beneficio patrimonial" es todo lo que satisface la codicia económica, como regalos, créditos, empleos, licencias, promociones y otros, que generen beneficio patrimonial sin desembolso económico; puede entenderse a cualquier forma de enriquecimiento económico como por ejemplo al agente activo (funcionario o servidor) le hacen prometer que él va a administrar un Centro Comercial.

En definitiva, el tipo penal reprime una conducta que tenga objetos netamente patrimonialistas (bien o beneficio patrimonial), a diferencia de los delitos de corrupción, donde los objetos corruptores pueden ser patrimoniales (donativo o promesa de donativo o beneficio) o extrapatrimoniales (ventajas políticas o sexuales por ejemplo).

Aquí debemos de encontrar otras de las diferencias con el delito de cohecho pasivo, ya que éste delito por ejemplo, en el artículo 393°, primer párrafo, exige que el funcionario o servidor público acepte, reciba o solicite los medios corruptores "*...para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o las acepte a consecuencia de haber faltado a ellas...*", esto es, que en el delito de cohecho pasivo siempre se esperará "algo" del funcionario o servidor público, algo claro está, que esté ligado a su función pública; mientras que en el delito de concusión no se espera nada en el futuro por parte del agente activo, nada en relación a sus deberes funcionales, sólo que él realice la obligación o la inducción de dar o prometer un bien o beneficio.

3.5.4. Lo "indebido" en dar o prometer un bien o beneficio patrimonial

En este extremo, el tipo penal en comentario, señala un elemento normativo (*"El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer* ***indebidamente...****"*) en el sentido que el dar o prometer tiene ser de forma "indebida", esto es, contrario a Derecho, indebido es toda entrega o promesa no debida al funcionario o servidor, ni por ley ni por costumbre. Los bienes o beneficios patrimoniales son indebidos por el hecho de que no tienen ningún sustento legal o superan el monto de lo exigido por la ley.

Y este elemento normativo no hace más que dar un elemento normativo que permite diferenciar la concusión del abuso de autoridad. En efecto, para que exista concusión los bienes o beneficios patrimoniales que exige a la víctima no son aquellos que ésta legalmente le debe. No sucede lo mismo con el abuso de autoridad que puede darse cuando el funcionario o servidor público, utilizando su poder o servicio, cobran lo que les debe, extralimitando sus funciones[181].

3.5.5. Destinatarios: "para sí" o para "otro".

Con respecto al destino que se le dé al bien o beneficio patrimonial puede ser, según el artículo 382°, es "para sí" o "para otro". Es misma descripción también se encuentra en el delito de peculado (artículo 389°). En otras palabras, puede el bien o cualquier beneficio de contenido patrimonial ser para el *propio sujeto activo*, destinado a sus propios intereses, o puede destinarlo a un *tercero* ("o para otro") que pueden ser sus hijos o su esposa, o simplemente a cualquier sujeto que tenga algún vínculo cercano con el sujeto activo.

Como dice Abanto Vásquez, el tipo penal peruano de concusión no hace distinciones, el "otro" podría entenderse también como la propia Administración Pública. Desde la perspectiva del bien jurídico parece ser esto razonable, pues si se quiere el correcto funcionamiento de la Administración Pública, los únicos beneficios que el funcionario podría exigir son los previstos en la ley y en la forma que ella señala[182]. El "otro" resulta ser el beneficiario económico de la conducta ilícita realizada por el funcionario o servidor público agente y en ningún caso puede ser autor o coautor del delito de concusión Puede sí adquirir la calidad jurídica de un instigador, un cómplice primario o secundario o un receptador[183].

---

[181] FRISANCHO APARICIO, 2011, Pág. 305.

[182] ABANTO VASQUEZ, 2003, Pág. 294.

[183] De la misma forma: SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2011, Pág. 228.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de concusión es de ejecución eminentemente dolosa, quedando descartada la modalidad típica culposa, de acuerdo al artículo 12° del Código Penal. En consecuencia, se exige el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal, y obviamente la voluntad para ejecutarlo. Es uniforme la doctrina nacional[184] al sostener que solo es posible la comisión por dolo directo, no es posible la comisión por dolo eventual.

Se discute en la doctrina si exige un elemento subjetivo distinto del dolo, es decir, si se exige un *ánimus de lucro* en el agente público[185], ya que el tipo penal de concusión no lo señala expresamente, cómo sí lo hace en otras figuras delictivas como por ejemplo los delitos patrimoniales como el hurto (art. 185), robo (art. 188°) o la estafa (art. 196°).

El animus de lucro como elemento subjetivo el delito de concusión

Quinto.-Que, sin embargo, para poder determinar la configuración del delito objeto de acusación se debe valorar si se cumple los supuestos objetivos y subjetivos del tipo penal contenido en el artículo trescientos ochenta y dos del Código Penal esto es, que el funcionario o servidor público, abusando de su cargo obliga o induce a una persona dar o prometer indebida-

[184] Por todos: SALINAS SICCHA, 2011, Pág. 230.

[185] En este punto: ABANTO VASQUEZ, 2003, Pág. 295 afirma que "Aunque no se dice expresamente, con esto se incluye en realidad un elemento subjetivo especial: el ánimo de lucro", pues no puede consistir en otra cosa el conocer y querer un beneficio patrimonial a favor propio o de un tercero". SALINAS SICCHA, 2011, Pág. 231 sostiene que: "De la lectura del tipo penal, se concluye también que se trata de un delito en el cual, aparte del dolo, es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo: al ánimo de lucro. Es decir, el agente orienta su comportamiento guiado o motivado en el logro de un beneficio patrimonial en su propio beneficio o de un tercero". Por el contrario: PEÑA CABRERA, tomo V, 2010, Pág. 290 afirma que: "Resulta inapropiada la exigencia de un ánimo de naturaleza trascendente, aparte del dolo; de seguro que el ánimo de obtener un provecho (para sí o para otro) estará ínsito en la psique del autor, pero ello no es un elemento necesario para dar por configurada la conducta".

mente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, de donde se colige que dicho delito es eminentemente doloso donde el agente busca un ánimo de lucro ya sea para él o para una tercera persona[186].

Ahora bien, el hecho que el agente público realice actos de inducción o de obligación tendentes a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, tiene esto un evidente contenido económico. Si el tipo penal de concusión no dijese "o un beneficio patrimonial" y sólo existiera un el término "bien" podríamos sostener que se trataría un beneficio que no necesariamente tenga un contenido económico, puede ser que tenga en un sujeto activo un beneficio de contenido personal-sentimental, familiar. Sin embargo, la frase que completa ésta parte del tipo objetivo ("...un bien *o un beneficio patrimonial...*") hace suponer un aprovechamiento eminentemente económico por parte del sujeto activo, con lo cual el bien que recibe o promete recibir es para fines lucrativos, con lo cual en el proceso penal debería probarse este extremo de la tipicidad, no que efectivamente lo haya hecho en la realidad, sino al final que haya tenido esa finalidad.

5. GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO.

El delito de concusión se trata de un delito de técnicas legislativas de protección mixta, en la medida que tiene dos verbos rectores de ejecución progresiva, y en función a ello también dependerá los grados de ejecución delictiva: en la parte cuando el tipo penal 382° exige: "*El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona* ***a dar...***", cuando ya la víctima ha realice la entrega del bien o beneficio patrimonial aquí a mi juicio existe una afectación directa al bien jurídico institucional "Administración Pública", por lo tanto aquí existe un delito de resultado lesivo. En consecuencia, en este extremo existirá la posibilidad de actos de interrupción en los grados de ejecución: por ejemplo, el agente público está esperando en un Parque de la Ciudad la entrega de un sobre conteniendo dinero, sin embargo, luego

[186] R. N. N° 1433-2007, MADRE DE DIOS, 03/03/08.

de un operativo policial lo intervienen a dicho agente público antes de que la víctima le entregue el dinero, aquí existirá una tentativa punible (artículo 16° Código penal).

Ahora bien, en la parte cuando el tipo penal 382° exige: "*El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar* ***o prometer*** indebidamente...", aquí la circunstancia es mucho más difícil por lo relativo en los espaciamientos en los grados de ejecución, ya que la promesa indebida tiene que nacer del propio agente activo y no de la víctima, con lo cual al no haber contrapartida de la víctima, y teniendo en consideración que la promesa es sólo una posibilidad en el futuro, a mi juicio, estamos un delito de peligro, no hay exigencia desde mi punto de vista un resultado lesivo hacia el bien jurídico.

Sin embargo, para Salinas Siccha afirma que en ambos supuestos –de dar o prometer– es admisible la tentativa punible, al igual que el desistimiento. La posibilidad de tentativa radica en el hecho de que no basta para consumar el delito una simple exigencia, petición o argumentación persuasiva por parte del agente, sino que es necesario llegar a determinar en la voluntad de la víctima la dación a la promesa y ello supone un *iter* o espaciamiento de actos o de un solo acto hasta llegar al momento de la dación o promesa afectiva[187].

6. RELACIONES CONCURSALES

Las relaciones concursales pueden ser con los siguientes delitos:

6.1. Con el delito de coacción

Otro de los delitos con los que podría entrar en concurso sería con el delito de coacción (artículo 151°del Código penal), que es un delito más bien que está fuera del alcance represivo de los delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración pública. En efecto, el

[187] SALINAS SICCHA, 2011, Pág. 233.

delito de coacción tiene como verbos rectores "violencia" o "amenaza", obliga a otro hacer lo que la ley no mande o impida de hacer lo que ley no prohíbe. Las diferencias es cuanto al bien jurídico tutelado, en el delito de coacción es la Libertad personal, mientras que en el delito de concusión es la Administración pública; otra de las diferencias podría encontrarse en los sujetos activos, en el delito de coacción es un delito común, pues cualquier persona lo puede ejecutar, mientras que el delito de concusión es un delito especial, ya que sólo lo puede cometer un funcionario o servidor público. Otra diferencia lo podemos encontrar en los medios típicos a utilizar, ya que la coacción el sujeto activo tiene que utilizar violencia o amenaza para obligar a lo ilícito, mientras que en la concusión no precisa de tal violencia o amenaza.

Sin embargo, ambos tipos penales tienen similitudes en cuanto a su estructura típica, en el sentido que en el delito de concusión el agente activo tiene que obligar o inducir a la víctima para que éste entregue o le promete la entrega un bien o beneficio patrimonial. Mientras que en el delito de coacción está el verbo rector "obligar" como parte de la conducta típica, es decir obligar a su víctima hacer lo que la ley no mande, o le impida hacer lo que ella no prohíbe.

Por todo ello, entre el delito de concusión y el delito de coacción existe un concurso aparente de normas resuelto por el principio de concusión[188] que no tiene versión legal en nuestro Código penal, ya que

[188] En la consunción un tipo descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir, porque hay un encerramiento material. Según el principio de consunción, un tipo legal comprende también el desvalor delictivo de otro. En general, se trata de actos posteriores propios al acto delictivo que quedan consumidos; los que signifiquen un agotamiento, pero no una nueva actividad delictiva. Por ejemplo en el caso de las lesiones leves que resultan de la violencia ejercida en acciones cuya tipicidad requiere la violencia (robo, violación, etc.). Por ejemplo, los daños causados en el rompimiento de pared, techo o fractura de una puerta, etc., para acceder al lugar se encuentran las cosas muebles ajenas, quedan consumidos por el delito de robo con fuerzas en las cosas. Otra hipótesis es la del hecho co-penado o hecho típico acompañante, que es el que tiene lugar cuando un resultado eventual ya está abarcado por el desvalor que de la conducta hace otro tipo legal.

existe un mayor disvalor de la acción por parte de la concusión en relación a la coacción que quedará absorbido. Puede admitirse un concurso real de delitos (artículo 50° del Código penal), en la medida que existan comportamientos independientes, es decir, por ejemplo un agente público en el mes de Junio del 2012 puede obligar o inducir a la víctima para que le un bien o beneficio patrimonial, y en ese mismo año, en el mes de agosto, el mismo funcionario público, obliga a otra persona a que le dé un beneficio patrimonial, el mismo que se concretiza.

Otra cosa es que el funcionario público, encontrándose de vacaciones en el cargo (por lo tanto es un funcionario, pero no pleno ejercicio de sus funciones), obliga mediante amenaza, específicamente mediante actos de hostigamientos a sus vecinos para que éstos desalojen un inmueble; aquí habría que señalar que cuando el funcionario público no esté en pleno ejercicio de sus funciones, no podría abusar del respectivo cargo, por lo tanto no se podría aplicar la tipicidad penal de la concusión; en tal sentido, en el supuesto señalado anteriormente sólo habría la concurrencia de una única circunstancia fáctica (sólo en el mes de Junio del 2012) y no dos supuestos, por lo tanto se descartaría la posibilidad de un concurso de delitos.

6.2. Con el delito de abuso de autoridad

También podemos encontrar relaciones concursales en el mismo bien jurídico protegido: "Administración Pública", así por ejemplo con el primero que podría saltar a la vista sería con el delito de abuso de autoridad (artículo 376 del Código penal). Ambos tipos penales comparten una misma descripción legal, cual es: "abusando del cargo", además de compartir la misma calidad de sujeto activo: "funcionario público", aunque debemos de hacer una precisión: que el abuso de autoridad sólo lo puede cometer el funcionario público investido de autoridad, mientras que la concusión lo pueden cometer tanto el funcionario público como el servidor público en pleno ejercicio de sus funciones.

Como es sabido, para que se tipifique el Abuso de Autoridad genérico, la conducta del sujeto activo debe guardar relación con el cargo

funcional asumido, esto presupone el ejercicio de la función dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico, de esa forma el abuso de atribuciones o de poder se realiza cuando el funcionario extralimita –dolosamente– los límites de su competencia normativa, actuando fuera de los casos establecido en la Ley o Reglamentos internos que regulan su función estatal o cuando no observa las normas o formalidades prescritas o las instrucciones que le han sido impuestas y, finalmente cuando hace uso de sus facultades para un objeto distinto de aquel para el cual le fueron conferidas[189]. Por lo tanto es el Estado, a través de su

[189] Así lo ha entendido la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Lima, por Ejecutoria Suprema del 12 de septiembre de 2000, en forma pedagógica, disgregando los aspectos que encierra el bien jurídico protegido, argumento que "respecto al delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código Penal, es menester precisar las siguientes precisiones; a) tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes o los particulares; b) la conducta abusiva presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público dentro del marco de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico; c) que el precepto debe ser integrado por las normas de otras ramas del derecho público que son las que fijan las funciones de los órganos de administración, y, consiguientemente determina la forma y los limites dentro de los cuales puede el funcionario ejercerlas lícitamente. Es más la Ejecutoria del 25 de abril de 2006 considera de que el delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal e interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios público no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes o los particulares.
En esta misma línea, se expresa La Ejecutoria Suprema del 07 de abril de 2008, da cuenta de un hecho real de abuso de autoridad. En efecto, allí se argumenta en forma atinada que se ha acreditado la responsabilidad penal del acusado, pues "conforme al Memorándum numero...puso a disposición al agraviado de la Gerencia de recursos humanos para que se le asigne funciones propias de su nivel, a pesar que el Órgano Jurisdiccional que conoció la demanda de amparo ordeno la reincorporación del agraviado al puesto o cargo y nivel en el que se desempeñó con anterioridad, es decir, al cargo de asesor jurídico conforme es de verse a fojas ocho, aunado a ello, con tal documento el encausado en su calidad de funcionario público *abuso de sus atribuciones* y causo perjuicio al agraviado, al disponer que reiteren su tarjeta de marcado por lo que no le fue posible cobrar sus remuneraciones por el lapso de dos meses.

Administración Pública, el directo sujeto agraviado en el delito de abuso de autoridad, y también del delito de concusión[190].

Por lo tanto un mismo supuesto fáctico cometido por un funcionario público puede generar una unidad de acción, en ese sentido, que podría ser calificado, por un lado, en el delito de abuso de autoridad, y por otro lado, en el delito de concusión; en ese sentido podría ocasionar un concurso ideal o formal de delitos; máxime si el Nuevo Código procesal penal de 2004 permite las llamadas "tipificaciones penales alternativas" (artículo 336°, inciso 2, letra b).

6.3. Con el delito de cohecho pasivo.

Normalmente el delito de concusión se relaciona con el delito de cohecho pasivo (artículo 393° CP); ambos comparten el mismo objeto de protección jurídico-penal: "Administración Pública", ambos tienen como sujetos activos un mismo personaje: "funcionario o servidor público"; sin embargo, ambos tipos penales tienen diferencias muy marcadas por ejemplo en los medios, o mejor dicho, de los verbos rectores para la ejecución típica: en el delito de concusión los verbos son "obligar" o "inducir"; mientras que en el delito de cohecho pasivo son los verbos rectores son: "aceptar", "recibir" o "solicitar", se tratan de medios "pasivos" por parte del funcionario o servidor público.

Debemos citar en este punto a Rojas Vargas quien hace la siguiente pregunta: "¿En qué se diferencia el delito de concusión del de corrupción? En el delito de concusión no existe concierto o confabulación (bilateralidad), para la entrega del bien económico o dinero y tampoco es

[190] **En la jurisprudencia** aún no hay una posición definida al respecto, pues mientras que en la ejecutoria suprema del 24 de septiembre de 1996, se sostenía que "el Estado es el sujeto pasivo y no una persona particular como erróneamente se ha consignado en la Resolución materia de grado, que siendo esto así es del caso absolver al procesado"; **en la Ejecutoria Suprema del 23 de agosto de 2001** se argumenta que "se considera como agraviado al Estado de manera equivocada, toda vez que en el delito de abuso de autoridad, el sujeto pasivo es el particular".

relevante que la entrega de dinero se haga para cumplir u omitir un acto del cargo o función"[191].

Como ha dicho Soler "...la corrupción es un delito bilateral y la concusión no lo es. En éste, quien paga es una víctima digna de protección contra los desmanes coactivos del funcionario, mientras que en la corrupción, quien formula la promesa es un codelincuente, es corruptor del órgano"[192].

Donde puede haber cierta confusión con el delito de concusión, es el delito de cohecho pasivo, regulado en la última parte del artículo 393°, último párrafo que a la letra dice: *"El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal".*

En esta descripción típica se puede notar que el agente público "condiciona" su conducta funcional a la entrega o promesa de algún medio corruptor, y el hecho de condicionar a la otra parte con la finalidad de que éste realice la entrega o promete la entrega de algún corruptor al agente público, es una forma de inducir, con lo cual se acercaría a la descripción típica del delito de concusión; sin embargo, sólo esto tendría de acercamiento, ya que el delito de cohecho pasivo exige que el medio corruptor tenga como objetivo que el agente activo realice u omita un

---

[191] ROJAS VARGAS, 2007, Pág.

[192] SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, Tomo V, Buenos Aires, 1951, Pág. 221. En esta misma lógica: MANZINI Vincenzo; *Tratado De Derecho Penal, Tomo 8*, Segunda Parte De Los Delitos En Especial Volumen III. Delitos Contra La Administración Pública I. Traducción DE Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón., Buenos Aires, Pág. 210, nos señala que: "Mientras que la concusión es delito unilateral y se caracteriza por el hecho de extorsionar o sonsacar lo indebido, de manera que quien da o promete es sujeto pasivo del delito (9); el cohecho, en cambio, es delito bilateral, caracterizado por el hecho de aceptar ilícitos provechos de persona que es ella también sujeto activo del delito (véase: n. 1322 II). GARCÍA DEL RIO, Flavio; *Manual de Derecho penal. Parte General y Parte Especial,* Lima, 2004, Pág. 571.

acto en violación de sus deberes funcionales, es decir, en el delito de cohecho pasivo se espera "algo" del agente activo, mientras que en el delito de concusión no, ya que éste reprime el sólo hecho de "abusar del cargo" y "inducir u obligar".

En consecuencia, si el agente público, en el marco de su función, exige coactivamente a su víctima para que le entregue en el mismo acto, un dinero habrá definitivamente delito de concusión; sin embargo, si la ventaja o beneficio patrimonial no sale de "boca" del agente público, sino más bien de la "víctima" entonces habrá delito de corrupción, tanto activa (artículo 397° del Código Penal) como pasiva propia (artículo 393° del Código Penal) como pasiva impropia (artículo 394° del Código Penal) porque el funcionario público "aceptó" o en todo caso "recibió" la oferta corruptora.

CAPÍTULO TERCERO
EL DELITO DE COLUSIÓN

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En el Perú –a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito, o de figuras similares, por parte de la judicatura– los fraudes en la contratación estatal adquieren cuotas notablemente elevadas lo que demuestra una realidad criminológica bastante cruda y clara en cuento a la proclividad de los funcionarios para afectar el patrimonio del Estado valiéndose del concierto con los proveedores de bienes del Estado[193]. El delito de colusión es uno de los delitos de función mas típicos en su género, tanto por la calidad específica del sujeto activo (Funcionario Público), el bien jurídico protegido (la Administración Pública), como por la propia conducta típica exigida por el art. 384º del Código Penal (*"...funcionario o servidor público que...**defrauda al Estado**..."*).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que "*...el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) La actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de éste a los funcionarios o servidores públicos*". En consecuencia el delito de colusión supone una vulneración, por parte de los funcionarios o servidores públicos que intervienen en el negocio estatal, ya sea por razón de su cargo o por

---

[193] En este punto también: CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/ CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 85.

comisión especial, de sus deberes inherentes al cargo o encargo confiado. Estos se valen de las atribuciones que se les confiere, para sustituir ilícitamente los intereses y pretensiones estatales, por sus pretensiones e intereses particulares. Se trata, pues, de un peculiar abuso de poder del sujeto activo que interviene por cuenta y en nombre del Estado en un negocio jurídico de contenido económico.

Por otro lado en el derecho peruano el tipo delictivo de colusión desleal debería estar ubicado en un Título autónomo, pues no tiene nada que ver con el delito de concusión, ni tampoco, en realidad con el cohecho (no exige probar una contraprestación al funcionario.

Los autores españoles Morales Prats/Morales García, refiriendo al delito de colusión desleal, consideran que "los que se persigue es evitar que el funcionario cause un perjuicio económico a la Administración. No obstante la conducta delictiva tipificada en el artículo 436° CP, no consiste en la sustracción directa o indirecta de caudales o efectos públicos, sino en la realización de acciones defraudatorias. Desde esta perspectiva, el bien jurídico tutelado en este delito podría cifrarse en el acervo público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicos"[194]. Por su parte Rojas Vargas considera que: "Los sujetos que actúan a nombre del Estado deben hacerlo en representación del mismo y ser parte para proteger o promover sus intereses y lograr los más óptimos beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros con la otra parte contractual representada por los particulares (que nuestra norma penal llama los "interesados")".[195]

Debe tenerse en consideración que la razón por la cual se sanciona el delito de colusión se debe a dos motivos fundamentales: en primer lugar, el funcionario público debe utilizar los *acuerdos contractuales que*

[194] MORALES PRATS, Fermín / MORALES GARCÍA, Oscar; en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1999, Pág. 1267.

[195] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, 2002, p. 281.

prevé la ley penal, es decir, debe tratarse de acuerdos contractuales que vinculan al Estado precisamente para defraudarlo; en segundo lugar, que a través de los acuerdos previstos por la ley se persigue –dolosamente– *perjudicar los intereses del Estado*. Como puede verse, tanto los acuerdos contractuales y el respectivo perjuicio económico deben darse en el marco estatal. No se concibe, al menos en el Derecho peruano, que el acuerdo colusorio y su resultado se realicen fuera de los intereses estatales, más todavía si quien lo realiza debe ser un funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones.

Efectivamente, los dos requisitos se constituyen en una exigencia del tipo objetivo del delito de Colusión Desleal[196], y desnuda la obligatoria observancia que el Juzgador debe deparar al mismo al momento de efectuar el juicio de tipicidad, puesto que si bien todo funcionario público posee una función de protección de los intereses de la Administración Pública, en diversos supuestos típicos para efectos de satisfacer dicha exigencia objetiva se requiere además de la existencia de un *plus* que se traduce en la necesaria constatación de una especial vinculación funcional derivada del cargo o comisión especial entre el funcionario (autor) y la negociación o concertación que habrá de efectuar con los interesados.

Finalmente no toda concertación –y por ende colusión– entre el funcionario y el interesado puede ser considerada como ilegal. Aquí debe primar el principio racionalizador del sistema penal como es el principio de subsidiaridad, es decir que bajo de determinadas pautas se debe la existencia del Derecho Penal como expresión del tan pregonado

[196] En cuanto al *nomen juris* de este delito, ABANTO VÁSQUEZ, 2001, Pág. 262 nos dice que el término "colusión ilegal" resulta repetitivo en razón que el funcionario no debe nunca coludirse con los privados. "En cambio es más descriptivo de la conducta ilícita el elemento "fraude", si bien, a diferencia de las defraudaciones comunes (de has que también puede ser víctima la administración pública), aquí ella se produce en el marco del desempeño de la actividad funcional. Por eso, siguiendo en algo al Derecho español ("fraudes contra el Estado"), el término más adecuado para la denominar esta figura debería ser "fraude a la administración pública".

pero casi nunca cumplido *Ultima Ratio*, pues en nuestro medio es común que se cumpla en *Prima Ratio*[197].

2 LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN

2.1. Antecedentes

Se ha seguido el modelo argentino que recogió, bajo el grupo de delitos de "corrupción de funcionarios, a la "negociación incompati-

[197] Véase, por ejemplo Recurso de Nulidad N° 5080-2007, de fecha 1 de Julio del 2008, expedida por la Segunda Sala Penal transitoria de la Corte Suprema de Justicia, considerando séptimo: "Que, teniendo en cuenta lo antes anotado, es preciso indicar, además, que el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando dicha protección puede conseguir por otros medios, que serán preferibles en cuanto sea menos lesivos, para los derechos individuales, en tal sentido en el análisis del caso concreto debe entrar en juego el principio de subsidiariedad, según el cual el derecho penal ha de ser la ultima ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros medios lesivos. Por otro lado, el denominado carácter fragmentario de Derecho penal constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino sólo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos –el derecho penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad-. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del derecho penal que consiste en que la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización. Por eso sólo debe acudírsela derecho penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que ha utilizar el Estado. Ello porque el derecho penal no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor entidad –la potestad de castigar no puede ser ejercitada por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad, es necesario imponerle diversos controles-, por eso se habla del carácter fragmentario. Ahora bien, debe tenerse en cuenta además, que la doctrina sobre los bienes jurídicos ha alcanzado un desarrollo y ahora esta materia ya no se debe entender desde un punto de vista formal como tradicionalmente era tratado, sino que resulta necesario también un enfoque desde una perspectiva social, entendiéndose que el Derecho Penal no puede proteger todos los bienes jurídicos, sino los que son realmente relevantes y peligrosas para la sociedad, porque de lo contrario se caería en una exageración. ***Que, en concordancia con lo expuesto, las diversas irregularidades administrativas que se hubieran cometido en los diversos contratos a favor de la empresa TANS, penalmente no resultan relevantes, puesto que existe el derecho administrativo que puede ocuparse de tales situaciones, sin necesidad que éstas tengan que ser, necesariamente, consideradas como ilícitos penales.***

ble" (artículo 397° CP peruano)[198], pero además, siguiendo al modelo español ha recogido el delito de "fraudes a la administración" bajo la denominación de "colusión ilegal" o "colusión desleal" (artículo 384° CP peruano). En ese sentido se ha incluido en nuestra legislación dos figuras delictivas que resultan ser muy similares, que como señala Rojas Vargas que "Las fuentes extranjeras de influencia para la redacción de dicho dispositivo –se refiere al delito de colusión desleal- fueron los artículos 400 y 401 del Código Penal español y 265 del Código Penal argentino"[199], que en todo caso deberían excluirse una de la otra, tal como lo afirma Abanto Vásquez en la siguiente cita: "Por otro lado hay que decir que aquí se nota la pésima técnica del legislador penal peruano, quien "inspirándose" en distintos modelos extranjeros, los ha recepcionado en el C.P. peruano sin ningún análisis previo, simplemente mezclándolos. En efecto, si para tipificar los delitos contra la Administración Pública se seguía, de manera general, el modelo argentino y ya se había previsto bajo el grupo de delitos de "corrupción de funcionarios" a la negociación incompatible (art. 397), ¿porqué prever la figura española de "fraudes a la administración" en el artículo 384°? Son figuras muy similares y deberían excluirse una de la otra"[200].

---

[198] El Código penal peruano ha seguido de manera general el modelo argentino, sobre todo en los delitos contra la administración pública, embargo el modelo argentino no se prevé la figura típica de la colusión, sino el de "negociación incompatible". Así, el Código Penal argentino (artículo 265°) dispone que: "*Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tres a diez años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo*". "*Esta disposición será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curadores, testamentarios o concursos*".

[199] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración Pública*, Lima, 2002, Pág. 227.

[200] ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima, 2001, Pág. 261.

2.2. El artículo 384º del Código Penal. Evolución legislativa del delito de colusión

Lo establecido por la normatividad constitucional dio como resultado a que el legislador penal opte por la modificatoria del Código Penal específicamente los artículos 384° y 425° inciso 3) del Código Penal que tratan sobre el delito de Colusión Ilegal y la definición de funcionario público que han sufrido una importante modificación en cuanto a su estructura típica como lo veremos a continuación Texto Original del Código Penal de 1991 establecía lo siguiente:

> *"Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o a* ***empresa del Estado o sociedades de economía mixta*** *u organismos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.*

Como se podrá notar el texto de la Ley N° 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996, dejo de comprender como funcionarios a los directivos de las empresas del Estado y de las sociedades de economía mixta, dicha norma establece lo siguiente:

> *"Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años."*

Sin embargo, debemos de mencionar que a través de la reforma producida, primero, en la Ley Nro. 29703 de fecha 09 de Junio del 2011, el delito de colusión (simplemente el *nomen juris* es colusión) quedo redactada de la siguiente manera:

"El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, ***defraudare patrimonialmente 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".*

Luego de un breve tiempo, se modificó el artículo 384° del Código penal, a través de la Ley Nro. 29758 de fecha 21 de Julio del 2011, donde el delito de colusión (ahora se habla de colusión simple y agravada) quedo redactada de la siguiente manera:

"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años".

Asimismo se ha incorporado el llamado delito de colusión agravada bajo los siguientes términos:

"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón del 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 o entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años".

2.3. El Proyecto de la Ley Nº 26713 descriminaliza la colusión ilegal en el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta.

El proyecto de ley que modifico el delito de Colusión Ilegal (art. 384° del Código Penal) ya reconocía que este había sido descriminalizado vía derogación tácita por el artículo 40° de la Constitución Política

del Estado, debemos precisar que antes de legislarse el texto modificatorio contenido en la Ley 26713, esta si establecía que autor del delito de Colusión podían ser los directivos de las Empresas del Estado y las Empresas de economía mixta a este respecto, y refiriéndose al texto original del art. 384° del Código Penal entró en vigencia en Abril de 1991, el Proyecto de la Ley N° 26713 precisa que:

> *"Esta norma concebida todavía antes de la vigencia de la Constitución configura como sujeto activo del delito además del funcionario o servidor público a quienes trabajan en las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta mientras que a tenor del art. 40° de la Carta Fundamental no tienen esta calidad de funcionarios públicos, y entonces se tiene que este dispositivo abroga el numeral 3) del Art. 425° del Código Penal en la parte que considera funcionarios públicos a los referidos, lo que significa que esa parte del artículo en comentario (484) -debe decir 384- como muy bien lo señalan tratadistas, se ha tornado inexistente, quedando únicamente vigente lo relacionado a los organismos sostenidos por el Estado, vale decir, Universidades Nacionales, Beneficencias y el Instituto Peruano de Seguridad Social entre otros".*

2.4. Según la Exposición de Motivos de la Ley Nº 26713 se despenaliza la Colusión Ilegal en el caso de las Empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta.

Sobre la propuesta para la descriminalización expresa de Colusión en empresas del Estado o sociedades de economía mixta. El tercer párrafo de la Exposición de motivos de la ley 26713 claramente establece la necesidad de corregir la contradicción existente entre la Constitución de 1993 y los artículos 384° y 425° inciso 3) del Código Penal, y expresamente señala: *"La constitución del Estado vigente desde el primero de enero de 1994, ha colisionado directamente con algunas normas que prevé en este sentido el Código Penal, y referidas sustancialmente al artículo 425°) de éste cuerpo legal, en tanto ha considerado como funcionarios públicos a los servidores de las Empresas del Estado o de Economía Mixta, cuando en realidad éstos por su propia naturaleza, están regidos exclusivamente*

por normas especiales que regulan la actividad privada. Igualmente con el artículo 384º que configura el delito de Colusión Desleal y en donde se consideran como sujetos activos aquellos que ya no están como tales en la Constitución del Estado, por lo que es fundamental el tener que corregir esta deficiencia, todo lo cual evitará la confusión que hoy día se viene dando al momento de juzgar en el Poder Judicial, toda vez que los Jueces están realizando interpretaciones de acuerdo a su real entender y en forma contraria, sin comprender que ***la abrogación constitucional debe imponerse por la jerarquía que tiene y el sentido mismo que debe darse a la función pública".***

2.5. Según el Dictamen de la Comisión de Justicia recaído en el Proyecto de la Ley Nº 26713 que despenaliza la Colusión Ilegal para los funcionarios de Empresas Públicas y Sociedades de Economías Mixtas.

El Dictamen recaído sobre el Proyecto de la Ley Nº 26713 ha detectado la existencia de un conflicto entre la Constitución de 1993 y la ley penal en cuanto a la consideración de funcionarios comprendidos en empresas estatales o sociedades de economía mixta. A ese respecto, el referido dictamen pone meridiana claridad en el hecho que: *"La vigente Constitución de la República, colisiona directamente con algunas normas que prevé el Código Penal referidas sustancialmente al numeral 3) del Artículo 425° de este cuerpo legal, en tanto se ha considerado funcionarios públicos a los servidores de las Empresas del Estado o de Economía Mixta, cuando éstas son regidas exclusivamente por normas especiales que regulan la actividad privada, lo mismo sucede con el artículo 384°."*

La Constitución establece que no son funcionarios públicos los comprendidos dentro de las empresas del estado o sociedades de economía mixta. Tal como lo señala el dictamen de la Comisión de Justicia: *"Efectivamente, tal como lo señala el segundo párrafo del artículo 40° de la Constitución "No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta".*

La derogatoria tácita que realiza la constitución sobre los artículos 384° y 425° inciso 3) del Código Penal es reconocido plenamente por la Comisión de Justicia del Congreso de la República quienes afirmaron lo siguiente: *"La norma constitucional en mención deroga tácitamente los supuestos de hecho contemplados en los artículo 384° y 425° numeral 3) del Código Penal (...)".*

2.6. Modificación expresa del artículo 425° inciso 3) del Código Penal.

La Constitución al derogar tácitamente los artículos 384° y 425° inciso 3) del Código Penal, generó como era de esperarse en los operadores jurídicos problemas de interpretación que eran aplicados por los encargados de administrar justicia de diversa manera; por ello, a fin de evitar ésta disparidad de soluciones el legislador penal ha optado por realizar una modificación expresa eliminando de plano la posibilidad de considerar como Funcionario público a los que se encuentran dentro de las empresas del Estado o en Sociedades de Economía Mixta, tal como lo señala el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso: *"(...) por lo que en aplicación del principio constitucional de la jerarquía normativa prevista en el artículo 51° de la Constitución donde se contempla que la constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente; es pertinente, conforme lo aconseja la técnica legislativa y con la finalidad de evitar jurisprudencia penal contradictoria;* ***modificar expresamente el numeral 3) del artículo 425° del Código Penal."***

2.7. Modificación expresa del artículo 384° del Código Penal

Tal modificación es de medular importancia para los efectos del presente Hábeas Corpus, por cuanto el Dictamen de la Comisión de Justicia propone de modo expreso modificar el tipo penal de Colusión Ilegal, para excluir como sujetos activos de este delito a los directivos pertenecientes a las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta. Así, dicho dictamen sostiene que: *"Asimismo, de manera concordante con la modificación que se propone al numeral 3) del artículo 425°* ***se recomienda hacer***

lo mismo con el artículo 384° *con la finalidad de derogar la mención a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta como sujetos pasivos del tipo penal de colusión contemplado en dicho artículo,* ***toda vez que se están excluyendo como sujetos activos a los servidores y funcionarios de las empresas del estado o sociedades de economía mixta.***"

Lo afirmado también ha sido reconocido por el Congreso, por la Comisión Investigadora sobre los Delitos Económicos y Financieros cometidos entre 1990-2001 que en el Informe Final de Investigación presidido por el Congresista Javier Diez Canseco Cisneros en el Capitulo VIII relativa a las recomendaciones en el punto 14 señala expresamente: *"Resulta indispensable incorporar a la reforma constitucional una modificación al segundo párrafo del artículo 40° de la Constitución de 1993 que establece que* ***"No están comprendidos en la función publica los trabajadores de las empresas del estado o de sociedades de economía mixta"****. Este artículo crea dificultades a la hora de procesar a los trabajadores de estas empresas, por delitos de tipo especial propio, en cuanto los funcionarios públicos que laboran en la misma aducen no ser funcionarios públicos. Cambiar la redacción de* ***"no están comprendidos en la función publica"*** *a* ***"no están comprendidos en la carrera administrativa"****, permitiría uniformizar la jurisprudencia en este aspecto".* [Resaltado nuestro].

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. El sujeto activo

En la medida que los delitos de funcionarios se estructuran sobre la lógica de la infracción de un deber positivo, es necesario que el funcionario público que actúa como autor tenga atribuido el deber específico que sustenta el delito especial[201]. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho que "...al respecto, es preciso indicar que el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente es el patrimonio administrado

[201] En este punto también: GARCÍA CAVERO, Percy en: GARCÍA CAVERO/ CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 33.

por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber..."[202].

Por tratarse de un delito especial propio, la exigencia objetiva invocada requiere de una cabal e ineludible observancia, pues a falta de dicha vinculación especial en un caso concreto el funcionario que concierte con terceros para defraudar al Estado no responderá penalmente por la comisión del tipo penal en comento, sino que por el contrario la ausencia de esta especial vinculación funcional tornará atípica la conducta incurrida desde la óptica del art. 384° del Código penal *(atipicidad relativa por autor inidóneo).*

En cuando los sujetos activos habrá que decir que el artículo 386° del Código Penal amplia el marco de responsabilidad no sólo a los funcionarios/servidores públicos sino también a determinados sujetos que sin tener la calidad de funcionario le son aplicables el delito de colusión desleal y patrocinio ilegal. En efecto el artículo 386° del Código Penal prescribe que: *"Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias".*

3.2. Los requisitos de la concertación

3.2.1. El concepto de concertación

El delito de colusión, en su configuración típica objetiva, tiene como uno de sus elementos centrales a la concertación, la cual debe producirse entre el sujeto investido de función pública con una persona

[202] Ejecutoria suprema de fecha 12 de Diciembre del 2007 (Recurso Nulidad N° 1296-2007) expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Considerando sexto. En sentido contrario: MONTOYA VIVANCO, Yván; *"Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano"*, en: Actualidad jurídica, tomo 171, Febrero, 2008, Pág. 99 "...por tanto el delito de colusión es un delito especial propio, consideramos que se trata de un delito de dominio y no un delito de mera infracción de deber."

extraña a la administración pública, conocida como *extraneus*, la concertación, de acuerdo a las exigencias típicas, consiste en la puesta de acuerdo entre el funcionario o el servidor con los interesados en contratar con el Estado. La concertación, de acuerdo al diccionario de términos jurídicos de Flores Polo, significa: "Pacto, convenio, arreglo entre dos o mas personas en relación a una cosa o asunto"[203].

La concertación no es otra cosa que el ponerse de acuerdo el funcionario con el interesado, es la conjunción de voluntades con la finalidad de defraudar al ente público. No basta, pues, la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo. En otras palabras el funcionario público y el tercero interesado deben haber concertado, ponerse de acuerdo para lograr la contratación defraudatoria en perjuicio del Estado. Ello se determina cuando existen contactos extraoficiales entre el funcionario público y el tercero interesado. Por el contrario si no se verifica, por ejemplo, la concertación efectiva del funcionario público con el interesado el tipo penal que saltará a la vista –como tipo penal residual- será el delito de patrocinio ilegal[204].

---

[203] FLORES POLO, Pedro; *Diccionario de términos jurídicos*, 1° edición, Lima, Pág. 318

[204] Este delito está contemplado en el Art. 385° del Código Penal, el cual indica: *"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."* La fuente extranjera, para el tipo se atribuye que provenga del Art. 321° CP Brasileño, 324° CP Italiano, y del 157° CP Colombiano, aunque este último esta dirigido expresamente a patrocinios referidos al ejercicio de la abogacía. El bien jurídico tutelado, aquí directamente es el desempeño de funciones normal, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios. La calidad del sujeto activo exigido por el tipo penal puede ser cualquier funcionario público. El delito de negociación incompatible solamente tendrá lugar si el funcionario público asume sus intereses particulares en los contratos u operaciones que participa en razón de su cargo o favorece intereses privados que indirectamente le benefician, como por ejemplo, los intereses privados de su esposa o utilizando los testaferros. Este ilícito protege la administración pública de la injerencia indebida de intereses particulares o privados del funcionario o servidor, cuando éste interviene en determinados asuntos en defensa, patrocinio

Castillo Alva sostiene que el elemento central en el delito de colusión ilegal es que debe existir por imperativo legal (art. 384) una concertación entre los funcionarios públicos y los interesados en la suscripción

o representación del interés público o estatal. El delito en mención no se realiza mediante actos defraudatorios, ni es necesario que el funcionario o servidor reciba un beneficio económico como consecuencia del hecho criminal, bastando únicamente que se interese en un contrato u operación, es decir que patrocine intereses privados, propios o de terceros, en tal contexto. El verbo típico rector es patrocinar, la conducta ha verificar será entonces el patrocinio. Se exige la verificación de actos concretos ante la Administración pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, sea que estos actos se realicen de manera personal o a través de cualquier otro medio. La conducta típica del delito de negociación incompatible requiere ciertas modalidades específicas de la acción de "interesarse". El tipo penal exige que ese interés del funcionario sea directo, indirecto o por acto simulado. El tipo penal de delito de negociación incompatible se circunscribe a la conducta del funcionario público de interesarse indebidamente al ámbito de los contratos y operaciones. En consecuencia, no se trata de un cualquier acto administrativo, sino de aquellos que revisten un contenido económico de origen bilateral o unilateral. El tipo tampoco señala respecto si el patrocinio si busca una actuación ilegal o legal, pues los actos que están de acuerdo con la legitimidad no es delito o no debe constituir delito. Otro elemento del tipo es el interés particular, éste interés sería solo el económico en el cual existe un obstáculo pues en los negocios todo o la mayoría tiene contenido, consecuentemente todo o la mayoría sería ilícito. El funcionario deberá haberse identificado como tal, en el fondo el injusto esta orientado al uso indebido de la autoridad que le da el cargo. No interesa si la intervención busca algo legítimo o no, sino el uso indebido de la autoridad que reviste el cargo de funcionario.
Las acciones como representar, litigar, gestionar, son perfectamente comprendidas por el verbo patrocinar, en ella no incluye el termino asesorar. Por la compresión del objeto del bien jurídico tiene que quedar fuera del tipo la conducta que implica una simple orientación a un particular, un asesoramiento sin intervención ante la administración pública. El simple asesoramiento no perturba aún la libertad de ejercicio del otro funcionario. Respecto de los intereses, el tipo señala que no debe tratarse de intereses propios ni de la misma administración pública, tampoco el interés que le es propio en razón de su cargo, sino el de particulares. El deber específico cuya infracción configura el delito de negociación incompatible no puede limitarse al tratamiento igualitario a los administrados, sino que no puede limitarse al tratamiento igualitario a los administrados, sino que incluye la custodia de los intereses económicos del Estado. Por lo tanto, si el funcionario público ofrece un trato especial a un administrado pero son poner en peligro los intereses económicos del Estado, no podrá hablarse de un delito de negociación incompatible, sino, en todo caso, de una infracción al artículo 1.5. de la Ley de Procedimiento Administrativo General (principio de imparcialidad).

de convenios, contratos, suministros o licitaciones (...)[205]. Diferentes es la situación en la doctrina española, en la que los autores Morales Prats y Rodríguez Puerta, de acuerdo al texto legal del Código Penal español, refieren como conducta típica "concertarse con los interesados para así defraudar a un ente público (...) Concertarse, equivale al acuerdo entre el funcionario y el interesado, es decir a una conjunción de voluntades o pacto"[206]. En ese sentido, Muñoz Conde precisa que "la acción consiste en concertarse con los interesados o en usar de cualquier otro artificio defraudatorio (...)[207]. Igualmente Rodríguez Devesa/Serrano Gómez señalan: "La acción consiste en concertarse con los "interesados" o "especuladores", o usar de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, la provincia o el Municipio"[208].

La acción de concertación, a su vez, necesita de dos elementos puntuales:

3.2.1.a. La concertación tiene que ser clandestino

Abanto Vásquez, deja vislumbrar la necesidad de la concurrencia conductual y volitiva de los intervinientes en el delito cuando considera que concertación es ponerse de acuerdo *subrepticiamente* con los interesados en lo que la ley no permite (...) para que se dé basta cualquier conducta del funcionario destinada a ponerse ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en el contrato o acto que se quiere celebrar o se ha celebrado ilícitamente con la Administración Pública.[209] Según la

---

[205] En este punto también: CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/ CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 102 y 103.

[206] MORALES PRATS, Fermín/ RODRÍGUEZ PUERTA, José María; en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Pág. 1267.

[207] MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1996, Pág. 877-878.

[208] RODRÍGUEZ DEVESA, José María/ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; Derecho Penal Español. Parte Especial, Madrid, 1995, Pág. 1196.

[209] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, 2003, p. 310 (las cursivas con nuestra). De la

jurisprudencia penal de la Corte Suprema ha dicho respecto a la concertación, que tiene que hacerse en forma *clandestina*. Así "Los elementos del delito de concusión – colusión desleal, según el artículos trescientos ochenta y cuatro del Código Sustantivo viene a ser el *acuerdo clandestino entre dos o más agentes* para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial (...)".

En otra jurisprudencia ha dicho que: "Para la concurrencia del delito de Colusión Desleal, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos que son a) **el acuerdo clandestino** entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso el Estado, c) mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el caro o comisión especial".[210] "Los elementos del delito de concusión

manera: MONTOYA VIVANCO, Yván; "Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano", cit., Pág. 101 afirma que "...la ilegalidad del acuerdo relevante para la tipificación del delito de colusión (art. 384 del Código Penal) no se encuentra necesariamente en referencia con los requisitos de validez de los contratos públicos plasmados en la legislación civil y especialmente administrativa (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), sino en el carácter subrepticio, oculto o simulado del acuerdo y además, perjudicial para la administración del Estado".

[210] Ejecutoria Suprema del 16 de junio de 2003, Exp. N° 3611-2002. Huánuco. En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública.* (Jurisprudencia Penal), Lima, 2005, p. 176. La Sentencia expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente N° 20-2003- AV, *"Caso Mobetek"*, sostiene que, *"El delito de COLUSIÓN ILEGAL -que es un delito de infracción de deber-, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la Administración Pública, en su ámbito objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto: a) La concertación, como se sabe, significa ponerse de acuerdo con los interesados,* ***pero este acuerdo deber ser subrepticio y no permitido por la ley,*** *lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige es un delito de participación necesaria. B) Por otro lado, en cuanto a la defraudación (...) la conducta que lo define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negocio estatal, índice en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. Lo que*

– colusión desleal, según el artículos trescientos ochenta y cuatro del Código Sustantivo viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial (...)"[211]

Como se indicó en el párrafo precedente la concertación típica debe caracterizarse por ser subrepticia y/o simulada a fin de ocultarla o disimularla, característica que ha sido puesto de relieve en el voto singular emitido por el Dr. Broussette, y que es concordante con la posición asumida por la Corte Suprema en la sentencia recaída en el R.N. N° 740-2003 de fecha 4 de junio de 2004 donde se pone de relieve la característica de subrepticia que debe rodear a la concertación como elemento del tipo penal de colusión[212], continuando con dicho criterio la Corte Suprema, tanto en la sentencia recaída en el expediente N° R.N. N° 027-2004 del 1° de octubre de 2004[213], como en la sentencia recaída en el expediente N° 20-2003 del 18 de octubre de 2005[214], y en la sentencia recaída en el expediente N° R.N. N° 3611-2002 del 16 de mayo de 2003[215], precisa, al referirse a este ilícito, que el acuerdo sea clandestino.

---

es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo penal, de ahí el peligro potencial que se requiere, es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recurso públicos".

[211] Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Penal Transitoria. R.N. N° 027 – 2004. Sullana – Piura.

[212] PEREZ ARROYO, Miguel; *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005) (2001-2005).* Tomo II. Ediciones Iuris Consulti S.A.C. Editorial San Marcos. Lima – julio 2006. P. 1318.

[213] AVALOS RODRÍGUEZ, Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth; *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema.* Gaceta Jurídica. Lima, 2005. p. 291.

[214] BARANDIARAN DEMPWOLF, Roberto/NOLASCO VALENZUELA, José Antonio; *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción.* Palestra, Lima, 2006. Tomo I. P. 43.

[215] SALAZAR SANCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia penal,* Lima, 2004. P. 634.

3.2.1.b. La concertación tiene que ser defraudatorio

Siguiendo con el análisis de tipicidad del delito de colusión, es de precisar que para que la concertación cumpla con las exigencias de subsunción típica, es menester que tenga naturaleza defraudatoria con relación a los intereses del Estado. El delito de colusión ilegal contempla como núcleo rector el defraudar al Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros[216]. La defraudaron de los intereses estatales a través de actos de concertación implica una violación de los deberes inherentes a sus cargos, ya que éstos debían actuar a nombre y en representación del Estado protegiendo o promoviendo sus intereses, logrando con ello resultados favorables y beneficiosos en los convenios o contratos suscritos con la otra parte contractual que se encuentra representado por particulares o interesados.

El *disvalor* de la acción en la colusión, desde el punto de vista del Derecho penal, tenemos que precisar que para que la concertación es menester que tenga naturaleza *defraudatoria* –aparte de que sea subrepticia- con relación a los intereses del Estado. En tal sentido para considerar defraudatoria la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación[217].

Para poder considerar defraudatorio la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de nego-

---

[216] Ejecutoria Suprema del 4 de junio de 2002, Exp. N° 1402 – 2001. Tumbes. En SALAZAR, *op. cit.*, p. 190.

[217] En este punto también: GARCÍA CAVERO, Percy, en: GARCÍA CAVERO/ CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 40-41.

ciación. Así, el término concertación implica elevar el precio de la contraprestación privada, aceptar bienes de menor calidad, omitir el cobro de penalidades, pactar y cobrar comisiones ilegales para la adjudicación de la buena pro, etc.

En tal sentido, deben haber dos partes en la actividad ilícita para que se verifique el "acuerdo colusorio": el "funcionario o servidor público" y el "interesado". El verbo típico en este delito está dado por la defraudación mediante la concertación. Así la jurisprudencia penal peruana ha dicho que el delito de colusión se vuelve en "ilegal" en la medida en que contempla como núcleo rector la frase "defraudar al Estado", según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros (...)[218].

En efecto, en otra sentencia de la Corte Suprema se ha dicho lo siguiente "...A fin de establecer la responsabilidad penal del procesado, en casos como el presente, en el cual se le imputa la comisión del delito de contra la administración publica –concusión (colusión)– previsto en el articulo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, responde determinar (además de la efectiva defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley), la concertación ilegal que hubiere existido entre el funcionario o servidor publico que por razón de su cargo o comisión especial intervino en las diversas modalidades de adquisición de bienes y servicios del Estado, y los interesados en la provisión de los mismos. Fluye de los actuados que la defraudación ocasionada al Estado se corrobora con la existencia de bienes de ínfima calidad y de precio sobrevaluado en los almacenes de la institución (INABIF); la inexistencia de bienes en el lugar de custodia, pese al cumplimiento por parte del INABIF de las obligaciones contraídas y de documentos que acreditan el ingreso a la citada entidad de tales productos; la existencia de productos usados en el citado almacén y adquiridos como si estos fueran nuevos". Por otro lado, vale la pena citar una Ejecutoria Suprema

[218] Ejecutoria Suprema del 4 de junio de 2002, Exp. Nº 1402 – 2001. Tumbes. En SALAZAR, *op. cit.*, p. 190.

que señala que las ampliaciones de gastos efectuadas por variaciones técnico-económicas de un proyecto no implican un delito si no existe una subjetiva concertación dolosa y defraudatoria[219].

Ahora bien, en cuanto al elemento de defraudación, Abanto Vásquez ha precisado que: "la concertación debe darse de manera "fraudulenta", es decir; mediante maniobras de engaño, dando la apariencia de actitudes legítimas, ocultando los hechos a la otra parte [...]. En el fraude se manifiesta el "perjuicio patrimonial" potencial o real para la administración pública. No puede haber "fraude" si este perjuicio no formara parte de la concertación, por más que ésta sea indebida.[220] El contrato[221] debe ser **defraudatorio** para el Estado, esto es, que el Estado haya

[219] Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia R.N. N° 1022-2004-Ayacucho (Data 45 000) Denunciado: Pablo Félix Salazar Cossío Agraviado: El Estado Asunto: Concusión Fecha: 7 de diciembre de 2004, quien señaló que: "Se denuncia al asesor externo de un proyecto de irrigación por haber autorizado la realización de una construcción sin justificación del costo adicional que implicaba la ulterior construcción. El procurador público impugna la sentencia de la Sala Superior que absuelve al acusado, bajo el argumento de que se acreditó que en la realización de los proyectos y obras de la cámara de carga y dispersora del canal de demasías de un proyecto especial, el acusado, en su calidad de asesor externo, habría autorizado a que se realice la construcción sin tener en cuenta las especificaciones técnicas originales y económicas, no habiéndose justificado el gasto adicional. La Sala Suprema, por un lado, verifica que el acusado fue contratado por el proyecto especial como asesor externo y que al ser consultado sobre las variaciones de algunas especificaciones técnicas de las obras originales formuladas por las empresas constructoras, emitió opinión favorable (esta fue compartida por otros dos funcionarios del proyecto: el director de obras y estudios y el director de supervisión). Pero a su vez considera que no existe prueba categórica que acredite que la conducta bajo examen sea constitutiva de colusión (artículo 384 del Código Penal), pues si bien objetivamente estaba probado que hubo ampliaciones de gastos por las variaciones técnico-económicas de las obras, no se había establecido que tal proceder subjetivamente se hiciera en concertación dolosa y defraudatoria. Se confirma, por consiguiente, la sentencia superior absolutoria, por el delito de concusión denunciado.

[220] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *op. cit.*, Pág. 312-313.

[221] Estos acuerdos encajan perfectamente en la definición de contrato que el Código Civil peruano: *"El contrato es el **acuerdo** de dos o mas partes para crear, regular, modificar o extinguir una **relación jurídica patrimonial**"*. Estos convenios

sufrido un perjuicio económico específico. Ello se determina con una pericia que mida el perjuicio patrimonial sufrido por el Estado en el acuerdo indebido entre el funcionario público y el tercero interesado contraparte del contrato. Los convenios no solo se refieren a los acuerdos alcanzados en la celebración o ejecución de una contratación pública, sino también a ciertas modalidades específicas de contratación en los procesos de selección previstos en la legislación administrativa[222]. Según García Cavero "(...) la defraudación no es un elemento objetivo del tipo, sino un elemento tendencia.

Por el contrario, la redacción asumida por nuestro Código penal establece que la conducta típica es "defraudar al Estado, concertándose con los interesados", de manera tal que el concierto entre el funcionario público y el interesado resulta solamente la modalidad específica con la que se realiza la conducta típica de defraudar los intereses estatales"[223]. Según Castillo Alva "La nota característica de la infracción estriba en que la pro-

---

son válidos ya que fueron celebrados por agentes capaces, el objeto de las prestaciones era física y jurídicamente posible, la finalidad era lícita y la forma oral de su celebración no estaba prohibida (ergo era lícita). Estas afirmaciones tienen sustento en el Art. 140 del Código Civil peruano que prescribe: "El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Características del contrato.-

a) Es consensual.- Se perfecciona con el solo acuerdo de voluntades.
b) Es bilateral.- Surgen obligaciones para ambas partes.
c) Es oneroso.- El agente recibe una remuneración por la promoción que realiza, y el agenciado, beneficiado por tal actividad, debe pagar la suma estipulada.
d) Es un contrato de ejecución sucesiva.- El agente se obliga a una permanente actividad de promoción.
e) Es un contrato atípico.- No está legislado en nuestro país.

[222] GARCÍA CAVERO, Percy, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 28.

[223] GARCÍA CAVERO, Percy, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 45.

tección del patrimonio estatal depende y se condiciona a la aparición de un concreto *modo típico de conducta*: la concertación que se realiza en el complejo entramado del proceso de concertación estatal. La lesión al patrimonio estatal que se ejecuta con otros medios o a través de otros mecanismos defraudatorios no se encuentran amparados ni protegidos por el bien jurídico por el ámbito de protección de la norma"[224].

3.3. La vinculación funcional del funcionario/servidor público

El delito de colusión desleal o defraudatoria es uno de aquellos ilícitos penales en los cuales la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia de delito[225] y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (negociaciones y operaciones contractuales) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial.

El tipo penal de colusión (artículo 384 CP) es muy claro al respecto: sólo puede ser autor del delito de colusión desleal aquel sujeto que es funcionario o servidor *que por razón de su cargo o comisión especial haya intervenido en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante*. Es un criterio restrictivo-objetivo en relación a la imputación personal –"vinculación funcional"- que ha consignado el legislador peruano en el delito de colusión.

---

[224] CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 79 y 80.

[225] El artículo 384 que señala: "El funcionario o servidor público que, en los contrarios, suministros, licitaciones, concursos de precios, subasta o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por **razón de su cargo o comisión** especial **defrauda** al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, **concertándose** con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido como pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años".

Los funcionarios públicos que actúan en razón al cargo, y dentro de una función específica, o a partir de una comisión especial (delegación normativa o de otro orden) ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares, con personas jurídicas –sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras- vigilando los acuerdos más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la que representan[226]

3.3.1. Exposición jurisprudencial

Sin embargo, por más que una persona tenga la calidad de funcionario o servidor público, todavía no puede ser considerado autor del delito en cuestión, ya que tendrá que verificarse la llamada "vinculación funcional" del funcionario público. Así, se ha pronunciado la jurisprudencia peruana a través de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N° 1382-2002 de fecha 5 de mayo de 2003 "...que el delito de Colusión Ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público, concierte que los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por *razón de su cargo o comisión especial*; sin embargo, fluye de autos que el procesado Ortega Yáñez no tuvo poder de decisión y por tanto, ninguna injerencia en la adquisición..."[227].

Asimismo se ha pronunciado la sentencia de fecha 19.Ago.05 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el pro-

---

[226] CASTILLO ALVA, José Luis; en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 87.

[227] Extraído de: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2004, Pág. 155.
En la jurisprudencia española MIR PUIG, 2000, Pág. 335 cita la siguiente sentencia: "Pero no es necesario que el funcionario o autoridad pertenezca al ente público al que se pretenda defraudar, basta con que deba intervenir por razón de su cargo en un proceso de contratación o liquidación del que se pueda derivar un perjuicio para un ente público (vide STS de 16 de mayo de 1990, RA 3931; 16 de febrero 1995, RA 1176, que afirma que el sujeto activo ha de ser un funcionario público que interviene en el hecho en el ejercicio de sus funciones".

ceso penal AV 31-2003 incoado contra Julio Rolando Salazar Monroe por la comisión de los delitos de Colusión y otro, que señala en su considerando Quinto lo siguiente: "...así se tiene que el funcionario o servidor público tiene deberes diferentes al del ciudadano común y corriente y por tanto para cometer el delito de colusión desleal tiene que faltar a esos deberes especiales; que por consiguiente, tal ilícito sólo puede ser perpetrado por los funcionarios o servidores públicos *que intervienen por razón de su cargo en cualquiera de las etapas de contratación del Estado...*"

3.3.2. Exposición doctrinal

Es muy claro Mir Puig cuando enseña que: "El círculo de los posibles autores de este delito se restringe a los funcionarios públicos o autoridades, a efectos penales (art. 24 CP) –no es determinante el Derecho administrativo- que intervengan "por razón de su cargo", en el ejercicio de sus funciones (...) Es decir, sujeto activo lo será no cualquier funcionario sino el funcionario o autoridad competente para participar en el proceso de contratación pública o liquidación..."[228]. Quintero Olivares, manifiesta lo siguiente: "Sujeto activo del delito únicamente podrá serlo el funcionario o autoridad competente, cuanto menos genéricamente, para intervenir de forma directa o indirecta en cualquier clase de contratación pública o en la liquidación de efectos o haberes públicos..."[229]

Morillas Cueva, establece en relación al ámbito restrictivo que tiene dicho delito, lo siguiente:"...es un delito especial con carácter relativamente restrictivo: no toda autoridad o funcionario puede ser sujeto de esta infracción, sino aquel que intervenga por razón de su cargo en los actos o liquidaciones indicadas, esto es que tenga la posibilidad de

[228] MIR PUIG, Carlos; *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, 2000, Pág. 336.

[229] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *"Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal Parte II"*. Navarra: Aranzadi, 1999, Pág. 1297.

intervenir..."[230]. Serrano Gómez, refiere que uno de los elementos integrantes del delito en comento está circunscrito a la: "intervención de la autoridad o funcionario público en actos de contratación pública o en liquidaciones de efectos y haberes públicos en los que participa por razón de su cargo..." [231]

En igual sentido, en la doctrina peruana Portocarrero Hidalgo quien indica que: "Puede ser el funcionario o servidor público que realiza la conducta descrita, en función del cargo, como también la persona comisionada en forma especial para suscribir el documento con representación oficial"[232]. Rojas Vargas enseña que: "La defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no es típica de este delito; tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios vinculados que deciden defraudar y efectivamente vulneran los intereses del Estado, *o aquella practicada con un funcionario o servidor que se halla al margen de dicho nexo de funcional*"[233].

Como bien dice el citado autor Rojas Vargas que una de las causales de atipicidad del delito de colusión desleal es: "Si el sujeto interviene *en las operaciones al margen de su cargo*. Su hecho podrá revestir relevantes de otras figuras penales (estafa o defraudación) pero de colusión legal"[234]. Abanto Vásquez precisa al respecto que: "sujeto activo es un "funcionario público" con la *función específica* de participar en los contratos, suministros o licitaciones en los cuales comete el delito, tanto en el momento de la contratación como en el de la ejecución y ampliación,

[230] MORILLAS CUEVA, Lorenzo; *"Delitos contra la Administración Pública. Fraudes y Exacciones Ilegales"*. En: COBO DEL ROSAL, Manuel; Compendio de Derecho Penal Español, Madrid, 2000, Pág. 836.

[231] SERRANO GÓMEZ, Alfonso; *Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 2002, Pág. 807.

[232] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 1996, Pág. 154.

[233] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2002, Pág. 282.

[234] ROJAS VARGAS, 2002, Pág. 288 y 289.

lo cual deberá determinarse con ayuda de las leyes administrativas que regulen las actividades pública"[235].

Frisancho Aparicio / Peña Cabrera señalan que: "La negociación que entable para defraudar al Estado, mediante los contratos, suministros, licitaciones, subastas o cualquier otra operación semejante, *deben ser hechas utilizando el cargo o comisión especial.* Ha de presentarse una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que realiza"[236]. Hugo Alvarez, manifiesta que para la configuración del tipo se requiere tres condiciones concurrentes, siendo una de ellas la siguiente: "1. Por la cualificación del tipo, el agente funcionario o servidor público interviene por razón de su cargo y a nombre del Estado, en los contratos, concurso de precios, licitaciones, ajustes, liquidaciones, etc."[237]

Castillo Alva, manifiesta que para ser autor del delito de colusión desleal el funcionario debe: "actuar en razón al cargo o en base a una comisión especial. No puede ser autor quien carece de esta calidad especial"[238]. El mismo autor afirma que "...no basta con que se reúna la condición de funcionario para que se cumpla con la tipicidad objetiva del delito. Es necesario, además, que el funcionario reúna una condición específica como es que por razón de su cargo o comisión especial se encuentre facultado para participar en los *"contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante"*[239].

---

[235] ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Los Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2003, Pág. 310.

[236] FRISANCHO APARICIO, Manuel / PEÑA CABRERA, A. Raúl; *Los delitos contra la administración pública*, Lima, 1999, Pág. 286.

[237] HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.; *Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública*, Lima, 2002, Pág. 84.

[238] CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 89.

[239] CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 91

La doctrina colombiana también ha hecho hincapié en el requisito de la vinculación funcional. Bernal Pinzón precisa en relación a dicha exigencia objetiva, lo siguiente: "sujeto activo del delito no puede ser sino el funcionario o empleado público que tiene la facultad legal para intervenir en alguna de las operaciones a que se refiere la norma"[240]. En igual sentido Molina Arrubla, para quien sujeto activo de dicho delito solo puede ser: "...el servidor público, de tal manera que puede decirse que es este un tipo penal de sujeto activo calificado en razón de sus especiales calidades o condiciones como miembro corriente o circunstancial de la administración"[241]. Dicho autor agrega además que: "Es claro que ese sujeto activo, a más de su calificación como servidor público se encuentra circunstancialmente cualificado, en la medida en que se exige, conforme a la redacción que actualmente presenta la disposición que se examina, que sea uno de aquellos sujetos que, en ejercicio de sus funciones, intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato..." [242]

3.3.3. Exposición legal

La "vinculación funcional" como parte del tipo objetivo está en varios artículos de la Parte Especial del Código Penal peruano. En el delito de concusión (artículo 382 CP) prescribe que: *"El funcionario o servidor público que,* ***abusando de su cargo...****"*. Así, se habla en el delito de peculado doloso (artículo 387 CP) que prescribe: *"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 del cargo****..."*. En el delito de cohecho pasivo propio (artículo 393 CP) prescribe que: *"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...****"*.

---

[240] BERNAL PINZÓN, Jesús; *Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir*. Bogotá: Temis, 1965, Pág. 137.

[241] MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario; *Delitos contra la Administración Pública*, Santa Fe de Bogotá, 2000, Pág. 325.

[242] MOLINA ARRIBLA, Carlos Mario: Ob. Cit. Pág. 326.

A nivel de Derecho comparado puede citarse los siguientes casos: En el Código Penal español (art. 336°) precisa que: "*La autoridad o funcionario público que, interviniendo* ***por razón de su cargo...***". En el Código Penal argentino (art. 265°) precisa que: "*Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tres a diez años, el funcionario que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación* ***en que intervenga por razón de su cargo...***".

3.4. El resultado típico en el delito de colusión.

Otros de los elementos típicos del delito de colusión desleal es el perjuicio típico a los intereses del Estado como consecuencia de la contratación entre el funcionario público y el interesado. Así la jurisprudencia peruana a través de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el Recurso de Nulidad N° 3611-2002, señala que: "...es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos que son a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) *perjudicar a un tercero, en este caso al Estado,* c) mediante diversos formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial..."[243].

El perjuicio no solo puede revestir la forma de un pago o un desplazamiento patrimonial, sino que supone por pago del Estado la prestación de determinados servicios por los que no se paga suma alguna de dinero o pagándolo no se trata de monto proporcional y justo dentro del mercado[244].

La exigencia de este elemento resulta discutida en la medida que no se encuentra expresamente indicado en el tipo penal. Para ello se ha elaborado –jurisprudencialmente- dos teorías que explican el tema en cuestión. En efecto la una ejecutoria de la Corte Suprema ha señala

[243] SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2004, Pág. 176 (las cursivas son mías).

[244] En este punto también: CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/ CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 144.

expresamente sobre estoas dos teorías: "Que la conducta de los citados encausados fue tipificada en el articulo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que sanciona al funcionario o servidor publico -delito especial- que con ocasión, entre otros, de subastas en la que intervengan por razón de su cargo o comisión especial defraudan al Estado o entidad u organismo del Estado concertando con los interesados; *que como premisa fluye que se trata de un injusto penal de resultado cuyo núcleo rector típico es defraudar al Estado, real o potencialmente*; que, en el presente caso, los dictámenes periciales contable ordenado por el Juez Penal, concluyó que la Municipalidad de San José del Alto obtuvo una ventaja económica de diez mil setecientos cincuenta y cuatro con sesenta y nueve nuevos soles por la venta del tractor oruga, siendo así, no puede estimarse que medio una defraudación penalmente relevante".

Un tema relevante es que si la concertación arroja no perjuicios al Estado sino más bien ciertos beneficios económicos al Estado ¿Habrá delito de colusión desleal? En ese sentido Castillo Alva nos dice que "Si se parte que no toda concertación se encuentra prohibida por la ley penal, queda claro que la primera forma de acuerdo o de la concertación que queda excluido del ámbito normativo es la *concertación desventajosa* o que genera beneficios para el Estado, tanto por la forma y modo que se llevó a cabo el acuerdo como por la inexistencia del perjuicio. Si el funcionario o la comisión a cargo de la negociación cumplió con respetar escrupulosamente el procedimiento reglado o los requisitos para llegar al acuerdo y dicha acción trajo consecuencias favorables al Estado o la dependencia pública correspondiente, tanto en el precio y/o calidad del servicio o bien pactado, no habrá ni disvalor de acción ni disvalor del resultado. Forman parte de este grupo de casos los contratos que partiendo de negociaciones previas generan ventajas comparativas o un ahorro sustancial a la entidad estatal"[245]. En tal línea también se puede decir que la posición del perjuicio efec-

[245] CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 119 (las cursivas son del texto).

tivo es compartida por algún sector del Ministerio Público al exigir un resultado –perjuicio efectivo- a los intereses del Estado para configurar el delito de colusión desleal[246].

En relación al resultado típico en el delito en cuestión merece destacar gasta tres grupos:

---

[246] Así, véase la acusación fiscal recaída en el Expediente 049-2001 expedido por la Quinta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (página 50, punto 5) señala lo siguiente: *"A) El 11 de mayo de 1995, en sesión del Directorio N° 19, integrado por Danfer Suárez Carranza (Presidente), Javier Manuel Revilla Palomino, Mario Rodolfo Gálvez Pinillos, Alberto Zarak Alvarado, Luis Enrique Duthurburu Cubas, Juan Silvio Valencia Rosas y Alejandro Vigo Gallirgos, Financiera Regional del Sur – FINSUR, aprobó la compra del hotel Tampu Diplomat; a mérito de esto el 16 de mayo de 1995 se concretó esta operación por la suma de US$ 2 700 000.00 a través de la respectiva escritura pública suscrita ante el Notario Alfredo Paino Scarpati. B) De esa cantidad, US$ 2 070 071.00 fueron utilizados para el pago de la obligación que tenía Palm Suite SA con la Caja de Pensiones Militar Policial; por tanto, con la celebración de esta compra venta la Caja no sólo recobró su inversión del orden de US$ 1650 000.00, sino que además obtuvo los correspondientes ingresos por los intereses pactados y por la mora incurrida; en consecuencia desde esta perspectiva se tiene que la de esta operación no se deriva ningún perjuicio económico para la Caja, toda vez que la obligación pendiente de saldar a su favor, lo fue justamente con el producto de la venta; C) En ese orden de ideas tenemos que por un lado la Caja de Pensiones Militar Policial satisfizo sus intereses y por otro lado que FINSUR incremento su patrimonio con la adquisición de aquel inmueble, que además fue comprado a un valor por debajo del monto al que fue tasado (US$ 4 062 500.00) al momento de garantizar el crédito a favor de Palm Suite SA D) Es por estas consideraciones que la conducta de los miembros del Consejo Directivo de FINSUR que aprobó la compra del Hotel Tambu Diplomat* ***no resultó lesiva a los intereses de la Caja de Pensiones Militar Policial y por consiguiente tampoco a los intereses del Estado, razón por la cual la conducta de los procesados en este extremo se encuentra desprovista de contenido penal al no presentarse la defraudación como elemento componente del tipo penal previsto y penado por el artículo 384° del Código Penal.*** *En ese sentido, esta Fiscalía Superior Especializada, en aplicación del artículo 221° del Código de Procedimientos Penales, PROPONE a la Sala el SOBRESEIMIENTO de lo actuado en cuanto a este extremo se refiere, ARCHIVANDOSE DEFINITIVAMENTE".* Esto demuestra que para el Ministerio Público el perjuicio real en el delito de colusión desleal resulta ser el elemento crucial a la hora de cerrar la tipicidad penal de este delito. En ese sentido, el Fiscal Superior se adhiere a la concepción real del perjuicio para el delito de colusión.

3.4.1. El perjuicio potencial

Sobre el perjuicio potencial que debe ser entendida como la generación de un peligro concreto de perjuicio, es decir que en el caso concreto se ha presentado todos los factores para la materialización del perjuicio, pero éste no se ha producido por razones fortuitas. En el fraude se manifiesta el "perjuicio patrimonial" potencial o real para la administración pública. No puede haber "fraude" si este perjuicio no formara parte de la concertación, por más que ésta sea indebida[247]. En otras palabras se trataría de un delito de peligro concreto por lo que no será suficiente una concertación defraudatoria sino que deberá determinarse además que en el caso concreto la afectación al patrimonio estatal no se ha producido por causalidad[248]. Aun en el caso de la tesis del "perjuicio potencial" se necesita acreditar pericialmente que la concertación entre el Funcionario Público y el interesado haya podido ocasionar un perjuicio económico al Estado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho que "...además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primer –la concertación- que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos –esto es, la defraudación- *debe precisarse que no necesariamente debe identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la pers-*

[247] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *op. cit.*, pp. 312-313.

[248] En este sentido: ABANTO VASQUEZ, 2001, Pág. 270 "Para la doctrina, por lo general, es un delito de "peligro" (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de MERA ACTIVIDAD donde no sería posible la tentativa, pues antes de la "concertación no habría aparentemente nada. El delito se consumaría con la simple "colusión" o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja de funcionario. Solamente se necesitaría la "idoneidad" del acto de colusión".

pectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de un lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa"[249].

Por otro lado en el derecho penal español (artículo 436° CP) se regula el delito de colusión ilegal, que en la parte del resultado típico sería la siguiente frase ***"...se concertare con los interesados o usare de cualquier otro artificio para defraudar..."***, que sería, sobre todo esta parte de su redacción legal similar a nuestro delito de colusión ilegal regulado en el artículo 384° CP. En efecto, y siguiendo la posición del perjuicio potencial para la colusión desleal encontramos, en referencia al derecho español, a Mir Puig: "Estamos ante una figura especial de

[249] Ejecutoria suprema de fecha 12 de Diciembre del 2007 (Recurso de Nulidad N° 1296-2007) expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Considerando sexto. (las cursivas con mías). Esta misma línea de razonamiento se percibe en la Ejecutoria suprema de fecha 1 de Julio del 2008 (Recurso Nulidad N° 5080-2007) expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Considerando tercero dispone que "...además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primer –la concertación- que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos –esto es, la defraudación- *debe precisarse que no necesariamente debe identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de un lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos*; desde esta perspectiva la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa".

conducta defraudatoria del patrimonio público (...) configurada como **tipo de peligro abstracto, delito de mera actividad**, porque la actividad y el resultado se producen simultáneamente, no existiendo una distancia espacio-temporal entre la actividad y el resultado (GIMBERNAT), y delimitada dicha figura legal a un campo concreto de la gestión pública: **la contratación pública y la liquidación de efectos o haberes públicos**"[250].

3.4.2. El perjuicio efectivo

Otro de los elementos típicos del delito de colusión es la existencia de un perjuicio para el Estado, lo que resulta evidente por cuanto la acción típica esta determinada por una concertación defraudatoria, y toda forma defraudatoria requiere objetivamente de la causación de un perjuicio patrimonial fáctico[251]. En esta posición el delito de colusión se trata de un delito de resultado, la pregunta que surge es si se trata de un delito de resultado o un delito de peligro (o de mera actividad). Así, en los delitos de resultado es imaginable teóricamente –y por ello se distingue de los de mera actividad- la exigencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado material.

La verificación de la existencia del perjuicio patrimonial como elemento constitutivo del tipo penal de colusión, es también una posición que de manera recurrente ha venido adoptando la Corte Suprema de Justicia de la República La exigencia típica de la verificación del perjuicio real, es también compartida por la Corte Suprema, pudiendo

---

[250] MIR PUIG, Carlos; *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000, Pág. 335 (las cursivas son del texto).

[251] Para MONTOYA VIVANCO, Yván; "*Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano*", cit., Pág. 101 "...por perjuicio patrimonial no debe entenderse en este caso una mera disminución de patrimonio del estado, sino especialmente una disposición patrimonial o una prestación de servicios del ente público no compensada debidamente (sea pecuniariamente, sea en la calidad del bien, sea en la duración del bien, su mantenimiento, condiciones de entrega, entre otras condiciones) por la contraprestación del particular".

citar, en tal sentido las siguientes Ejecutorias: Recurso de Nulidad N° 740-2003/Arequipa de fecha 4 de junio de 2004[252]; recurso de Nulidad N° 1100-2003 de fecha 16 de junio de 2004[253]; recurso de Nulidad N° 3136-2004/Lima de fecha 14 de enero de 2005, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema; recurso de Nulidad N° 3342-2003/ Ucayali de fecha 10 de noviembre de 2004 emitida por la 2ª Sala Penal Transitoria; recurso de nulidad N° 956-2005/Junín de fecha 26 de octubre de 2005 emitida por la Sala Penal Permanente; recurso de Nulidad N° 1402-2002/Tumbes de fecha 4 de julio de 2002; recurso de Nulidad N° 3017-2004 /Huánuco de fecha 17 de marzo de 2005 emitido por la 2ª Sala Penal Transitoria; recurso de Nulidad N° 2192-2005/Puno de fecha 25 de abril de 2006 emitida por la Sala Penal Permanente.

La falta de perjuicio efectivo para el erario público solamente podrá castigarse a título de tentativa si es que existe una conducta típica de concertación defraudatoria que no ha devenido en el perjuicio por causas no atribuibles a los partícipes[254]. Por tanto, el delito de colusión se prueba cuando se determina que en la contratación presuntamente ilícita, existió de manera objetiva y tangible un perjuicio económico al Estado (que se demuestra a través de una pericia contable o de otro tipo) y cuando se demuestra que la contratación se debió a acuerdos ilícitos llevados a cabo entre el funcionario imputado y el tercero interesado.

Definitivamente lo hace la diferencia entre un ilícito penal de colusión y un ilícito extra-penal de "colusión" (por ejemplo: un ilícito civil o administrativo), es que en la primera tendrá que haber un *plus* en la represión de la conducta. Un *plus* que implicará dos momentos fundamentales: en primer lugar, un mayor *disvalor* de la acción por parte del funcionario público en cuanto a las maniobras defraudatorias que realice; y en segundo lugar, un mayor *disvalor* al bien jurídico protegido

[252] PEREZ ARROYO, M. Op. Cit. T. II. P. 1319.

[253] PEREZ ARROYO, M. Op. Cit. T. II. P. 1327.

[254] GARCÍA CAVERO, Percy; en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 49.

"administración pública", específicamente mediante la causación de un perjuicio económico al Estado u organismos del Estado según ley.

La verificación de la causación del perjuicio *ex post*, como elemento del tipo penal de colusión, es la posición dominante en la doctrina nacional, así Fidel Rojas señala que el delito de colusión es de resultado, es decir, requiere (...) que se produzca defraudación a los intereses del estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico, lo que tendrá que establecerse técnicamente[255]. En igual sentido Castillo Alva, quien luego de evaluar la impertinencia en nuestro sistema jurídico de las posiciones doctrinarias que niegan la necesidad típica de la acreditación del perjuicio, termina señalando que el elemento perjuicio armoniza mucho más el entendimiento del delito de colusión ilegal con principios constitucionales de enorme valor como es el principio de lesividad y el principio de intervención mínima, llegando incluso a precisar que el perjuicio que debe sufrir el Estado debe ser de naturaleza económica, lo que lleva a excluir de manera tajante del ámbito de protección de la norma otra clase de daños como, por ejemplo, el daño al prestigio estatal, a las simples expectativas de mayor utilidad o a un supuesto o aparente daño moral. El daño económico debe ser real y no meramente potencial[256][257]

En esa línea de ideas si no logre acreditar, no sólo la existencia de un supuesto acuerdo colusorio, sino la causación de un perjuicio patrimonial, la conducta atribuida resultara atípica. Para determinar la existencia de un perjuicio patrimonial, tal como lo ha señalado la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el R.N. N° 3342-2003/UCAYALI, de fecha 19 de noviembre de 2004, es necesario que éste sea

[255] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública.* 4ª edición. Editorial jurídica Grijley, Pág.

[256] CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, Pág. 141-144.

[257] Comparte esta misma posición PORTOCARRERO HIDALGO, Juan "Delitos contra la Administración Pública" Editora Jurídica Portocarrero. Lima 1997. Pag. 156 a 157.

determinado técnicamente, siendo evidente que el instrumento idóneo para ello es la actuación de una pericia contable.

Por ello el delito de colusión se consuma en el momento de suscribirse el contrato, en cuyas cláusulas aparece el concierto para defraudar al Estado[258]. En este extremo, en consecuencia, la conducta que ha desplegado mi defendido resulta atípica objetivamente del delito de colusión, porque se presenta la figura del delito imposible por inidoneidad del sujeto. Así, el delito imposible se va evidenciar, según la doctrina, cuando no podrá darse la consumación de un delito por falta de idoneidad del objeto, del medio o del autor[259]. En relación a este punto, Mir Puig define que hay delito imposible o tentativa inidónea cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado[260].

3.4.3. Opción mixta

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho que: "El delito de colusión fraudulenta, previsto y sancionado por el artículo 384° del Código Penal, exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un *perjuicio patrimonial -potencia o real- para la administración*"[261].

De la misma debe citarse la Sentencia de fecha 03-08-05 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (Exp. 25-2003 AV) en el "Caso Saucedo" ha dicho que: "*El perjuicio puede ser real o potencial*, no hace falta

---

[258] Véase, en este sentido: PORTOCARRERO HIGALGO, 1996, Pág. 159.

[259] Así, el artículo 17 de nuestro código penal precisa sobre este tipo de tentativa que: "*No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del empleado o absoluta impropiedad del objeto*".

[260] MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 1996, Pág. 346.

[261] Recurso de Nulidad N° 1480-2003, Corte Suprema de Justicia, 22 de Julio del 2004, SPP, en: SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, Lima, 2006, Pág. 594.

que la conducta defraudatoria mediante concierte se manifiesta en la producción efectiva del perjuicio, en tanto que el fraude debe consistir en la concertación con la posibilidad idónea de perjudicar económicamente a la Administración Pública, siendo por tanto un delito de peligro con relación con el perjuicio patrimonial efectivo y de mera actividad, que se consuma con la puntual colusión" (las cursivas son mías).

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Un aspecto importante que debemos tener en cuenta es la probanza de la tipicidad subjetiva exigida para la configuración del delito de colusión desleal. En este punto, Abanto Vásquez precisa que se exige *dolo directo*. Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer los elementos "concertar", "ilegalidad" y "fraude"; elementos todos ellos que describen claramente la intencionalidad del sujeto activo[262]. No es elemento del tipo el "ánimo de lucro" propio o ajeno, aunque normalmente éste estará presente en el sujeto activo y sus colaboradores[263].

5. SOBRE EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL Y EL PROCESO DE REFORMA PRODUCIDA POR LAS LEYES NROS. 29703 Y 29758

Con la modificación legal producido por la Ley 29703 se ha zanjado en el campo doctrinal peruano todo un debate que ya venía dando algunos años atrás, en torno al delito de colusión del artículo 384° del Código penal, sobre en el tema del resultado típico de dicho delito que era donde más problema padecía dicho delito, que si era un delito de peligro o que por el contrario, era un delito de lesión, desde que la antigua versión del artículo 384° decía: "*...para defraudar al Estado...*", donde tranquilamente podrían interpretarse ambas posturas, que inclusive hasta el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, en muchas ocasiones tuvo que crear una tercera postura de "resultado" en el delito de colusión para darle mayor eficacia.

---

[262] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *op. cit.*, p. 316.

[263] ABANTO VÁSQUEZ, 2001, Pág. 268.

En este contexto, es que en el mes de Junio del 2011 se promulgó la Ley Nro. 29703 donde hubo importantes modificaciones a determinados delitos de cometidos por funcionarios y servidores públicos, esto en el marco de la aplicación que ya se venía dando del nuevo proceso penal para delitos de corrupción de funcionarios ya en tuvo el país a partir del 15 de Enero del 2011. La versión final y textual de dicha Ley Nro. 29703 quedó redactado de la siguiente manera: *"El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente 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"*.

La figura delictiva de colusión es reformulado en varios aspectos típicos. En principio se le identifica con el término *simple* de colusión no con el tautológico y contradictorio fraseo de "colusión ilegal" o "colusión desleal", pues el sustantivo ya contiene la de idea un pacto ilícito clandestino, irregular, no pudiendo admitirse la idea que existan "colusiones legales" o "lícitas". Luego, el verbo típico es reemplazado por el verbo coludir que alude precisamente al acuerdo ilícito entre el funcionario o servidor público y el tercero interesado, cuya participación es necesaria para la comisión del delito[264].

Quizá unos de delitos más esperados para una adecuada reforma legal era precisamente el delito de colusión, tal como sucedió. En efecto, el artículo 384º del Código penal peruano después de muchos años se cambio en el tema del resultado típico donde era la parte más sensible de dicho delito; ahora se concebía expresamente dicho delito como uno de resultado lesivo, y no ya como un delito de peligro concreto o potencial como algún sector de la doctrina y jurisprudencia lo concebía. Ahora se expresa en el artículo 384º del Código penal la exigencia que:

[264] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

"*...defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley...*". Con la expresión defraudare patrimonialmente, lo que se quiere decir, a mi juicio, son dos cosas puntuales: en primer lugar, el defraudare debemos entenderla como "causare", "lesionare", en otras palabras, no cabe duda que la voluntad del legislador era la de vincularlo a un resultado lesivo; y en segundo lugar, con la expresión "patrimonialmente" lo que queda claro es que lo que se protege en el delito de colusión es un aspecto patrimonial, económico, que hay una deslealtad del funcionario hacia el Estado, pero lo que se protege es, en realidad, un aspecto patrimonial del Estado.

En efecto si damos una mirada a la versión presentada por la Ley Nro. 29703 al delito de colusión estas serían las siguientes: se eliminan las específicas relaciones contractuales (como "suministros", "licitaciones", "liquidaciones") pues ahora se alude a la expresión: "*...cualquiera de las contrataciones o negocios públicos...*", para precisamente dar cobertura real a las distintas formas de relaciones contractuales que pudiera existir entre las partes contractuales.

Se ha dejado intacto el tema del sujeto activo en el sentido que sólo lo puede cometer el funcionario o servidor público, también se ha conservado el tema de la vinculación funcional que deba tener el funcionario público con respecto a su intervención en los procesos de adquisición de bienes y servicios, aunque debemos decir ahora, con mejor técnica legislativa, se ha agregado un supuesto fáctico y jurídico que en la práctica judicial y forense siempre se presentaba: "*...interviniendo por razón de su cargo o* ***comisión especial...***", es decir, el funcionario o bien podría estar ocupando el cargo de Gerente General de una institución pública (por su razón del cargo), o bien porque éste Gerente ha designado voluntariamente a otra persona de su mismo nivel o inferior nivel para que éste participe directamente en los procesos de adquisición de bienes y servicios; es decir, aquí el mencionado funcionario formará o integrará por ejemplo una Comisión Especial de Licitación Púbica, con determinados miembros y dicha Comisión Especial creará sus propias bases y condiciones reglamentarias.

Debemos de resaltar que el legislador peruano al momento de modificar la conducta típica y por supuesto el resultado del tipo penal en comento, no podía pasar desapercibido la consecuencia jurídica. En tal sentido, no altero en lo absoluto el marco penal en su extremo máximo del delito de colusión, ya que se sigue conservando la misma penalidad que tenía en el artículo 384° del Código penal; como puede verse en la nueva versión: "*...será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de* ***quince años***"; es decir, se conserva la pena de 15 años de pena privativa de libertad, que en mi concepto me parece una pena sumamente grave y desproporcional en comparación por ejemplo con el delito de cohecho pasivo genérico del artículo 393° del Código penal, que tiene una pena como se sabe en su extremo máximo de ocho años de privativa de libertad, donde aquí el funcionario o servidor público sí ha recibido un medio corruptor para defraudar sus obligaciones funcionales, que es una conducta mucho más ético-reprochable que un delito de colusión, sin embargo, éste delito termina siendo más grave que un acto de corrupción.

Siguiendo en el análisis de la Ley Nro. 29703, el legislador peruano ha creído por conveniente, sin embargo, modificar el extremo mínimo de cuatro a seis años de pena privativa de libertad, con lo cual el Juzgador tiene ahora un margen mucho más estrecho para determinar judicialmente la pena. El hecho de alterar, o mejor dicho, a gravar los marcos penales de los hechos punibles nunca ha pasado desapercibido por las todas y cada una de las reformas penales de nuestro país, consolidándose siempre la idea que el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo en materia penal se adscriben a una idea de político-criminal de agresividad y de endurecimiento.

Luego de un tiempo –por cierto muy corto- vinieron las críticas "destructivas" hacia dicha modificación provenientes de la Ley Nro. 29703 pues pensaron –equivocadamente- que se estaba generando una premeditada "impunidad" a aquellos funcionarios o servidores públicos que estaban siendo procesados por el delito de colusión, ya que ahora se le exige –vía Ley Nro. 29703- que el Ministerio Público pruebe la efectiva lesión (económica) en perjuicio claro está del Estado peruano,

mediante una relación de causalidad entre la conducta del funcionario y el erario nacional, cuando antes sólo se exigía, para efectos de la consumación, una conducta "potencialmente" riesgosa del funcionario, es decir, la prueba era mucho más flexible.

Pero lo que jamás dijeron –sobre todo los medios de comunicación- era que el moderno Derecho penal se rige por el principio de subsidieridad y última ratio, en el sentido que sólo debe intervenir en lesión o peligro (concreto) del objeto de protección, y eso es lo que ha realizado la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, y aquellas conductas que no alcancen ese nivel o grado de lesividad, no es que queden en el aire, sino que estarán suficientemente protegida y sancionadas por el Derecho administrativo sancionador.

Sin embargo, la presión mediática era fuerte en ese momento y se tenía que cambiar rápidamente la Ley Nro. 29703 de fecha junio del 2011; y no tuvo que esperar mucho tiempo pues el 21 de Julio del 2011, y antes de retirarse el gobierno del Dr. Alan García Pérez, se promulgó la nueva y vigente Ley Nro. 29758. Precisamente para paliar en algo las duras críticas y cuestionamientos que había recibido la anterior Ley en cuanto a su eficacia y represión penal. Como se sabe en casi mes y medio se tuvo dos leyes penales que no sólo causó desconcierto entre los penalistas sino también en los magistrados (jueces y fiscales), ya que tuvieron que solucionar un tema adicional: el conflicto de leyes penales en el tiempo ya que los abogados defensores de los funcionarios o servidores públicos abogaban por que se les aplique la primera Ley Nro. 29703 porque ésta Ley exigía un resultado perjudicial, que tendría que estar acreditado en el proceso penal.

Como es sabido, para efectos de una mejor metodología práctica la vigente Ley Nro. 29758 estructura una doble configuración típica de cara a la lesividad del bien jurídico protegido: en la primera parte está como delito de peligro (que la Ley lo llama colusión simple) y en la segunda parte está como delito de lesión (que la Ley lo llama colusión agravada), y esto una adecuada proporción en cuanto a la pena conminada para cada uno de ellos. En efecto, la nueva versión propuesta por

la vigente Ley Nro. 29758, en la primera parte, es la siguiente: "*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado, según ley...*".

El contexto en el que se realiza dicho acuerdo colusorio, es el de un proceso de contratación o adquisición publica de bienes y servicios. Con ello se deja de lado el enunciado casuísta del artículo 384 actual. Comprende desde la generación de la necesidad; el requerimiento; la convocatoria; la presentación de propuesta; la evaluación; la adjudicación; la firma de contrato, la ejecución y liquidación del mismo. La vinculación funcional con dicho proceso es amplia, no exigiendo una vinculación formal específica; de allí que la intervención típica del agente sea directa o indirecta finalmente; se aclara la discusión dogmática y jurisprudencial sobre el perjuicio exigido. Si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo, como sucede en la legislación española[265].

Asimismo se ha incorporado el llamado delito de colusión agravada bajo los siguientes términos: "*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón del 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...*". Como puede verse se conserva casi en su integridad el aspecto de la conducta típica con relación a la descripción desarrollada en el delito de colusión simple, por lo que nos remitimos a las consideraciones anteriormente señaladas; salvo algunas temas que vale la pena mencionar: a) que ahora se habla con mejor propiedad y técnica que el funcionario pú-

[265] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

blico puede participar "en cualquier etapa" en las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, es decir, ahora habrá conducta típica de colusión en el aspecto de las negociaciones o tratativas entre las partes, en la suscripción de los términos del contrato público, en la misma convocatoria de la Licitación Pública a realizar previo a la elaboración de las bases realizados por el Comité Especial, y obviamente se puede cometer Colusión en la misma ejecución del contrato, entre otras etapas; b) ahora se habla expresamente de "concesiones" que abarca definitivamente a las concesiones mineras. Otro tema en la descripción típica agravatoria es el resultado típico, ya que ahora se señala expresamente: "*...defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado...*", es decir, que cuando el Funcionario Público se colude con el o los interesados y si dicha operación colusoria causa un perjuicio económico al Estado peruano se configurará la agravante. De más está decir, que tiene que darse un evidente perjuicio económico "negativo" a los intereses al Estado, porque si por el contrario, existe una concertación ilícita entre las partes, pero más bien el Estado ha salido "ganando" con la concertación no existe delito de Colusión. Y obviamente el tema de la pena conminada, sobre todo en la pena mínima que ahora es de seis años de pena privativa de libertad, conservándose la pena máxima cual es de quince años de pena privativa de libertad.

6. SOBRE ALGUNOS PUNTOS PROBLEMÁTICOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN.

6.1. La colusión como tipo penal de encuentro

Hay que advertir que estamos frente de un delito de *participación necesaria*. Como vemos, el verbo rector que describe la conducta ilícita del sujeto activo es "concertándose con los interesados". Se vislumbra entonces que el tipo penal unifica necesariamente las conductas del funcionario público y el interesado para lograr la configuración típica de la conducta a través de la concertación desleal. Ahora bien existe participación necesaria cuando un tipo se haya configurado de

manera que para su realización se necesita la intervención de más de una persona, tales casos de participación se clasifican en delitos de convergencia y de encuentro. Es claro entonces que la colusión desleal es un *delito de encuentro* porque se requiere la concurrencia volitiva y conductual de dos partes para la configuración del verbo rector "concertándose".

Así tenemos que conforme al referido artículo: *"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitación es, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación en la que intervengan por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del estado, según ley,* ***concertándose con los interesados*** *en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros (...)"*. En suma, a doctrina y la jurisprudencia al estudiar el delito de colusión desleal han precisado implícitamente que se tratada de un delito de encuentro, porque para la configuración de la estructura típica del delito se requiere la concurrencia de las conductas y voluntades del funcionario público (o funcionarios públicos) y los interesados para lograr el pacto ilegal defraudatorio a los intereses del Estado.

Los delitos de encuentro son las manifestaciones de voluntad de los intervinientes se dirigen a una misma meta criminal pero desde ángulos distintos, de forma que en cierta manera las acciones tienden a encontrarse. Los delitos de encuentro presuponen la pluralidad de personas que sean intervinientes, cuyas acciones, sea con una dirección de voluntad coincidente o no, se acercan mutuamente, es decir el encuentro de las diversas actuaciones de voluntad tiene efecto constitutivo para el tipo. Ello ocurre efectivamente en el tipo de colusión desleal ya que la consumación típica no es posible sino con la intervención del interesado -*extraneus*- que concierta con los funcionarios o servidores públicos -*intraneus*-, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y con ello, un acuerdo de voluntades entre funcionario-servidor y el interesado.

Esta convergencia entre las conductas del funcionario público (o los funcionarios públicos) y los interesados se pone de manifiesto en

forma reiterada en la jurisprudencia nacional: *El delito de colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial (...).*[266]

Tal como ya hemos referido la acción típica en el delito de colusión desleal es la concertación que se produce entre el funcionario público y el tercero interesado en vincularse contractualmente con el Estado, de donde se puede deducir que estamos frente a un delito de encuentro, en el que confluyen dos acciones de sujetos distintos con una misma finalidad típica[267]. Al respecto Fidel Rojas señala "Por la naturaleza misma del delito de colusión desleal el interesado constituye un elemento fundamental de su redacción típica, ya que con base a la técnica de construcción legislativa empleada no se entiende el delito si es que no existe concertación ilegal (...) entre el sujeto público que contrata a nombre del interesado y el interesado o contratista. En tal perspectiva, podrá producirse quiebre funcional y defraudación a los intereses de la administración pública pero sino se produjo la aludida concertación con los interesadas el delito no podrá consumarse, es decir existirá atipicidad por colusión (...) Los interesados (...) pueden adquirir la calidad de cómplices primarios del delito de colusión, con mayor razón si el tipo penal está redactado de modo que requiere de estos concurrentes necesarios para perfeccionar la conducta típica; esto es, sería impracticable el delito de colusión defraudatoria si no existiesen interesados o contratistas"[268]

[266] Ejecutoria Suprema del 5 de mayo de 2003, Exp. N° 1382 – 2002. Puno. En SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Delitos contra la Administración Pública, jurisprudencia penal. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 154.

[267] Al respecto puede revisarse ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, 2ª edición. Palestra. Lima, 2003. P. 316 y ss.

[268] ROJAS VARGAS, Fidel. Op. Cit. P. 427-428. El subrayado es nuestro.

6.2. ¿Existe la figura del "interesado-cooperador necesario"? Sobre el tipo penal ampliado en el delito de colusión desleal

Usualmente en el delito de colusión desleal, según nuestra descripción típica, intervienen dos personas: el "funcionario/servidor público" y el "interesado". Sobre la base de esta premisa puede sostenerse la punición del interesado, no como autor o coautor sino como partícipe en calidad cómplice primario Art. 25 párrafo 1 de código penal, cuando cierra o concluye el acuerdo o contrato concesionario. Sin embargo, cuando se habla del tipo penal ampliado en el delito de colusión ilegal se requiere la intervención hasta de tres personas a) el funcionario o servidor público, b) el cómplice que le presta auxilio necesario y c) el interesado.

Como puede verse se trata de tres personas diferentes que cumplen roles y tareas absolutamente diferenciados en el marco de la comisión del delito de colusión desleal, es decir no puede "fusionarse" en vía de interpretación jurídica, el "funcionario/servidor público" con el "interesado", de tal modo que la misma persona no puede actuar al mismo tiempo como funcionario público y como interesado, ya que sino se estaría creándose la figura del "funcionario público-interesado. De la misma manera tampoco puede fusionarse –en vía de interpretación jurídica– la figura del "cooperador necesario" con el "interesado", ya que se tratan de dos personas que cumple roles también distintos. El intérprete no puede crear una "tercera figura delictiva" de naturaleza mixta de "interesado-cooperador necesario". En consecuencia, el funcionario/servidor público, el interesado y el cooperador deben recibir un tratamiento jurídico-penal personalizado.

Los delitos de participación necesaria, para que la conducta del partícipe necesario sea punible, es necesario que esté expresamente amenazada con pena en el tipo penal correspondiente. Si no cuenta con una pena simplemente la conducta –en este caso del interesado- debe quedar fuera del derecho penal. En ese sentido el Profesor Stratenwerth señala que "cuando la participación, según el sentido estricto del texto legal, es necesario pero no está amenazada con pena, será impune. Al

respecto hay unidad de pareceres" (...) "se debe deducir del silencio de ley que el partícipe necesario queda impune"[269].

Por ello la conducta del interesado resulta ser impune a la luz de la regulación del actual artículo 384° del Código Penal, lo que quedaría, en consecuencia, es que desde el punto de vista político-criminal el legislador peruano puede incorporar un artículo que sancione expresamente la conducta del interesado que se colude ilegalmente con el funcionario público, como lo ha realizado, por ejemplo, en el delito de cohecho activo genérico o específico, que sanciona la conducta del particular que trata de corromper al funcionario/servidor público; o en el caso del artículo 386° del Código Penal, que como hemos dicho, amplía el marco de punibilidad del sujeto activo precisamente en el delito en cuestión, lo mismo podría hacer con la conducta del interesado.

En este punto, existe una Ejecutoria Suprema donde menciona que los regidores son partícipes de colusión si muestran conformidad o anuencia con los contratos defraudatorios y desfavorables al erario municipal celebrados por el alcalde.[270]

---

[269] STRATENWERTH, Günther; *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la segunda edición alemana (1979) de Glagys Romero, Madrid, 1982, Pág. 282. Por su parte en la doctrina española QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA, Pág. 1298 sostiene que "la especial estructura típica del delito tipificado en el artículo 436° CP –tipo de participación necesaria- impide que la conducta del particular sea punible ex artículo 436 CP. En estos casos pese a estar prevista su conducta implícitamente en la descripción típica, el Código Penal no prevé el castigo del particular. Esta injustificada impunidad del particular ha conducido a la jurisprudencia a calificar su conducta como cooperador necesaria –vid STS 16 febrero 1995 (RJ 1995, 1176)- si bien, en alguna ocasión, ha atenuado el pena del particular precisamente por no concurrir en él la condición de funcionario prevista en el tipo (STS 2 febrero 1994 RJ1994, 759). No obstante se trata de una interpretación voluntarista, tendente a satisfacer necesidades de incriminación de conductas, sin cobertura legal para ello; los tribunales en tales casos están asumiendo una función suplente, que solo le corresponde al legislador".

[270] Véase la Resolución expedido por la Sala Penal Permanente Corte Suprema de Justicia R.N. N° 556-2007-Áncash (www.pj.gob.pe) Denunciado: Tobías Jorge Castillo Gomero y otros Agraviado: El Estado Asunto: Colusión desleal y otro Fecha: 10 de noviembre de 2008, que señaló lo siguiente: "Se denuncia a los regidores de una municipalidad por haber favorecido mediante delegación de facultades del alcalde

la colusión de este último con los representantes legales de las empresas "X" e "Y" a fin de suscribir sendos contratos de locación de servicios para la ejecución de un programa de fiscalización, los que se efectuaron con patente trasgresión de las normas de la materia y con cláusulas manifiestamente perjudiciales al patrimonio edil. La Sala Superior condenó al alcalde y a los representantes de las empresas como autores del delito y a los regidores del municipio, quienes colaboraron con el ¡lícito, como copartícipes primarios. Estos últimos impugnaron la sentencia. Uno de los regidores en su recurso alegó que no se había acreditado su intervención en los hechos incriminados y que solo se probó la responsabilidad penal del alcalde y los representantes legales de las empresas, además que no existen actas de acuerdo de concejo que lo vincularan. Otros dos regidores en su recurso adujeron que el contrato celebrado con las empresas tuvo como base un informe técnico del área de asesoría legal de la municipalidad agraviada, y en base a él se tomó un acuerdo de concejo que derivó en la celebración del contrato, la que se efectuó según las bases del proceso de adjudicación selectiva, y que a través de los acuerdos tomados se logró rebajar el porcentaje de 60% a 47% de ganancia de las empresas proveedoras, el cual no fue excesivo ni perjudicial para la municipalidad.

La Sala Suprema puntualiza en el presente caso que la concreta imputación contra los regidores del municipio (complicidad delictiva) implica acreditar no el hecho central de las conductas ilícitas (colusión desleal y abuso de autoridad) sino solo actos periféricos y accesorios de colaboración con el autor de los delitos incriminados, es decir, del alcalde. En ese sentido, considera que las pruebas de cargo del aporte objetivo que prestaron los citados encausados en el delito, en su calidad de regidores de la municipalidad, se sustentaba fundamentalmente en dos actas de sesión extraordinaria.

En esa línea de análisis, se determinó que el acuerdo tomado en dichas sesiones extraordinarias referidas a una delegación de facultades en el ámbito de fiscalización y asesoramiento tributario, posibilitó que el alcalde suscribiera los aludidos contratos de locación de servicios con las empresas "X" e "Y", los que resultaron claramente desventajosos a los intereses de la municipalidad por los montos que se pagaron a las citadas empresas. Asimismo, se desprendió de los acuerdos tomados que los encausados impugnantes, pese a las evidentes irregularidades incurridas en la suscripción del contrato, respaldaron el acto ilícito del alcalde en clara infracción a sus deberes funcionales, es decir de control y supervisión, derivados de su calidad de regidores

A partir de ello, la Sala Suprema coligió que los encausados recurrentes, en su calidad de regidores, favorecieron la comisión del delito por el alcalde, mostrando su conformidad o anuencia en sus actos ilícitos permitiendo que celebrara con terceros dos contratos defraudatorios y notoriamente desfavorables al erario municipal.

Finalmente, al Supremo Tribunal le llamó la atención que pese a declarar probada la responsabilidad penal de todos los encausados, el Colegiado Superior impuso injustificadamente a estos penas y reparaciones civiles de ínfima entidad, sin tomar en cuenta la gravedad de los ilícitos incriminados y el alto perjuicio económico ocasionado a la municipalidad perjudicada. Así también que pese a los patentes agravios que ocasionaba a la sociedad la sentencia recurrida, el Fiscal Superior no

6.3. El delito de colusión y su realización por la omisión impropia

Así, cuando nuestro texto penal sustantivo reprime la conducta de matar a otro, está castigando una acción que puede cometerse de distintas maneras, pero también –mediante la cláusula de correspondencia prevista para la omisión impropia- ésta acción puede equiparse a una omisión que consistiría –conforme a la descripción del verbo "matar"- en un "dejar morir" o en un "dejar matar".

Para el caso que nos ocupa, la equiparación normativa la extraemos de la descripción típica prevista en el artículo 384º del Código Penal que prevé el delito materia de imputación (Colusión Desleal); por lo que la conducta omisiva será equiparable a dicha descripción comisiva cuando:

- El funcionario con vinculación funcional no impide que otro funcionario al que le ha delegado facultades concierte fraudulentamente en los contratos, suministros, etc. con los interesados.
- El funcionario con vinculación funcional no impide –en dicho contexto de concertación o negociación- que los intereses patrimoniales del Estado se vean mermados en beneficio de intereses particulares.

En ambos casos se tiene que verificar, previamente, que el funcionario/servidor tenga una posición de garantía respecto al bien jurídico. En ese sentido se pronuncia Mir Puig, quien refiere que el deber de garante o posición de garantía: "Se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en "garante" de

formalizó su respectivo recurso de nulidad, lo que limitó las facultades de revisión del Supremo Tribunal. Por dichos motivos ordena remitir copias del proceso a la Oficina de Control de la Magistratura y a la Fiscalía Suprema de Control Interno, a fin de que se investigue la conducta funcional de los aludidos magistrados".

la indemnidad del bien jurídico correspondiente"[271] Similar opinión ha esbozado Zugaldía Espinar, para quien la posición de garante como característica de la vertiente típica de los delitos de omisión impropia esta referida a:"...una situación de responsabilidad especial que se funda en la estrecha relación del autor con determinados bienes jurídicos y de donde nace el deber especial de garantizar su indemnidad en unas concretas circunstancias de riesgo"[272]

Si bien es cierto que el comportamiento omisivo no es punible en este ilícito, cabe puntualizar que los funcionarios encargados de los procesos de licitación que dolosamente permiten que otros funcionarios realicen las actividades ilícitas, realizan actos concluyentes de carácter positivo, equiparables a la forma comitiva. Para Abanto Vásquez la "concertación" solamente describe una acción positiva, no es posible la modalidad "omisiva".[273]

6.4. Sobre la pericia valorativa como prueba idónea en el delito de colusión

La jurisprudencia penal peruana ha establecido que la pericia de valorización resulta en muchos casos determinante para acreditar el perjuicio al Estado. Así la Sentencia de fecha 11-08-06 de la 2° Sala Penal Especial (Exp. 038-2004) "Caso De Bari Hermoza Ríos", ha dicho que: "El perjuicio a los intereses estatales es un elemento de naturaleza material. Es intrínseco a la defraudación. Debe ser producto de confabulación y tiene que se determinado pericialmente".

En esta misma línea, otra jurisprudencia de la Supremo Tribunal ha señalado lo siguiente "...del análisis que forman el presente incidente se advierte la inexistencia del dolo en el accionar del sujeto activo, así

[271] MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 1996. Pág. 305.

[272] ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 2004. Pág. 806.

[273] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *op. cit.*, p. 316.

como también de los elementos configurativos del tipo penal de colusión desleal; que, en efecto, la pericia contable obrante en copia certificada, establece en sus conclusiones que la entidad agraviada no sufrió perjuicios patrimonial derivado de los pagos a las Empresas Cooperativas Limitada y Topoliz Sociedad Anónima debido a que los servicios fueron cumplidos en su totalidad, corroborado con los documentos que registran los informes proporcionados por la empresa prestadora del servicio de información reservada".

También debe citarse la Ejecutoria suprema que indica "Si de la pericia contable y bromatológica no se derivan irregularidades ni perjuicio al ente público, no existe prueba que haya habido concierto para defraudar al Estado en la adquisición de alimentos en precio, cantidad, calidad y oportunidad entre los funcionarios y empresa privada"[274].

[274] Expediente N° 2395-96-Huánuco, Ej. Supr., 23.oct.1997. en: ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, Pág. 451.

CAPÍTULO CUARTO
EL DELITO DE PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL

I. ASPECTOS HISTÓRICOS Y EL OBJETO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO

Históricamente se ha dicho que el peculado o el *peculatus* en el Derecho romano era el delito que consistía en una forma agravada de hurto; era el *furtum publicae pecuniae*, constituido por el hurto de cosas pertenecientes a los dioses (*pecunia sacra*). Soler indica que el peculado "...para subrayar como característica esencial de este delito la existencia de un abuso de confianza: la cosa no debe haber sido *trasferida*, sino *confiada*, lo cual vendría a un tiempo a diversificar el peculado del hurto, por una parte, y del *crimen residuorun*, por otra"[275].

El peculatus del Derecho romano (de *pecus*, sistema primitivo de transacciones) y se aplicó a la pecunia sacra, que requería el rito de la consagración pública, de manera que la ausencia de este requisito impedía la calificación de *peculatus* y se transformaba en hurto. En el Digesto se define el peculato como hurto de dinero público, entendiendo por tal el que pertenecía al pueblo romano, al Erario Público, no el de los municipios. Las conductas podían consistir en: sustraer (*auferre*) destruir (*interficere)* o distraer (*vertere in rem suam*) el Erario Público"[276].

---

[275] SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo 5, Pág. 169: Por eso quizá Soler en el peculado haya dicho que "La razón para especificar la figura no residirá entonces en la naturaleza de la cosa, sino en el vínculo de confianza". También este criterio puede encontrarse en el Diccionario de la Lengua Española, tomo II, Pág. 1555 cuando describe que el peculado es el: "Delito que consiste en el hurto de caudales del erario, hecho por aquel a quien está confiado su administración".

[276] BLECUA, Ramón; *"La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación, (estudio del artículo 397 del Código penal"*, en: ADPCP, 1985, Pág. 767 y 768.

Soler definiendo al peculado ha señalado que "...el peculado es una retención indebida calificada, y que la calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado como propietario o guardián de ciertos bienes, y con abuso de función"[277]. Para Nuñez "...el objeto del peculado no reside, como se piensa, en la circunstancia de que se sometan *a riesgos* extraños a los fines del fisco, porque la criminalidad del hecho no reside en la razón objetiva de la inexistencia de esa especie de riesgos, sino en la razón subjetiva-objetiva de la violación de la seguridad de los bienes de que disponen las administraciones públicas..."[278].

Con relación al bien jurídico-penal protegido en el delito de peculado doloso o culposo, se protege el normal desenvolvimiento de propiedad en su aspecto estatal. El comportamiento típico criminalizado mediante el delito de Peculado es el hecho de apropiarse o utilizar caudales o efectos pertenecientes a la administración pública y darle a los mismos un fin distinto al previsto desde un comienzo. El bien jurídico protegido por este delito es "el correcto funcionamiento de la administración pública". El comportamiento típico criminalizado mediante el delito de peculado es el hecho de dar al dinero o bienes que administra una aplicación distinta de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada. El bien jurídico protegido por este delito es "la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos" o el llamado principio de "legalidad presupuestal"[279].

El bien jurídico protegido, en el delito de peculado, es el probo desarrollo de la actividad patrimonial de la administración pública por parte de los funcionarios públicos que en razón de su cargo, tienen el manejo de los bienes públicos[280]. Sin embargo, es de destacar que nos encontramos

[277] SOLER, tomo 5, Pág. 180.

[278] NÚÑEZ, Pág. 113.

[279] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, pp. 384-385.

[280] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *"Delitos Contra la Administración Pública*, Buenos Aires, 2001. p. 250.

ante un delito pluriofensivo, en el sentido que 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 del poder del que se halle facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de honestidad, lealtad y probidad[281]. Al respecto, la jurisprudencia penal peruana ha dicho que "El delito de peculado que se le imputa (...), tiene como objeto de protección la intangibilidad de los interesados patrimoniales del Estado y controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar dineros públicos"[282]. Por otro lado, otra Ejecutoria Suprema ha señalado que el tipo penal de peculado no solo tutela el correcto desempeño de la función pública sino también el patrimonio público unido al debido cumplimiento del derecho presupuestario[283]

[281] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2000, p. 281.

[282] Expediente N° 11-01-Lima, Sentencia de fecha 28 de junio del 2004, SPE, "B" CSJ, en: BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto / NOLASCO VALENZUELA, José Antonio; *Jurisprudencia penal generada en el subsistema Anticorrupción. Corrupción gubernamental*, tomo I, Lima, 2006, Pág. 155.

[283] Véase, en este sentido, la Ejecutoria Suprema expedido por la Sala Penal Permanente Corte Suprema de Justicia R.N. N° 1228-2005-Ancash (Data 45 000) Denunciado: Elio Hernán Reyes Benavides Agraviados: El Estado y la Unidad de Servicios Educativos de Marañón Asunto: Peculado Fecha: 1 de setiembre de 2005, quien señalo lo siguiente: *"Se denunció al tesorero de una unidad educativa por haber cobrado un cheque que estaba asignado para los pagos por concepto de bonificación para docentes contratados, no habiéndose retribuido a cinco docentes cuando correspondía. Aún más, se habría adulterado la firma de recepción de dinero de cuatro de estos. La Sala Superior encontró responsable al agente del delito de peculado. Este formuló su recurso de nulidad, sosteniendo que la sentencia no valoró las pruebas practicadas en el proceso, tales como el informe emitido por la entidad educativa de la cual dependía, que señalaba que el encausado cumplió con pagar lo que correspondía a los docentes. Acotó que la Sala sentenciadora no consideró la forma y circunstancias en que el dinero supuestamente retenido fue entregado en forma oportuna al jefe de auditoría, y que no se ha demostrado que medió dolo en su conducta. Además de ello, en su instructiva señaló que no se apropió del dinero en cuestión sino que dichas cantidades fueron entregadas a los profesores conforme se acercaban para el pago, y que solo se quedaron sin cobrar tres profesores porque laboraban lejos de la sede institucional. La Sala Suprema emite su fallo valorando los siguientes instrumentos*

En consecuencia, el acto criminal es perpetrado, por el supuesto autor, no por el hecho o acción de extracción de caudales de propiedad del Estado. La acción ilícita es de omisión funcional, y su efecto secundario, recién causa un daño patrimonial. Se trata de evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, asegurando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos al que están

---

de prueba: 1.- la pericia contable, según la cual el sentenciado en su condición de tesorero giró y cobró un cheque a su nombre, dinero que estaba destinado al pago en efectivo de bonificaciones para 36 docentes contratados; asimismo, del monto en referencia el imputado pagó la respectiva bonificación a la mayoría del personal docente. 2.- Una constancia que acreditaba que en el curso de la investigación realizada por la oficina de auditoría interna se devolvió dinero para que sean entregados a tres profesores, cantidad que dicha oficina trasladó a los beneficiarios; asimismo, otras constancias que dan cuenta que el imputado pagó 100 soles por ese concepto a los últimos profesores. 3.- Un informe que confirma las tres constancias antes citadas. En ese sentido, con las constancias antes señaladas y la declaración del jefe de auditoría interna de la unidad educativa del sector, el Tribunal Supremo advierte que pese a cobrar el íntegro de la suma asignada para pago de docentes contratados, el agente no retribuyó a cinco de ellos y que solo posteriormente, a raíz de las quejas de estos y de la investigación administrativa, recién cancela la deudas pendientes, incluso -según expuso el auditor- adulterando la firma de recepción de dinero de cuatro maestros. De acuerdo a las pruebas señaladas, se llegó a determinar que la conducta del imputado de no pagar a cinco docentes tipificó el delito de peculado. Y es que aquel se apropió del dinero que estaba bajo su control aprovechándose que había efectuado el cobro del cheque destinado al pago de docentes por concepto de bonificación, cantidad que recién entregó a sus beneficiarios una vez que estos reclamaron a la institución e intervino la oficina de auditoría interna. Ahora, aun cuando el imputado fue sancionado administrativamente con suspensión de seis meses, la Sala determina que en este caso no se está ante un supuesto de ne bis in ídem, constitucional-mente prohibido, porque las sanciones administrativa y penal no tienen aquí el mismo fundamento o, mejor dicho, no tutelan el mismo bien jurídico vulnerado. Así, el tipo penal de peculado no solo tutela el correcto desempeño de la función pública sino también el patrimonio público unido al debido cumplimiento del derecho presupuestario, porque existe un supuesto de relación de sujeción especial del imputado con el Estado al ser funcionario público y contra él se ha concretado el régimen administrativo sancionador. Finalmente, se señala que aunque el imputado tardíamente cumplió con el pago a todos los docentes, la reparación civil no debe incluir la devolución de lo indebidamente apropiado; y que la pena de inhabilitación, conforme al artículo 57 del Código Penal, no es objeto de suspensión condicional, por lo que debió ejecutarse inmediatamente".

obligados los funcionarios o servidores"[284]. En esta medida, la norma resguarda la correcta administración de los intereses patrimoniales del Estado, evitando el abuso del poder conferido al funcionario público en razón de su cargo. Ahora bien, el tipo penal de peculado descrito en el artículo 387° del Código Penal exige la concurrencia de elementos objetivos materiales para su configuración, los mismos que deben verificarse en la realidad a fin de preservar el principio constitucional de legalidad.

Por ello el sujeto pasivo normalmente será el Estado y la Administración Pública, concretamente la dependencia administrativa que se ve perjudicada por el actuar ilícito del sujeto activo del delito. Por extensión se puede considerar como eventual perjudicado de este delito a un particular como consecuencia del acto ilícito de apoderamiento o utilización para otros fines de los fondos o caudales públicos, al tener una relación con la Administración Pública de carácter contractual u otro.

Rojas Vargas refiere que el objeto de protección del delito de peculado involucra un *elemento de naturaleza patrimonial*, en el sentido que se garantiza la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y por otro lado *un elemento funcional*, referido al quebrantamiento de los deberes de lealtad y probidad con relación al sistema de administración pública, del funcionario público que prevaliéndose de su cargo, disponen ilícitamente de una parte del patrimonio del Estado[285]. Sin embargo, es de precisar que para un sector de la doctrina, el elemento patrimonial debería ser ponderado por encima de la sola infracción de un deber funcional por parte del funcionario público, de suerte que el bien jurídico debería ser solamente el patrimonio de la administración pública, pero un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente al patrimonio de los particulares[286].

---

[284] ROJAS VARGAS, 2000, p. 281.

[285] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2000, p. 281.

[286] En ese sentido, el profesor ABANTO VÁSQUEZ refiere que en España el bien jurídico protegido por este delito es "la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir a los intereses generales de la sociedad". ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 333.

Posición que, a decir de Abanto Vásquez sería compatible con la sistemática peruana, en la medida que: (i) el patrimonio del Estado se protege no sólo desde la perspectiva que se vea lesionado a partir de una apropiación o sustracción material, sino que también a partir del destino que se le debe dar a determinados bienes públicos. Incluso el deber especial de cuidado que poseen los funcionarios públicos determina que este delito sea sancionado en una vertiente culposa, supuesto que escapa al ámbito de otros delitos patrimoniales comunes; (ii) los bienes del estado presente un carácter especial que los hace más importante con relación a los bienes que integran el patrimonio de los particulares, referido a su finalidad pública; y (iii) nuestro Código penal en su artículo 80 contempla una cláusula a partir de la cual el plazo de prescripción se duplica para delitos cometidos "contra el patrimonio del Estado", con lo cual se presupone la existencia de delitos de esta naturaleza.[287]

En esta medida, es de verse que la norma resguarda la correcta administración de los intereses patrimoniales del Estado, evitando el abuso del poder conferido al funcionario público en razón de su cargo. El sujeto activo del delito es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular, respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia en razón de su cargo. En nuestro medio el bien jurídico protegido por el delito de peculado ha sido entendido desde una doble vertiente, es decir nos encontramos ante un delito que cuya acción ilícita consiste en una omisión de carácter funcional, siendo que el efecto secundario de ésta se traduce en una lesión de naturaleza patrimonial en perjuicio del Estado.

Sin embargo, lo cierto es que el funcionario o servidor público ha asumido una especial función de tutela por la naturaleza de las instituciones a las que pertenece. En esa medida los tipos de peculado (apoderamiento, uso, malversación, demora en el pago), no protege penalmente y en forma exclusiva los derechos de propiedad de los bienes públicos

[287] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob Cit. p. 334.

sino fundamentalmente la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado.

En la sistemática penal peruana el delito de peculado se encuentra encabezando la sección III correspondiente al Capítulo II de los "Delitos cometidos por funcionarios públicos". No es un dato menor esta observación en la medida que por ejemplo, el delito de malversación de fondos (art. 398) sería una especie de peculado, mientras que en el Código penal argentino o el español, el peculado es más bien una especie del delito genérico de malversación de caudales públicos.

El peculado es más efectiva y concreta que la malversación, pues en esta todos los funcionarios con facultades para administrar, incluso el Presidente de la República puede cometer malversación de fondos. También este alto funcionario podría cometer peculado, pero bajo una condición más: la de operar sobre caudales o efectos que posean en virtud del cargo que ejerce. El delito de "peculado llamado también "sustracción de caudales públicos", delito de malversación por distracción de caudales o efectos públicos. En el art. 387 CP –segunda parte- el peculado se agrava cuando los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En igual sentido se puede observar en la malversación de fondos (art. 389 CP – segundo párrafo).

El peculado es tipo penal que sanciona la deficiente administración de los fondos públicos. Es la mala disposición de los caudales o efectos por parte de quien tiene facultades de hacerlo, precisamente por ocupar el cargo público. El punto está en que también se sanciona al inexperto e incapaz (culposo) funcionario público que no se dio cuenta que otro (funcionario o no) se apropie-utilice los caudales o efectos públicos. Sin embargo, en el delito de malversación de fondos también es una especie de mala administración de los fondos públicos pero la diferencia con el peculado, es que en aquel los fondos se desvían a un destino distinto del que tenían inicialmente pero dentro del marco de la administración pública.

En cambio, en el peculado se produce un desvío de los fondos pero situado fuera de la administración pública, porque tienen como obje-

tivo que los fondos representen un provecho económico en el mismo funcionario o de un tercero. Es por eso que el peculado tiene vinculaciones con algunos delitos contra la propiedad (por que los fondos públicos van a "propiedad del funcionario") específicamente con el hurto y la apropiación ilícita, y en cierta medida con la estafa por abuso de confianza.

En los delito patrimoniales como el hurto, robo, estafa, etc., el bien jurídico tutelado de manera general es el patrimonio, entendiéndose que esta constituido por la suma de valores económicos puesto a disposición de una persona, bajo la protección del ordenamiento jurídico[288]. Sin perjuicio de lo anterior, se considera que concretamente el objeto de tutela penal es el derecho de propiedad que comprende el derecho de posesión sobre un bien al ser la posesión inherente al dominio; donde el sujeto pasivo de esos delitos puede ser cualquier persona que tenga derecho a la propiedad o la posesión de bien mueble, pudiendo ser tanto una persona natural como una persona jurídica.

En el peculado de uso no existe un animo de dominio sobre el bien sólo existe el animo de servirse del bien. Ello explica por que el delito de peculado se encuentre en el capitulo referido a los delitos cometidos por Funcionarios contra la Administración Pública y no en el capitulo referido a los delitos contra el Patrimonio[289].

---

[288] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto; GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de Derecho Penal, Parte Especial. 4° Edición, aumentada y actualizada, Lima 1998, Editorial San Marcos. pp. 285. Así lo ha señalado nuestra jurisprudencia en el R.N. N° 821-99 La Libertad de fecha 11 de noviembre de 1999, "en el delito de robo se atacan bienes jurídicos de tan heterogénea naturaleza, como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo. No es más que un conglomerado de elementos tiítos en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo."

[289] ROJAS VARGAS, 2002. p. 330.

II. ASPECTOS ESENCIALES DEL ART. 387 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO: EL PECULADO DOLOSO POR APROPIACIÓN-UTILIZACIÓN.

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE PECULADO EN EL PERÚ.

El art. 387° del Código Penal tipificaba (con la reforma que hubo en el año 1993, a través de la Ley Nro. 26198), en su Capítulo II, Sección III, el delito de Peculado quedo de la siguiente manera:

> *"El funcionario o servidor publico 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 dos ni mayor de ocho años.*
>
> *Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.*
>
> *Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años."*

Sin embargo, hubo en el Perú una reforma integral del delito de peculado en el Código penal peruano, a través de la Ley Nro. 29703 de fecha 09 de Junio del 2011, en la que dicho delito quedó redactado de la siguiente manera:

> *"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma,* ***o consciente que un tercero*** *se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén*

confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro ni mayor de ocho años".

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si lo caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años".

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos añoso con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años".

Ahora bien, luego de un breve tiempo se produjo otra nueva modificación producido a través de la Ley Nro. 29758 de fecha 21 de Julio de 2011, donde ahora quedo redactada el delito de peculado en los siguientes términos:

"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, ***para sí o para otro****, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.*

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor a doce años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no mayor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de

libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años".

2. Sujeto activo

Lo primero que debemos destacar, conforme al modo en que nuestro legislador ha concebido el delito de peculado es que nos encontramos ante un delito de especial[290], en el sentido que el círculo de autores se encuentra restringido sólo a quienes ostentan la calidad de funcionarios o servidores públicos. En esa medida sujeto activo del delito de peculado únicamente podrá ser quien tenga con el Estado una relación funcionarial específica. El sujeto activo del delito es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia.

A contrario de lo que sucede con el sujeto activo de los delitos patrimoniales que puede ser cualquier persona, los tipos penales no exigen que el agente cuente con determinadas cualidades o condiciones; solo exige que el agente se haya apoderado de un bien ajeno o parcialmente ajeno mediante la sustracción. En lógica no podrá ser sujeto activo del delito de hurto el propietario de tales bienes. Si llega a determinarse que la sustracción la ha realizado el propio propietario del bien a un pose-

[290] Conforme a las clasificación de los delitos según los sujetos encontramos que éstos pueden ser: (i) comunes. Cuando la norma no hace ninguna limitación con relación al círculo de eventuales sujetos activos del delito, en ese sentido, son delitos cuya generalidad hace que puedan involucrar, desde una perspectiva de autoría, a toda la colectividad por igual; (ii) especiales. Los delitos especiales por el contrario, son aquellos que exigen la concurrencia de determinadas cualidades en la persona del sujeto activo, en el caso en particular la de ser funcionario o servidor público, por ejemplo. Los delitos especiales se dividen en propios e impropios. A mayor abundamiento, Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Otros. *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* Ed. Praxis, 1999. p. 155.

sionario, por ejemplo, no será autor de un delito de hurto sino del delito de apropiación ilícita.[291]

Así también, tampoco es sujeto activo de hurto simple el poseedor inmediato del bien que estando obligado a devolverlo opta por apropiarse indebidamente del mismo, pues en esta caso, la conducta constituye un supuesto de apropiación ilícita. Por otra parte, constituye circunstancia agravante del delito de hurto, cuando el hecho es realizado mediante el concurso dos o mas personas, y solo se alude con esto a que bastará el acuerdo entre los individuos para aplicar la agravante.

3. Conducta Típica

La acción típica en el delito de peculado esta conformada por los verbos rectores "apropiar" o "utilizar". En cuanto al concepto de "apropiación", parte de la doctrina distingue entre el acto de apoderamiento y la sustracción, entendiendo que el "apoderamiento" sería sustraer la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para ingresarlo en la propia esfera, por otro lado la "sustracción" solamente implicaría "apartar, separar, extraer" la cosa de la esfera de custodia en que el bien se encontraba legalmente. Contrario sensu, la doctrina italiana ha sostenido una interpretación distinta, entendiendo que la apropiación sería no cumplir con devolver o entregar a tercero una cosa recibida con esa finalidad, lo cual incluso podría incluir la simple sustracción. Sin embargo el criterio para definir la "apropiación", en opinión predominante por la doctrina nacional es que el acto de apropiar estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos, y este criterio encierra tanto el acto de apropiar como el de sustraer, pues implicaría que el sujeto activo es quien sustrae bienes o caudales ya sea en beneficio de el (peculado propio) o en beneficio de un tercero (peculado en su modalidad de apropiación a favor de tercero.

---

[291] SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra el patrimonio. 2° Edición, Jurista Editores, Lima 2006. pp. 57.

En este caso, el tipo penal contenido en el artículo 387° del Código Penal presenta 4 modalidades delictivas distintas, a saber:

- Peculado doloso por apropiación para sí.
- Peculado doloso por apropiación para tercero
- Peculado doloso por utilización para sí.
- Peculado doloso por utilización para tercero

4. Equiparación entre el hurto y el peculado: La sustracción

La acción típica consiste en: "apoderarse ilegítimamente de un bien mueble". Esto comprende: (i) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor – de su esfera de posesión – a del sujeto activo; (ii) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma. Ahora bien, el apoderarse implica adueñarse de un bien, ocuparlo, ponerlo bajo su poder, luego de haberlo sustraído del lugar donde se encontraba.

En tal sentido Bernal Cavero: "cuando en la forma del delito de hurto se emplea el verbo "apoderarse", debe entenderse como una acción típica inherente al hurto que consiste en la posibilidad de realizar materialmente sobre el bien actos dispositivos; posibilidad que carecía antes de la acción porque el bien se encontraba en poder de otra persona, fuese propietaria o, simplemente tenedor o poseedor"[292]. En efecto, a tener de lo acotado por el art. 185 de nuestro Código Penal se requiere la sustracción de la cosa, esto es la separación del bien del ámbito de custodia del propietario o del legítimo tenedor; así como la incorpación de esta dentro de la esfera de organización del agente.

De lo anterior, pues se desprende que para la configura la tipicidad objetiva del delito de hurto se tiene que verificar que el poseedor de hecho, es decir, el agente que se ha apoderado del bien de manera

[292] BERNAL CAVERO, Julio; *Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Los delitos de hurto y robo en el Código Penal*, Lima, 1998, Pág. 35.

ilegitima, posea una disponibilidad potencial, que no efectiva sobre la cosa – de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos – a efectos de establecer un resultado típico, verificable y que comporte una vulneración al bien jurídico que la norma penal tutela.

Por otro lado, es importante determinar al modo de comisión del delito de hurto, el cual se da través de la "sustracción", no exigiéndose como parte de la tipicidad del delito la "violencia o amenaza" pues estos son modos de comisión que configuran el delito de robo. El término sustracción debe entenderse como un hecho material que constituye un medio obligado para lograr el apoderamiento. Por tanto, esta acción puede tener lugar no solo con la aprehensión manual del bien por el agente, sino que este puede valerse del empleo de fuerzas extrañas, como sería utilizar un perro adiestrado, un niño, etc[293].

El tipo penal se verifica a través de la utilización de caudales o efectos del Estado. La utilización, supone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y una aplicación privada temporal de los bienes sin consumirlos, es decir la utilización implicaría desviar de manera temporal el destino de determinados bienes del Estado, o sea bienes que tienen como destino el cumplimiento de una función pública, se destinan a determinados trabajos de carácter privado[294]. En Argentina coincide Donna: ...sustraer... [es]"separar o apartar los bienes... de la administración pública"[295]. En el mismo sentido Boumpadre. "la"sustracción "... [es]separar, apartar, quitar los bienes de la esfera de actividad... de la administración pública" [296]. Mir Puig apunta que el término legal "sustraer" debe ser entendido en el sentido amplio de

[293] BERNAL CAVERO, 1998, Pág. 37.

[294] Sobre el particular, ABANTO VÁSQUEZ. Cit. pp. 344-345.

[295] DONNA, Edgardo; *Derecho Penal. Porte Especial III,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 277.

[296] BOUMPADRE Jorge, *Delitos Contra la Administración Publica,* Argentina: Maave, 2001, p. 251.

"expropiar" (que comprende las modalidades de apoderamiento y de apropiación)[297].

Existen legislaciones penales que para la consumación del peculado doloso se exige sólo la mera sustracción del agente público de los bienes del Estado, sin hacer mención expresa a ningún componente de enriquecimiento o provecho subjetivo: así el Código penal de Argentina (art. 261) "*...el funcionario público que **sustrajera**....*"; el antiguo Código penal de España (art. 394) "*El funcionario público que **sustrajera**...*"; el Código penal de Francia (art. 169) "*Todo recaudador, empleado en la recaudación o escribiente que hubiese hurtado o **sustraído**...*"; el antiguo Código penal de Italia (art. 168) "*El funcionario público que **sustraiga**...*", y actual Código penal (art. 314) "...se apropia de ello...". Ahora bien, nuestro Código penal describe la sustracción en el peculado culposo (art. 387 –segundo párrafo-). Equiparan la acción de sustraer con la de apoderarse del hurto. Es decir, para averiguar los contornos generales del concepto de apropiación en el delito de peculado tenemos que saber previamente lo que se ha comentando en relación al delito de hurto.

5. LA APROPIACIÓN EN EL PECULADO

Existen otro grupo de legislaciones penales que exigen algo más que la mera sustracción en el peculado, ahora se trata de que el sujeto activo se "apropie" de los bienes públicos. Así, el Código penal de Bolivia (art. 142) "*...que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare se apropiare...*"; Código penal de Uruguay (art. 153) "*El funcionario público que se apropia...*"; Código penal de Brasil (art. 312) "*Si el funcionario público se apropiare...*". Sin embargo, aquí caben dos posiciones: para un sector de la doctrina no es posible sustraer lo que se tiene en posesión, de manera que encontrándose el funcionario público en esa situación,

[297] MIR PUIG, Carlos; *Los delitos contra la administración público en el nuevo Código penal*, 2000, Pág. 299. FERREIRA, 1995, Pág. 30. La sustracción se entiende como apropiación, y por eso la llamamos apropiación apropiativa.

la conducta que debería realizarse es la de apropiación[298]. Para otros argumentan que la idea de sustraer se relaciona con apartar, separar, extraer y no es óbice para materializar la acción expresada en el verbo que los caudales o efectos estén en posesión del funcionario público[299].

El peculado doloso por "apropiación" exige que el bien haya salido de custodia de la Administración Pública. A decir Rojas Vargas: "... [se concreta] apartándolo de la esfera funcional de la administración pública... y colocándose en situación de disponer de los mismos"[300].

---

[298] Véase, NÚÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho penal*, tomo quinto, volumen II, Parte Especial, Córdoba, 1992, Pág. 114, "La sustracción no equivale al apoderamiento constitutivo del hurto, porque no implica un acto de apoderamiento del bien cuya tenencia está en manos ajenas". En este sentido: C.A. La Plata en lo Penal, Sala III, 29-IV-1993: "La acción del verbo "sustraer", no equivale al apoderamiento constitutivo del hurto, porque sustrae en el sentido del *peculado*, el funcionario que se apropia ilegítimamente de los caudales o efectos públicos que administra, custodia, o percibe. No puede desapoderar, quien tiene en su poder legítimamente".

[299] Véase, en este sentido: ESTRELLA, Oscar Alberto /GODOY LEMOS, Roberto; *Código penal*, Buenos Aires, tomo 3, Pág. 414 "La sustracción, como acción típica del peculado, significa "apartar", "separar", "extraer" o "quitar" los bienes del ámbito de tenencia en que se encuentran dentro de la administración pública y virtud de lo dispuesto por las leyes, reglamentos u órdenes, aun cuando simplemente el ánimo del agente sea el de apartar la cosa de la esfera de tenencia de la administración". BEGLIA ARIAS, GAUNA; *Código penal y legislación complementaria*, Buenos aires, 2003, Pág. 661 "En cuanto al *hurto*, se ve inmediatamente la separación entre una conducta y otra, pues la acción de sustraer, del peculado, implica ***sacar algo*** de la esfera de custodia, mientras que la de apoderamiento del hurto, aparte de violar la tenencia de otro (aún la mera tenencia) significa también y necesariamente, ponerla en la propia esfera de disponibilidad. Es por eso que en el delito de peculado puede haber lesión patrimonial, pero ésta es ajena la esencia del delito". DI GIORGIO, Julio César; *"El sentido del verbo sustraer en el delito de peculado"*, en: Donna, Edgardo Alberto (Dir.) Revista de Derecho penal, Buenos aires, 2004-I, Pág. 133 y 134 "...el hecho de que los caudales estén en poder del funcionario público, como dispone el tipo, no es incompatible, al menos por ahora, con el significado socialmente otorgado al término *sustraer*, pues si la acción expresada por dichos verbos –según se dijo- *apartar, separar, extraer*, perfectamente puede realizarla aquel que tiene bajo su órbita tales objetos".

[300] ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed.. Lima, Grijley, 2002, p. 335-336.

6. LA APROPIACIÓN Y EL *ÁNIMUS* DE APROVECHAMIENTO

Los verbos rectores que integran la conducta típica son apropiarse y utilizar, bien sea en beneficio del mismo funcionario o servidor público "para si" o de un tercero "para otro". El término apropiación descrito por el tipo, en un primer momento puede remitirnos a la conducta típica del delito de apropiación ilícita, en el sentido que este tipo penal se verifica en el momento en que opera una "apropiación ilegítima" de un determinado bien mueble por parte de la persona del sujeto activo. Es decir, el delito de apropiación ilícita se consuma cuando el sujeto activo del delito, incumpliendo una obligación específica de devolución o de hacer un uso determinado, se apodera de un determinado bien mueble, incorporándolo de manera ilegítima a su patrimonio.

Sin embargo, las posibles similitudes entre en contenido de ambos tipos no debe llevarnos a restringir el ámbito de la tipicidad del delito de peculado a la mera verificación del apoderamiento del funcionario o servidor público de los bienes del Estado que administra en razón de su cargo, sino que el elemento "apropiación" descrito por la conducta típica del delito de peculado, constituye un estadío posterior a un supuesto de apoderamiento, pues implica que el funcionario o servidor público dispone de la cosa como si fuera el dueño (usa o vende por ejemplo). En tal sentido, la apropiación implica que el funcionario o servidor público dispone del patrimonio del Estado como si fuera su legítimo dueño.

Por último también puede ubicarse hasta un tercer grupo en el ámbito legislativo comparado que exige en el peculado doloso además de la mera sustracción y de la apropiación de los caudales públicos, le agregan a la misma descripción típica la expresión "un provecho propio o de un tercero". El antiguo Código penal de Colombia (art. 133) "El empleado oficial que apropia en provecho suyo o de un tercero...; Código penal de Portugal (art. 424. I) "El funcionario que ilícitamente se apropiare, en provecho propio o de otra persona..."; y el Código penal de 1995 (art. 432, 1) "La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajera..."; . Esto es, además de las definiciones aludidas, se advertirá que para algunos en el aspecto subjetivo quedará satisfecho con el dolo,

para otros tal aspecto exigirá un dolo específico. Debemos enfatizar que el elemento "para sí o para otro" en el peculado del art. 387 CP, lo que quiso decir el legislador peruano es "en provecho propio o para otro". No es lo mismo el ánimo de lucrar y el ánimo de apropiarse.

La Convención Americana contra la Corrupción Artículo XI Desarrollo progresivo, en su artículo primero estipula "A los fines de impulsar el desarrollo y la organización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas: [...) b) El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio de un tercero por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada. d) La desviación ajena a su objetivo que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración depósito o pro otra causa".

La descripción típica de "apropiación" y "utilización" de los caudales o efectos resulta un problema de interpretación, en la medida en que son muy pocas las diferencias que existe entre uno y otro. Pues, se recurre a elementos subjetivos poco claros para diferenciarlos: ánimo de apropiación definitiva o ánimo de apropiación temporal. Además porque ocasiona una tipicidad superpuesta en la misma estructura del peculado con el art. 388 CP (peculado de uso) al sancionarse la conducta del "...funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use...". El término "sustraer" nada tiene que ver con el "apoderamiento" de los delitos de hurto y robo, pues esta doctrina considera que lo único que cambia en el delito de peculado es la condición del agente y la calidad de la cosa.

En la doctrina argentina se critica el empleo de la expresión sustracción en el peculado, cuando en realidad debió haberse utilizado el

verbo típico apropiación. Incluso, quienes se enrolan en esta posición va de suyo que exijan un ánimo de lucro que se sostiene forma del tipo objetivo. Sin embargo, la apropiación del peculado es algo más que el apoderamiento del hurto: en este es la simple sustracción, pero omitiendo la cosa a su verdadero poseedor. En el peculado, la sustracción pone al Estado fuera de la órbita de disponibilidad de sus caudales. Esto quiere decir que quien se los sustrae no necesariamente los disfruta o goza, pero comete el ilícito con el solo hecho de colocarlos fuera de su alcance dispositivo.

El peculado, tal y como está previsto en nuestro Código vigente, no contiene descripciones de medios especiales de comisión, por lo que resulta indiferente la manera en que el funcionario público logre apoderarse los caudales o efectos. El acto de apoderamiento puede no consistir en una aprehensión material por parte del funcionario, sino que puede que otro lo sustraiga teniendo la posibilidad el funcionario encargo de la custodia, de evitar la sustracción de los caudales. Es decir no haga las acciones necesarias (omisión impropia) para impedir el resultado. La apropiación es en realidad también una sustracción, un acto de dominio, tanto para sí como para otro, puesto que en ambos supuestos se dispone de la cosa ajena como si fuere propio, superando las dificultades correlativos al vínculo existente con esa cosa ajena, que está circunscrito a la naturaleza de una posesión y de una posesión.

Entre la sustracción que significa el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia y dominio de la administración pública, con aprehensión física de los mismos por parte del mismo sujeto activo, que sería la fase mínima de ejecución y luego si el agente público ejerce una mínima disposición de los caudales o efectos públicos puede presentarse la interrupción del proceso ejecutivo del delito de peculado, con lo cual quedará en grado de tentativa. Habrá supuestos donde la sustracción se confundiría con la disposición, no puede haber disposición si antes no existe una sustracción, pues mediante ella es donde se le aleja del ámbito de dominio de Estado. Así, en el hurto por ejemplo, la sustracción es el medio para el apoderamiento. En el Derecho argentino, el hurto *comienza* con la sustracción. En suma, el apoderamiento-utili-

zación en el peculado comprende dos estadios de análisis y de límites: la mera "sustracción" sería una tentativa y la "mínima disposición" y una "relativa irrecuperabilidad de los caudales públicos" sería ya una consumación forma

A veces, puede presentarse el caso que quien sustrae físicamente no sea el mismo quien dispone finalmente de los caudales públicos. En tal sentido, lo más importante en el delito de peculado, no será quien realice la sustracción (actos materiales de apartar los caudales de la administración pública) sino fundamentalmente quien en última instancia disponga siquiera mínimamente de los caudales públicos (actos de dominio de los bienes públicos como si fueran propios en beneficio de sí mismo o de un tercero). Habrá que tener en cuenta que el art. 387 CP prescribe que la apropiación-utilización de los caudales públicos puede hacerse "en cualquier forma", es decir, entonces, que los actos de disposición pueden ser mediante retenciones definitivas, enajenaciones (oneroso o gratuito), destrucciones o el consumo de la cosa.

Los caudales siempre están ya en poder del sujeto activo, pues por definición legal se encuentran a su cargo por razón de sus funciones, y por tanto, no puede decirse con propiedad de "sustracción".

Apropiarse de un bien del Estado, estando éste bajo la disponibilidad de servidor público (autor) no significa siempre desplazarlo materialmente del dominio o utilización de la función pública. La apropiación puede hacerse mediante operaciones contables, transferencias telegráficas de fondos o actos de dominio, aunque el bien no haya sido desplazado de un lugar a otro[301]. En el peculado, la sustracción pone al estado fuera de la órbita de disponibilidad de sus caudales. Esto quiere decir que quien se los sustrae no necesariamente los disfruta o goza, pero comete el delito con el sólo hecho de colocarlos fuera de su alcance dispositivo.

---

[301] MARTINEZ LÓPEZ, Antonio José; *Régimen penal de la función pública*, Bogotá, 1997, Pág. 24.

El título quizá más amplio sea el de administración, puesto que comprende a la percepción. *Administrar* supone disponer y, en ciertos casos, también destinar los bienes que son objeto material del peculado. La *percepción* es la facultad por la cual se reciben bienes para la administración pública, lo que tiene indudable referencia a la cobranza de tributos o derechos[302]. No es forzoso que se reciban en propiedad, puede ser en calidad de depósito, garantía o situaciones semejantes; pero los bienes son para la administración pública. La *custodia* consiste en tener los caudales o efectos bajo cuidado y conservación del funcionario público, sea a título de depósito o a otro que signifique la tenencia de los bienes. Por consiguiente, la vigilancia sin tenencia, como puede ser la policial, no implica custodia en el sentido del peculado.

7. EL ELEMENTO "POR RAZÓN DEL CARGO" COMO PRESUPUESTO OBJETIVO

El apoderamiento en el peculado implica dos formas de relaciones jurídicas: la del funcionario público con la administración pública que forma parte, según la ley y las disposiciones pertinentes, y la del funcionario público con los bienes que estos posean por "razón del cargo" (no en "ocasión del cargo"). El peculado no sanciona a cualquier funcionario público, sino a quien ha confiado la administración de los caudales o efectos[303], por eso a mi juicio, aquí radica uno de los presupuestos objetivos del peculado. Por ejemplo el elemento limitante "por razón de cargo" también se incorpora en el delito de enriquecimiento ilícito (art. 401 CP antes de la reforma de 2004 decía que *"El funcionario o servidor público que, por razón del cargo..."*). La importancia de la relación funcional se explica por cuanto el delito de peculado trasciende la simple esfera patrimonial reprochando más bien la violación flagrante a los de-

[302] DONNA, tomo III, Pág. 276.

[303] También esta discusión podría plantearse con respecto al delito de "malversación de fondos" (art. 389) que prescribe: *"El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que* ***administra****..."*.

beres de garantía y confianza que fueron asumidos por el Funcionario o Servidor público en razón de su cargo[304].

[304] Ejecutoria suprema de fecha 16 de julio de 2007 (Recurso de Nulidad N° 1826-2006), expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, que señala: Sexto: Que, a mayor abundamiento, lo discutible en la conducta del imputado no se refiere a que con posterioridad a los hechos haya efectuado los trámites para regularizar la situación tributaria de los afectados, o que haya tratado de restituir el dinero sustraído con su propio peculio, argumento último, con el que insistentemente el recurrente ha tratado de justificar su proceder, presentando copia fotostática simple de su boleta de pago a fojas ochenta y seis, puesto que, lo cuestionable en su accionar es haberse apropiado de los dineros que le eran entregados por los contribuyentes, aprovechando la facultad que le había otorgado la municipalidad agraviada para captar o recepcionar los tributos de manera directa, conducta que ha sido suficientemente acreditada y que constituye el delito de Peculado, siendo procedente acotar lo sostenido por Fidel Rojas Vargas, cuando señala que incurren en este ilícito, en la modalidad de percepción de caudales, todos aquellos agentes, "... a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a las administraciones públicas, contribuciones rentas o impuestos que ingresan a los fondos fiscales y/o público en sentido amplio" (Delitos contra la Administración Pública, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, página trescientos treinta y cuatro).
Otra jurisprudencia penal ha dicho que la "Figura delictiva que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal aquel que realiza la función pública. Como se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, sino que el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa requiriéndose la existencia de una relación funcional específica" (Exp. N° 024-02-Lima, Sent., 16 may. 2005, 3° SPE, CSJ., en : BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto / NOLASCO VALENZUELA, José Antonio; *Jurisprudencia penal generada en el subsistema Anticorrupción. Corrupción gubernamental*, tomo I, Lima, 2006, Pág. 438).
"Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública" (Exp. N° 43-2006, Ej. Sup., 20 dic. 2006, 1° SP Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en: Jus-Doctrina y Práctica, N° 2, Lima, 2007 (extraído de: CARO JOHN, José Antonio; *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima, 2007, Pág. 262)

El elemento "por razón del cargo" puede interpretarse en dos sentidos: en *sentido lato* referido a la expresión "con ocasión de" o "en consideración a", cualquier funcionario público quedará vinculado a la entrega o custodia de los caudales o efectos públicos, aunque sea por circunstancia ocasional. Un punto de vista como el señalado amplía y extiende de manera exagerada el ámbito de protección de la norma penal, llegando a una sobrecriminalización de los comportamientos funcionariales.

En sentido estricto, a diferencia de la anterior, cabe la posibilidad que entre la función pública y tenencia de los caudales o efectos debe de existir una determinada relación de dependencia normativa[305]. El delito sólo podría perfeccionarse luego de comprobar que existe una "vinculación funcional" del sujeto con respecto a los caudales y efectos públicos. Aquí se suscita una interrogante, ¿es suficiente la entrega facultativa o es necesaria que la entrega sea obligada o determinada por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas? La ley penal no se refiere a la entrega facultativa sino a la impuesta o aquella autorizada por las disposiciones administrativas, en cuanto otorgan *competencia*[306] al funcionario o servidor para realizar dichas funciones.

Es cierto que los objetos materiales del peculado pueden ser materia de apoderamiento o utilización por parte de cualquier persona, o sea que pueden ser tipificados como un hurto básico (art. 185 CP) o de uso (art. 187 CP). Sin embargo, sostenemos que el peculado es una configuración típica distinta al hurto y a la apropiación ilícita aunque comisivamente sean similares, y es que al funcionario público –a través

[305] Auto del 2 de octubre de 1975, extraído de FERREIRA, Francisco José; Delitos contra *la administración pública*, Bogotá, 1995, Pág. 21

[306] NÚÑEZ, tomo quinto, 1992, Pág. 112 "No deja de ser un funcionario y de tener esa competencia, el que poseyendo esa calidad y esa facultad se encuentra gozando licencia o fuera del desempeño de sus tareas específicas. Cuando a un funcionario legalmente incompetente la autoridad con facultades para ello, le ha confiado formalmente por su calidad funcional la administración, percepción o custodia de caudales o efectos, se trata del caso de un funcionario competente *de facto* y que, por lo tanto, puede ser autor de un peculado".

de una ley, reglamento, decreto o una orden emanada del Estado- se le ha *confiado* y está más *próximo* al cuidado y tenencia de los caudales o efectos públicos.

Un funcionario público sino posee los caudales o efectos por razón del cargo, por más funcionario estatal que sea –por muchos años- en una determinada dependencia no comete peculado; de la misma manera, un particular puede apoderarse del dinero del Estado, lo puede hacer reiteradamente y ante los ojos de sus compañeros de oficina, pero sino posee la calidad de funcionario público tampoco no se le puede imputar el delito de peculado. En efecto, la diferencia más contundente está en la calidad del sujeto activo que en la calidad de la cosa.

"Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública (Exp. N° 43-2006, Ej. sup., 20.dic.2006, 1° S.P. Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en: Jus Doctrina y Práctica, N° 2, Lima, 2007, Pág. 93)[307].

En este sentido debemos identificar la participación del sujeto activo, el cual tiene necesariamente que desempeñar el cargo de "funcionario público", esta conducta típica deberá significar siempre una violación del "deber especial" que tiene el funcionario público en relación con el objeto específico, no bastará que los hechos hallan sido realizados "con ocasión" del ejercicio de las funciones o que el sujeto se arrogue fun-

[307] Extraído de CARO JOHN, José Antonio; *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima, 2007, Pág. 444.

ciones públicas, ya que en el delito de peculado, no es autor cualquier funcionario público, sino solamente aquél que tiene el deber especial de administra, percibir o custodiar los caudales o efectos materia del delito[308]. Para que un funcionario pecule, no basta con que el sujeto sea un funcionario público descrito en el artículo 425º del Código Penal[309], por cuanto no cualquier funcionario o servidor puede cometer el delito de peculado, toda vez que es necesario para que opere la conducta típica del delito de peculado, que los bienes se encuentren en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo, es decir exista una relación funcional entre el funcionario público y el bien objeto del delito.

Precisamente de conformidad con el contenido del bien jurídico protegido por el delito, esta relación funcionarial será el sustento del deber específico de respeto, probidad y honestidad, que el funcionario adquiere con el Estado y que debe guardar durante todo el desarrollo de su función, el mismo que se verá quebrantado cuando el funcionario o servidor público dispone indebidamente de una porción del patrimonio del Estado que éste la ha confiado en razón de su condición de funcionario o servidor público, o sea en razón a la competencia funcional que asume.

---

[308] ABANTO VÁSQUEZ; 2003, pp. 32-33.

[309] El artículo 425 del Código Penal, describe a quienes se les considera funcionarios públicos para efectos de la aplicación de la sanción penal: *"Artículo 425.- Funcionarios y servidores públicos* ***Se consideran*** *funcionarios o servidores públicos:*

1.- *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2.- *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3.- *Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y organismos sostenidos por el Estado.*
4.- *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5.- *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6.- Los demás indicados por la Constitución Política y la ley."

8. LOS BIENES QUE ADMINISTRA EL FUNCIONARIO PÚBLICO: ¿EN QUÉ MOMENTO LOS BIENES ADQUIEREN LA CALIDAD DE "PÚBLICOS"?

Abanto Vasquez, es muy claro al tratar dicho elemento objetivo del tipo, señala "La administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiadas al funcionario en razón de su cargo (relación funcionarial específica). No se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia (p. Ej., que se haya llegado a la tenencia por engaño, abuso, etc); el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes "con ocasión" de sus funciones"[310]

Los *caudales* comprenden toda clase de bienes, no reduce a su contenido en dinero, aunque sí tiene que tratarse de objetos dotados de valor de naturaleza económica. Los *efectos* atañe a todos aquellos documentos de crédito (valores en papel, títulos, sellos, estampillas) emanados del Estado que representan valores económicos y son negociables. El objeto material en el peculado debe ser público[311]. Los caudales o efectos puede estar representados en dinero[312] o en bienes, siempre

[310] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. Cit. P. 336.

[311] PARIONA ARANA, Raúl; *"El concepto "por razón del cargo" en el delito de peculado"*, en: Magistri et doctores, UNMSM, Unidad de Post grado, N 2, Lima, Pág. 161. Este autor indica que "Nuestra posición es que no existe distinción estricta entre caudales y efectos pues ambos suponen los mismo objetos, por lo que deberían ser sustituidos en una próxima reforma legislativa por el término más feliz de *bienes jurídicos*".

[312] El dinero como objeto material en el delito de peculado incorpora una problemática especial, ello dada su naturaleza ultrafungible. Se sostiene que la doctrina considera que la naturaleza peculiar del dinero obliga a entender que la propiedad sobre el mismo se ejerce sobre los signos, monedas o billetes en circulación que lo representan, y en el tráfico comercial el dinero se entrega y recibe no como lo que físicamente representa, sino en cuanto fracción de una unidad ideal.
Dada su naturaleza ultrafungible, difícilmente podrá considerarse que está disponiendo de un dinero "ajeno" y no del "suyo propio". Si se quiere mantener

y cuando pertenezcan al Estado. 392[313]. Ahora bien, no solamente el funcionario debe ser "público" en el peculado sino también debe ser "público" los bienes que dicho funcionario administra por razón de su cargo, con lo cual crea una problemática adicional. Así, los bienes que recibe el encargado de recaudar los impuestos en la oficina de tesorería de la administración tributaria ¿serán públicos cuando están en poder del funcionario que se encarga de percibirlos, cuando éste da cuenta de este ingreso al jefe de oficina al final del día o cuando se consigna esto en los balances diarios, semanales o mensuales a la oficina central de la administración?. Para responder a las interrogantes planteadas existen dos teorías al respecto: la teoría de la *incorporación* y la del *destino*[314].

Para la primera teoría los bienes serán públicos cuando hayan sido incorporados efectivamente al tesoro público, es decir, que hayan sido ingresados de un modo formal en el inventario de los bienes. En cambio, la segunda teoría, un bien será público a partir del momento en que se encuentre destinado a ingresar en el tesoro público, esta teoría adelante el concepto de bien "público" y lo ubica en una etapa anterior al

---

la adecuación típica de estas conductas habrá de apelar a la lesión de un bien jurídico diferente de la propiedad (estatal), que no puede ser otro que el derecho de crédito de quien realiza la entrega. Si el peculado protege el patrimonio estatal, no podría en todo caso criminalizarse a quien hace uso de "su dinero". Se le estaría criminalizando, vía apropiación, de una disposición abusiva de dicho bien.
Si entendemos que el dinero se entrega como bien fungible, es evidente que se transmite la propiedad sobre el mismo y que, por tanto, debemos concluir que en estos casos el comportamiento delictivo no podrá ir dirigido contra el derecho de propiedad estatal, sino contra el Derecho de crédito, como parte integrante del patrimonio estatal.

[313] *"Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social".*

[314] PARIONA, *"El concepto "por razón de su cargo" en el delito de peculado"*, cit. Pág. 161 y 162.

ingresado al erario público. La teoría que más se acerca a la descripción típica del art. 387 es la segunda, pues la expresión "percibir" implica que los caudales o efectos todavía no hayan ingresado efectivamente al erario nacional, aunque sí estén destinados hacerlo. Entonces, nuestro funcionario público en la interrogante planteada administrará bienes públicos-tributarios cuando aquel los tenga en su poder materialmente con una condicionante: en tanto y cuando tengan como "finalidad potencial" dar cuenta a su jefe inmediato o en su defecto cuando se realice el inventario diario, semanal o mensual.

Los caudales o efectos públicos, cual es el criterio

- Por un lado, está la *teoría del riesgo* que indica que los bienes públicos son los que pertenecen al Estado en cuanto no estén afectados a actividades de índole comercial, en los cuales el Estado encara los mismos riesgos que un particular respecto de esos bienes; o sea, sólo son públicos los que están afectados a fines administrativos específicos.

  Por otro lado, está la *teoría de pertinencia*, que indica que los bienes serán públicos los que en principio pertenezcan al Estado y no cabe duda de que no está en juego la protección de la propiedad según la primera teoría, sino la seguridad de las finalidades administrativas que deben cumplir los bienes. Para Creus "...bienes públicos son los propios del Estado o sus entes autárquicos de que aquél puede disponer para el cumplimiento de sus servicios o fines públicos (Nuñez); quedan excluidos, pues, aquéllos sobre los cuales el Estado asume gestiones de guardados pero sin tener la facultad de disponer de ellos para el cumplimiento de sus fines"[315].

[315] CREUS, Carlos; Pág. 284. En igual sentido: LAJE ANAYA, Justo/ GAVIER, Enrique Alberto; *Notas al Código penal argentino*, tomo III, Córdoba, 1996, Pág. 157 "Criterio de pertinencia, son públicos aunque exista aparte de capital privado, cuando el Estado a través de sus funcionarios encargados de su administración tiene facultad de disposición".

9. TIPICIDAD SUBJETIVA

Con relación al aspecto subjetivo del delito, la modalidad dolosa del peculado, ésta determinado por el conocimiento del sujeto activo en el carácter de bien público y de la relación funcionarial, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes[316].

En esa medida, el dolo del sujeto activo, involucrará dos elementos, en un primer término el hecho que el funcionario o servidor público sea consciente que las conductas de apropiación o utilización que lleva a cabo involucran bienes que constituyen parte del patrimonio del Estado; y en segundo lugar que le sujeto activo lleve a cabo la acción con la intención de dar un uso privado o particular a los bienes en cuestión.

El peculado en análisis es doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia pública. El dolo exigible para consumar el tipo es el dolo eventual al no requerir el tipo ningún propósito especial o la presencia de algún reforzante subjetivo, como el a sabiendas, el animo de lucro o la finalidad de enriquecimiento.

El dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcionarial, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes. Precisamente, este ánimo especial sirve como criterio de distinción entre una y otra modalidad. Por eso no es posible el dolo eventual a diferencia del tipo argentino, sino sólamente el dolo directo. El elemento subjetivo del dolo está dirigido al conocimiento del carácter público de los bienes de los que se apropia el funcionario o servidor público, conocimiento que no lo determina a no disponer de dichos bienes.

[316] ABANTO VÁSQUEZ, Cit. p. 356.

10. LA CONSUMACIÓN TÍPICA

10.1. Cuestiones generales

La conducta del funcionario peculador no puede ser entenderse sino como a de una apropiación sui generis, puesto que él no sustrae los bienes (...) sino que dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio (...) La consumación se da no con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio. Respecto al momento consumativo del delito de peculado, Rojas Vargas ha señalado que: "El delito es de resultado en su forma activa y omisiva. La consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando éste incorpora parte del patrimonio personal, o en su modalidad, a través de la utilización o uso de caudal o efecto. Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a terceros, la consumación no esta definida por el momento en que éste recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apropiado de los caudales o efectos y por lo mismo consumar el delito"[317].

Por otro lado, algún sector de la doctrina ha postulado que el tipo penal al referir que el sujeto activo del delito debe buscar un beneficio personal o a favor de un tercero, habría pues incorporado al aspecto subjetivo del tipo un ánimo específico adicional al dolo directo de actuar, en el sentido que el sujeto activo debería actuar determinado por la obtención de un provecho o beneficio ilícito. Sin embargo, esta conclusión que convertiría al delito de peculado en un ilícito de tendencia interna trascendente, no se encuentra respaldada por el texto expreso del tipo penal, pues de la redacción del tipo no se desprende que éste presente específicamente un elemento adicional al dolo, con lo cual el aprovechamiento ilícito antes referido debe ser considerado como un elemento que corresponde al dolo general del sujeto activo.

---

[317] ROJAS VARGAS, Pág. 343 344.

El resultado lesivo o si, se quiere, perjuicio, existe siempre con la *separación* del bien de la esfera custodia de la administración público. El delito de peculado doloso, y en esto si hay uniformidad en la doctrina, no es un delito de resultado con efecto permanente ni nada similar que pueda extender el estado de antijuricidad en el tiempo. Es un delito de resultado instantáneo.

El delito se consuma a través de los siguientes momentos:

(i) En el caso de la apropiación de efectos a caudales: el delito se consuma cuando el sujeto activo del delito se apropia de los bienes objeto del ilícito, apropiación que por cierto no exige sustracción. Ahora bien, la apropiación se verificara en la medida que el sujeto activo del delito apoderándose de los bienes que el Estado le ha confiado a su cargo, se comporta como legítimo propietario de ellos y dispone de los bienes como si formaran parte de su patrimonio personal o privado, es decir este supuesto se perfecciona cuando el funcionario o servidor público usa los bienes que le han sido confiados por el Estado como si fueran propios.

(ii) En el caso de la utilización: la verificación de este supuesto exige que los bienes que tiene a su cargo el sujeto activo del delito previamente hayan sido separados de la esfera pública de custodia, y luego se les haya asignado una aplicación privada, es decir son desviados de su destino para el cumplimiento de una función pública, para se utilizados en el marco de trabajos de carácter privado.

Esta exigencia respecto a la salida del bien fuera de la Administración Pública goza en el Perú de fuerza vinculante, en mérito al Acuerdo Plenario Nº 4-2005 de fecha 30. Sep.2005, asumido por la Corte Suprema, que a continuación se transcribe:

ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116.

ASUNTO; DEFINICIÓN y ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO

Lima, 30.Sep.2005.

I. ANTECEDENTES.

3. ... el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal.. y.. deslindar esta figura típica de los demás tipos penales...

7... c) **Apropiación...** estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, **apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública... III, DECISIÓN.**

10. **ESTABLECER** como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6°, 7° y 8° del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

10.2. La etapa "ejecutiva" del peculado doloso se inicia con la sustracción y culmina con la mínima disposición-perdida relativa de los caudales público

Para saber cuándo se consuma formalmente el delito de peculado doloso tenemos que saber, en principio, cuál es la técnica legislativa (resultado lesivo o peligroso) que se emplea en el tipo penal. El tipo penal art. 387 empleado simplemente la expresión "apropiación-utilización". La doctrina nacional ha establecido que se trata de un resultado instantáneo tanto en el peculado de apropiación como en la utilización. Sin embargo, a su vez, tendrá que resolverse dos temas:

Para la consumación típica del delito de peculado en el Código penal se entiende cuando el sujeto activo se "apropia" – "utiliza" los bienes públicos que le están confiados por razón del cargo. En ese momento (temporal) se ha afectado el bien jurídico –por que sale del

ámbito de dominio público- y porque, además, es de resultado instantáneo. El carácter instantáneo del tipo penal y, por lo mismo, del delito, se define más que la instantaneidad del proceso ejecutivo, por la de la fase consumativa. Lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico dure en el tiempo o sea susceptible de reiteración en la misma fase consumatoria. Rojas Vargas indica que en el delito instantáneo las "...implicancias de este delito radican en el hecho de que ya no es posible ni la agravación del mismo, ni la existencia subseguida de participación y concurso, que desde ese momento se tornan irrelevantes, pues el delito se ha perfeccionado con plenitud. Asimismo, en el delito instantáneo la violación de la norma penal y el efecto lesivo se identifican en una sola unidad jurídica".

La determinación del tiempo de la consumación es importante para fijar el momento desde el cual comienza la prescripción y que en el caso de los delitos de resultado instantáneo se empieza a computar desde en que se consumó. Debe señalarse, además, que el peculado puede cometerse en *delito continuado*.

La delimitación del *iter ciminis* tiene importantes consecuencias para el ámbito de la autoría delictiva, ya que sólo aquel que haya traspasado la frontera de actos preparatorios a actos ejecutivos (en este caso de "apropiación") será considerado autor de peculado. Después puede haber otra figura delictiva (por ej. encubrimiento) pero ya no peculado.

En consecuencia, para considerar la consumación formal en el delito de peculado doloso será relevante quien ostente los "actos de dominio de *disposición*" y no los "actos materiales de *sustracción*", ya que puede suceder que el funcionario público con vinculación funcional jamás haya "tocado" los bienes públicos. Por eso Soler anota que cuando "...se habla de apoderamiento, importa hacer referencia *a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona fuese poseedor o simple*

tenedor"[318][319]. En suma, pues, todos estos actos de sustracción y luego de disposición de los bienes públicos se denominan "actos de *apoderamiento*".

En lo que respecta a la consumación del peculado doloso se produciría cuando el sujeto activo tiene la última posibilidad de poder recuperar los caudales públicos. Esto tiene coherencia con la postura ***objetiva-individual,*** que indica que los actos ejecutivos se inician, según el plan del autor, con una peligrosidad cercana para el bien jurídico. Bacigalupo nos dice que la doctrina se ha propuesto pues, una solución, el hecho de recurrir a una determinada cercanía de los actos con la acción ejecutiva del delito al peligro corrido por el bien jurídico (puntos de vista objetivos) o bien se ha intentado apoyar la decisión en el propio juicio del autor (puntos de vista subjetivos basados en el plan del autor)[320][321].

No obstante, el citado autor español-argentino siguiendo a Jakobs opina que debe distinguirse en este aspecto entre criterios obligatorios (negativos) y criterios variables (positivos). En los criterios negativos no debe tenerse para la ejecución del delito aquellas situaciones que no se encuentran en *cercanía con la consumación* y aquellos comportamientos socialmente habituales, por tal motivo se deben excluir, en principio, del ámbito de la punibilidad acciones como dirigirse al lugar del hecho, **ingresar en un lugar público**, etc.). Mientras que los criterios de decisión variables se conecta con la cercanía temporal con la acción misma y el comienzo de ejecución se debe admitir cuando el autor se introduce en la esfera de protección de la víctima o actúa sobre el objeto de protección (p. e.: se introduce en la casa donde va a

[318] ROJAS VARGAS, Fidel; *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito,* Lima, 1997, Pág. 424.

[319] SOLER, 1951, Pág. 192.

[320] BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General,* Lima. 2004, Pág. 447.

[321] BACIGALUPO, 2004, Pág. 448.

robar o tiene en sus manos el documento que ha decidido falsificar en ese momento)[322][323].

---

[322] PEÑA OSSA, Erleans de Jesús; *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe de Bogotá, 1995, Pág. 100.

[323] SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo 5, Pág. 182 y 183 "La sustracción a que se refiere el art. 261 consiste en el acto de *poner los bienes fuera del alcance de la custodia* bajo la cual las leyes, los reglamentos o, en general, las disposiciones las colocan. Para la consumación del delito, es necesario poder afirmar que ese vínculo, en algún momento ha sido quebrantado". LAJE ANAYA / GAVIER, 1996, Pág. 157 "sacarlos o quitarlos de varios maneras con un apoderamiento, furtivo, fraudulento, o con una apropiación, pero el tipo no exige que el sujeto activo haga ingresar en su patrimonio o el de un tercero los bienes de que se trata, basta con que los *saque* de la esfera de la esfera administrativa". RODRIGUEZ, Agustín Washington/GALETTA DE RODRIGUEZ, Beatriz; *Código penal. Parte especial*, La Plata, Pág. 444 "El delito de consuma con la acción de sustraer, es decir, cuando se lo quita de la esfera de la administración pública; en ese sentido podemos afirmar que se trata de un delito de resultado".
C Fed. de San Martín, sala II, 7-5-96 "2.S., M.A. s/Denuncia", c, 1393, PJN Intranet, extraído de Donna, Edgardo Alberto (Dir.) *Revista de Derecho penal*, Buenos Aires, 2004-I, Pág. 428 y 429 "El encuadre de una conducta en el tipo de peculado, sólo requiere que tenga aptitud suficiente para hacer peligrar el normal y regular marcha de la actividad patrimonial pública. De ahí que para registrar el momento consumativo de este delito, basta con que el agente aparte de su destino específico, aunque sea momentáneamente, los fondos que le han sido confiados; sin tener relevancia alguna que luego rinda cuentas correctamente sobre su gestión. **Desde ya que la lesión patrimonial puede existir, y es lo más común que ello ocurra, pero es ajena a la esencia de este delito, por cuanto su materialidad radica en quebrantar la seguridad legal que la administración ha establecido para preservar los caudales públicos.** "Basta, pues, comprometer el dinero, porque ello basta para hacerle perder al dinero del Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad". El otro parámetro que es necesario que es necesario transitar para dilucidar el tema en debate, se vincula con la acción típica del peculado definida por el verbo "sustraer", porque, precisamente, consiste en poner el dinero fuera de la custodia legalmente establecida por la autoridad competente, extrayendo el que está en caja y separando o apartando de la esfera pública el recibido para hacerlo ingresar (cfr. Carrera, ob. cit., ps. 137/139). Es decir, consiste en colocarlo en una objetiva situación de riesgo que el dinero del fisco no tiene por qué correr. **Por ende, nuevamente, el momento consumativo en el peculado es independiente del efectivo perjuicio patrimonial que pueda sufrir el Estado, dado que el solo peligro de que se produzca, importa la lesión que se quiere evitar con el fin de asegurar su regular desenvolvimiento administrativo".**

Para la consumación en el peculado doloso dos cuestiones puntales: en primer lugar, la idea de la *"recuperabilidad de los caudales públicos"* y en segundo lugar, la *"capacidad de poder desistirse o arrepentirse"* en el instante temporal antes de la producción del resultado lesivo[324].

---

[324] En este sentido, para atribuir responsabilidad por peculado primero es necesario establecer si existe un desbalance patrimonial; así véase la Ejecutoria Suprema expedido por la Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia R.N.N" 1 253-2005-lca (Data 45 000) Denunciados: Luis Estanislao León Apesteguia y otros Agraviado: El Estado Asunto: Peculado Fecha: 19 de octubre de 2005, ha señalado que: *"Funcionarios regionales son denunciados por haber utilizado parte de un material adquirido (8334 galones de líquido asfáltico) para la pavimentación de un pueblo joven en otras dos obras públicas que no contaban con los expedientes técnicos respectivos. A fin de lograrse dicho objetivo intervinieron dos jefes de almacén, también denunciados y en dos momentos distintos (en sus respectivos periodos de funciones), quienes tenían a su cargo el material asfáltico posibilitando su salida. Durante la investigación se habría determinado que uno de los procesados después de haber cumplido su periodo como jefe de almacén, no cumplió con hacer la entrega formal del cargo, obviando informar que en poder de uno de los proveedores se encontraba una parte del material (6840 galones de líquido asfáltico). Por último, durante la gestión del siguiente jefe de almacén se detectó otro faltante (1612 galones). Analizado el caso, la Sala de juzgamiento absuelve a los agentes de los cargos imputados, pero esta sentencia es impugnada por el procurador público, quien interpone recurso de nulidad. A efectos de determinar si los hechos se subsumen en el tipo penal, la Sala Suprema precisa que la acción típica del delito de peculado supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero. Por lo tanto, la prueba debe orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en algún momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión. En ese sentido, es necesario establecer, en primer lugar, si ese desmedro patrimonial se ha producido para luego examinar si es posible atribuir responsabilidad penal. De otro lado, la Sala señala que la acción típica del delito de malversación de fondos, imputado a los funcionarios regionales, consiste en dar aplicación definitiva diferente de aquella a la que están destinados el dinero o bienes de la Administración Pública. Se trataría, por lo tanto, de un cambio de destino que los fondos tienen fijados, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero. Luego, tras valorar las pruebas, la Sala determina respecto a este delito que las obras ejecutadas en la ciudad referente a la pavimentación de diferentes calles y arterias fueron realizadas conjuntamente con otra entidad estatal en base a una donación a solicitud de la Policía Nacional, y con el material sobrante de dichas obras ya ejecutadas se realizaron otras en beneficio de la comunidad, específicamente del deporte, no pudiéndose establecer, por lo tanto, una responsabilidad penal acreditable. Respecto al delito de peculado imputado a los jefes de almacén, se valoran las actas de entrega de cargo que hiciera uno de ellos,*

Tanto el uno y como el otro están íntimamente vinculados. Sólo existe la posibilidad de recuperar los caudales (dinero) del Estado en la medida que en haya también la capacidad de poder desistirse según el plan del autor (teoría objetiva-individual), obviamente en plena vigencia de la fase ejecutiva en el *iter criminis* externo. Esto tiene amparo en el art. 18 del Código penal que prescribe lo siguiente: *"Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los* ***actos ejecutivos del delito*** *o impide que se produzca el resultado..."*

Hasta acá habría lo que se llama en la doctrina la *cercanía temporal hacia la afectación al bien jurídico* y tampoco se habría consumado formal el delito, pues Montesinos tendría un "chance" de retractarse en ese instante y paralizar la ejecución delito de peculado. Por ej, con una llamada telefónica. Recién se consumaría formalmente cuando los sujetos obtienen la respectiva constancia de transacción de la institución competente para recibir el pago, porque estimo que ahí recién ya no habría *más* posibilidad dd poder recuperar el dinero del Estado, y porque reitero, según el plan de Montesinos recién ahí se imaginó cumplido con su objetivo delictivo de "pagar" con dinero del Estado.

El momento consumativo del delito de peculado doloso por apropiación-utilización es desde que se remueve la cosa del lugar en donde se encuentra en forma tal que *se salga de la esfera de custodia de la administración,* ***o cuando se han agotado las diligencias necesarias para que pueda afirmarse que el Estado ha perdido el poder de disponibilidad sobre los bienes.*** En casos en que la conducta sea producto de

---

así como el acta de custodia de materiales donde no aparece probado un desbalance económico perjudicial al Estado, hecho que corroboró su participación negativa en los cargos imputados. Asimismo, la Sala señala que la salida de material, en el periodo del segundo jefe de almacén, se encontraba justificada con las pecosas respectivas; de esa manera tomó en cuenta lo sostenido por este último, quien reiteradamente señaló que al final de su gestión hizo entrega del cargo a un tercer reemplazante y que en ningún momento autorizó la salida de líquido asfáltico. En base a estas conclusiones, los cargos imputados a los procesados en su condición de funcionarios regionales y almaceneros no habían sido establecidos de manera concreta, en consecuencia la absolución decretada por el Colegiado se encontró arreglada a ley".

formalidades y jurídicas determinaciones, órdenes o instrucciones, etc, es confundir el *apoderamiento* con *apropiación* y, en consecuencia, darle equivocadamente al peculado que se estudia el mismo momento consumativo del hurto, cuya conducta gira alrededor del verbo rector ***apoderamiento***, que sí queda perfecto una vez que el sujeto activo saque la cosa mueble de la esfera de dominio o protección de su legítimo tenedor, o dueño, de tal manera que logre un efectivo desapoderamiento de éste, según lo considera la teoría de mayor aceptación (*de la ablatio*)[325][326].

Consumación es apropiación del bien, lo que sucede cuando jurídica y materialmente éste ingresa al dominio y libre disposición del usurpador o de un tercero. Esto es, que la consumación no se da con la simple sustracción de los bienes públicos, sino con el uso del bien como si fuera propio (apropiación).

"Basta, pues, -indica Soler- *comprometer* el dinero, porque ello basta para hacerle perder el dinero del Estado la condición de ser una clase dd fondos que solamente se mueven por actos de autoridad"[327]. Creus sostiene que "El peculado no requiere necesariamente una lesión patrimonial (...), ya que es indudable que la consumación se puede dar sin esa lesión (puede ocurrir que produzca un verdadero beneficio, y no un perjuicio de ese orden), pero ello no importa desconocer que se está ante un delito de resultado en cuento requiere la efectiva separación del bien de la esfera de tenencia de la Administración"[328].

En el *iter criminis* externo debemos fraccionar el desplazamiento de la conducta para efectos típicos, y la delimitación y frontera de lo "punitivo" es en el momento mismo, que el sujeto activo (funcionario público) dispone jurídicamente de los bienes públicos. *Después* esto, no puede haber ninguna forma de criminalizar el comportamiento. Se pue-

[325] CREUS, tomo 2, Pág. 288.

[326] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, 2002, Pág. 286

[327] ROJAS VARGAS, 2002, Lima, Pág. 287.

[328] ROJAS VARGAS, 2002, Pág. 290.

de afirmar que en el peculado doloso por apropiación la tenencia de los bienes públicos resulta posible, teniendo el carácter de delito plurisubsistente o de ejecución compuesta, como para su cumplimiento requiere de varios actos, desde el efectivo desapoderamiento de la administración pública, hasta la realización de un acto de disposición, de manera que el *iter criminis* puede resultar interrumpido por factores ajenos a la voluntad del sujeto activo.

La sustracción que haga el funcionario no se contenta con la utilización del bien, por más ilegítima que sea, sin que sea apartado del ámbito de custodia estatal. Los caudales o efectos tendrán que ser consumidos, destruidos, transformados o hecho desaparecer, de tal modo que implique quebrar en la medida de lo posible el respectivo cuidado público en que se hallaba. Claro está que, en ocasiones, el simple uso equivaldría a la sustracción, como ocurre con el dinero o cosas consumibles, pero en ocasiones no sucede. Así por ejemplo: el peculado de uso de vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo (art. 388 CP) prevé una cláusula liberatoria de tipicidad en el último párrafo, al prescribir que *"No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo"*.

En el proceso ejecutivo del delito hay que distinguir las etapas de ejecución y consumación, y la de agotamiento, pues esta última ya no es abarcada por cada ningún tipo penal de la Parte Especial (salvos tipos específicos como por ej. el encucrimiento, receptación). El agotamiento del delito constituye un momento del *iter criminis* extra típico, que no sirve para determinar la acción de realización del ilícito penal, sino quizá como circunstancia dd determinación de la pena.

Otra razón complementaria, a la que deriva del proceso ejecutivo del delito, para determinar la irrelevancia del delito de peculado, reside en una argumentación por sí evidente: tanto el "otro" como en general los *extraneus o intraneus* que intervengan a *posteriori* no están infringiendo ningún deber reglado de función, ni han tenido la posibilidad real o potencial de dominar ejecutando la acción el hecho de apropiación del caudal público.

III. SOBRE LA PROBLEMÁTICA DEL "PARA SÍ O PARA OTRO" EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO

La expresión "*para sí o para otro*" en el peculado tiene que ver con dos cuestiones. En primer lugar, con el aspecto consumativo: ¿Se perfecciona el peculado con la apropiación u utilización de los caudales o efectos cuando son beneficiados cuando llegan a poder del *otro?*. En segundo lugar, si dicha frase "para el otro" es un elemento objetivo del tipo o un elemento subjetivo, o sea, en referencia al dolo del.

Cuando el tipo refiere que la apropiación debe operar "para si" o "para otro", evidentemente nos encontramos ante una cláusula cuya amplitud de contenido indica que el tipo penal se puede realizar a favor de cualquier tercero; tercero que además puede ser una persona natural o jurídica. En todo caso, lo importante a este nivel de la tipicidad, es verificar que la persona o tercero favorecido, no forme parte del sistema de administración pública, pues el desvío de fondos de un sector a otro dentro de mismo sistema de administración pública, en si mismo, corresponde a otra figura penal, a saber el delito de malversación de fondos.

La expresión *"por razón del cargo"*, que recoge el tipo penal obliga a realizar una interpretación restrictiva del delito de peculado, por que no basta la llegada ocasional de los bienes a manos del funcionario, ya sea por que se los confiaron otros funcionarios o particulares o porque erróneamente le fueran entregados.

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ANTICORRUPCIÓN DE FECHA 29 DE MAYO CONSIDERA UN ELEMENTO OBJETIVO "PARA SI O PARA OTRO"

La sentencia de fecha 29 de Mayo del 2003 refiere que "*...respecto a la fase consumativa del delito de peculado por apropiación, materia de juzgamiento, debe puntualizarse que se trata de un hecho criminal global cometido en los marcos de un* ***aparato organizado de Poder estatal,*** *en el que el acusado Vladimiro Montesinos Torres tiene una actuación de pri-*

mer nivel, fue quien decidió la apropiación de fondos para su o inculpado Bedoya De Vivanco, que se solicitó al hacerle entrega de un presupuesto, que según refiere era para gastos de su compañía política. ***Cabe agregar que el tipo penal de peculado exige que la apropiación sea para sí o para otro, siendo este un elemento material del injusto y no subjetivo o trascendente,*** *por lo que su consumación en estos casos requiere que el tercero efectivamente reciba el dinero apropiado, pues a él estaba destinado, de tal suerte que el delito se configura cuando los caudales ingresan a la esfera de dominio patrimonial del tercero*". Por el solo hecho, entonces, que el elemento "para sí o para otro" esté taxativamente descrito en el tipo penal de peculado, no lo convierte en un elemento objetivo.

Para la configuración del delito de Peculado Rojas Vargas no es necesaria la existencia de traslado del dinero público una vez producida la apropiación por el funcionario peculador, consumándose el delito de peculado en el instante de apropiación, y no con la entrega del dinero a tercero.

Ese **"otro"** al que hace referencia el tipo penal de Peculado no necesariamente está vinculado al autor como participe del delito de peculado, pues el **"otro"** favorecido con el delito de Peculado para ser participe tiene que realizar conductas de aporte en la comisión del delito de Peculado, es decir tiene que haber actuado induciendo al funcionario a cometer el delito de peculado (instigador), o como cómplice primario o secundario si es que ese "otro" ha *participado con actos significativos y posibilitadores en fase de la preparación del delito o con aportes durante su ejecución.*

2. LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INDICAN QUE EL ELEMENTO "PARA SÍ O PARA OTRO" ES UN ELEMENTO *SUBJETIVO.*

Esta claro que el sujeto activo puede actuar por cuenta propia o para favorecer a terceras personas. Una cosa es, pues, la "apropiación" y otra cosa, es "favorecer a otro". En la primera es una modalidad típica consustancial al peculado, en cambio, si los bienes públicos son destinados a terceras personas, es un elemento subjetivo finalístico que puede

darse, como tampoco no. Puede llevar a confusión el hecho que el destinamiento de los bienes públicos puede acarrear algún tipo de beneficio económico, pero que esto último ***no es un elemento expreso en el delito de peculado***. Esta confusión entre beneficiar para sí o para otro con el provecho económico ha llevado a Rojas Vargas ha detectar casos por ejemplo en la "disposición en ***provecho propio*** o de **terceros** del alquiler de los bienes públicos, consumo del bien, etc[329].

Rojas Vargas sostiene que no interesa para considerar consumado el delito que fin le dé el sujeto activo o el tercero a los bienes o efectos apropiados o utilizados, (venderlos, destituirlos, regalarlos, guardarlos)[330]. Es más, el mismo autor enfatiza que "el tipo no requiere que necesariamente se produzca, para consumar el delito, provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero. Ello representa en el proceso del *iter criminis* una fase de agotamiento que para los efectos de tipificar el delito resulta irrelevante[331]. Abanto Vásquez dice que el peculado "donde el beneficio perseguido por el agente "para sí o para otro" es consustancial a las acciones típicas de apropiarse o utilizar, pues ellas de por sí ya implican la búsqueda de este beneficio, hay una "ánimo de lucro implícito"[332].

Abanto Vásquez anota que nuestro tipo legal no precisa ánimo de lucro, sino ánimo de apropiación ("para sí o para otro")[333]. Así, pues, basta el "animus rem sibi habiendo" (ánimo de apropiación definitivo), sin ánimo de reintegrar los caudales o efectos públicos. Este autor anota que la "la falta de exigencia expresa de "ánimo de lucro" en el tipo penal peruano permite comprender en el tipo una serie de conductas obser-

---

[329] ABANTO VASQUEZ, 2001, Pág. 308.

[330] ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración en el CP peruano*, Lima, 2001, Pág. 294.

[331] ABANTO VASQUEZ, 2001, Pág. 309.

[332] ROJAS VARGAS, 2002, Pág. 438 "El resultado es meramente óptico sin nexo vinculante obligado con la administración pública. Se trata, pues, de una figura compleja de naturaleza activa, **de consumación instantánea**..."

[333] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; Delitos contra la administración pública, Pág. 174 y 175.

vadas en la práctica. En algunos casos, efectivamente, en sujeto activo no persigue beneficiarse económicamente, sino perjudicar a la administración pública o a aun tercero para quien estaban destinados los bienes que el funcionario debía administrar, custodiar o percibir"[334]. En igual sentido se puede apreciar en el delito de tráfico de influencias art. 400 que señala: *"El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer* ***para sí o para un tercero***"[335].

Así, también Portocarrero Hidalgo dice que "si bien es cierto que la ley no se refiere en forma expresa al beneficio, la expresión "para sí o para otro" deja ese mensaje. No es posible que una persona se apropie de un bien, para guardarle, utilizando inoficiosamente espacio, sino es para enajenarle, desaparecerle, consumirle; todas estas formas conllevan beneficio, como también es beneficio la sola retención de la cosa en forma indefinida para tener la satisfacción de apreciarla. [336]

---

[334] Extraído de CARO CORIA, Dino Carlos; *Código penal*, 2002, Pág. 648. En cambio, la jurisprudencia colombiana ha dicho que para que haya apropiación en el peculado no es necesaria una consecuencia fenoménica u objetiva de la acción del peculador, sino que basta una simple situación sicológica de *querer propio ese bien*. Dijo la Corte: *"El acto de apropiación se cumple en muchos casos mediante una actividad sicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de tenencia, sin que inmediatamente esa conducta trascienda a una realidad fenoménica objetivamente costatable y, el consiguiente comportamiento del sujeto como dueño"*. FERREIRA, 1995, Pág. 30.

[335] Cuando se refiere al *ánimus de lucro* en el delito de hurto, como sabemos, se trata de un elemento subjetivo del tipo, que comprende la intención de apropiarse del bien (disponer del bien como propietario) y la de obtener un beneficio o provecho. Por ej. no habría ánimo de lucro en quien se lleva un abrigo de pieles de un restorante donde ha estado comiendo, creyendo que es el suyo. En este caso, el *ánimus de lucro* ayudaría a definir el injusto de hurto.

[336] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Lecciones de Derecho penal*, Lima, 1990, Pág. 151. Para comparar también podemos poner como ejemplo el delito de asesinato (art. 108 inc. 2 CP) donde se mata ***para facilitar otro delito***. No es necesario para la consumación de esta modalidad de asesinato que se dé comienzo a la ejecución del delito-fin. Es indiferente la verificación o no del delito-fin: la intención de cometer el segundo delito es la nota fundamental que da sentido a esta modalidad. La responsabilidad se determina por el grado de ejecución del medio-medio". Véase: BRAMONT ARIAS-TORRES/ GARCIA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Lima, 1996, Pág. 53 y 54.

La jurisprudencia peruana ha dicho que *"Entendido como sustracción de los bienes de la tenencia de la esfera administrativa, atentando con la garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado,* ***acción dolosa que se efectúa con la finalidad de obtener para sí o para otro un beneficio ilícito, que en el caso no se ha acreditado de modo alguno***[337]*"*.

En Código penal colombiano, con respecto al peculado, la doctrina dice que por el hecho que el art. 133 emplea las palabras "*en provecho suyo o de un tercero*", frase similar a la que se empleaba en el art. 3 del decreto 1858 de 1951, no quiere decir que el peculado por apropiación se agote cuando el peculador disfrutó o gozó del bien apropiado. El Código penal uruguayo prescribe "*...en beneficio propio o ajeno*". El Código penal italiano en su texto original prescribía el que "*...se apropia de ello o la distrae en provecho propio o ajeno...*". El Código penal de Portugal dice: *"El funcionario público que ilícitamente se apropiare, en provecho propio o de otra persona...*". El Código penal de Brasil dice: "*...o lo desvía en provecho propio o ajeno*".

El Código penal de España es más escueto en este punto ya que establece simplemente "*...con ánimo de lucro...*"[338]. Como puede verse, en la legislación comparada sí se exige la concurrencia del ánimo de lucro que normalmente acompaña el delito y aparece como su fin. En este sentido, la valoración del ánimus sirve para desvirtuar el tipo subjetivo (beneficio personal o de tercero). En España, el delito de malversación propia (peculado), la acción de apropiarse sí necesita que el sujeto activo se lucre con los bienes públicos sustraídos. Ello es consecuencia de la exigencia del propio art. 432 CP inc.1, dice: *La autoridad o funcionario público que con* ***ánimo de lucro...***". En ese sentido, con respecto al delito de peculado,

---

[337] ROJAS VARGAS, *"Ubicación dogmática y el rol que juega el tercero ("para otro") en el delito de peculado doloso. El tema de la vinculación funcional"*, cit. Pág. 66.

[338] ROJAS VARGAS, Fidel; *"Ubicación dogmática y el rol que juega el tercero ("para otro") en el delito de peculado doloso. El tema de la vinculación funcional"*, en: Dialogo con la jurisprudencia, Lima, Pág. 66.

Un argumento más, para sostener que el elemento *"**para sí** o para otro"* en el delito de peculado se trata de un elemento subjetivo y no objetivo, es que el Código penal peruano, en el delito de cohecho pasivo propio e impropio, dice: art. 393 *"...**para** realizar realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones"*. Art. 394 *"...**para** practicar un acto propio de su cargo..."*. El funcionario público recibe el medio corruptor, con lo cual se consuma el delito (peligro), sin esperar que efectivamente que dicho funcionario realice el pacto ilícito. De la misma manera, lo expresa en el cohecho activo *"...**para** que haga u omita algo en violación de sus obligaciones"*. El art. 321 CP, delito de tortura, menciona *"...**con el fin de obtener** de la víctima o de un tercero una confesión o información..."*. Volviendo al delito de cohecho, es un delito de peligro (abstracto) donde el bien jurídico-jurídico "administración pública" está ayuno de lesividad, la doctrina ha establecido que el elemento ***...para...*** juega un papel subjetivo específico, con mayor razón todavía en el delito de peculado, que es un delito de resultado lesivo instantáneo el elemento "para sí o para otro", sería totalmente irrelevante para efectos de la adecuación típica.

Por ello, los delitos de peculado doloso son *delitos de intención* (tipos de tendencia interna trascendente). En este sentido, por ejemplo, Villavicencio Terreros sostiene que los delitos de intención son aquellos "...delitos cuya "parte interna" requiere de una intención especial (Absicht) que no corresponde a la parte externa objetiva". Se diferencian delitos de resultado cortado y delitos mutilados (incompletos, imperfectos) de dos actos. En los delitos lutilados en dos actos, la conducta típica del agente es el medio para realizar una segunda conducta. Ejemplo: "a quien matare...***para*** facilitar u ocultar otro delito", artículo 152 del Código Penal). ***Estos delitos quedan consumados cuando se produce el resultado típico no siendo necesario que el agente consiga realizar su específica tendencia trascendente***"[339].

[339] Por eso, SOLER, tomo 5, Pág. 180 ha sostenido que "El presupuesto característico de este delito coincide con el abuso de confianza del art. 173, 2, con la diferencia de una situación oficial o son legalmente definidos: los bienes son *confiados* por la razón misma del cargo". En contra: CREUS, tomo 2, 1997, Pág. 287.

La expresión *"...para otro..."* no es pues, una condición *sine cuanon* para aplicar el tipo de peculado doloso. La "apropiación" y el respectivo "traslado" de los fondos públicos que realiza el sujeto activo (funcionario público) hacia un tercero, o sea, para el "otro" (puede ser también un funcionario público) debe entenderse como un elemento subjetivo que puede darse como también no. Sólo la apropiación-utilización, en los términos que he explicado, es punible en el peculado. Luego, el traslado "eventual" que haga el mismo funcionario público hacia un tercero forma parte del *agotamiento* del delito de peculado.

En consecuencia, pues, la expresión ***"para sí o para otro"*** en el delito de peculado doloso es un aspecto subjetivo por dos razones: 1) Porque establece un *ánimus de provecho* abarcado por el dolo del agente y 2) Porque *direcciona la finalidad* del funcionario público con respecto a los bienes, ya sea suyo propio o para beneficiar a una tercera persona, sin necesidad que efectivamente ésto último se realice.

3. Cuando el tipo penal de peculado alude al "otro" no se está refiriendo a que dicho sujeto beneficiario sea "coautor"

La singular referencia normativa del tipo penal de peculado con respecto al "otro" puede asumir las siguientes configuraciones:

- Puede tratarse de un **cómplice**, en la medida que haya colaborado en el proceso ejecutivo del delito.

Nuestra jurisprudencia ha dicho que "Para que se configure el delito de peculado los caudales que se entregan al funcionario o servidor público tienen que estar confiados en razón del cargo; habiendo el procesado recibido y dispuesto los bienes, no en su calidad de técnico de relaciones públicas de AUTODEMA sino como presidente de una comisión por navidad de los trabajadores de dicha entidad, no concurre la exigencia típica por razón del cargo, ya que se trata de un acto ajeno a su competencia funcional como empleado público, fundamentos por los cuales se declara haber nulidad en la sentencia y reformándola se absuelve al procesado". Véase: ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal comentada*, tomo I, Lima, Pág. 421.

- Puede tratarse de un **instigador,** en tanto se compruebe que indujo directamente al autor hacia la apropiación del caudal o efecto, que iba a ir en su provecho.
- Puede tratarse de un **coautor**.
- Puede tratarse de un **receptor**, en la medida que haya conocido o sospechado la procedencia ilícita del bien. La hipótesis de recepción nos plantea el inconveniente de la innecesariedad de su alusión en la misma redacción del tipo de peculado, por lo que el tipo penal no puede tipificar a la vez dos delitos: peculado y receptación de peculado.
- Puede tratarse tan solo un **referente fáctico normativo,** desprovisto de calidad imputable, en la medida que se trata de un hecho ubicado en fase de agotamiento del delito.

El "otro" al que alude la norma penal de peculado no puede ser coautor, pero ¿esto acaso permite entender que entonces se trate de un cómplice?...En tal perspectiva, -dice Rojas Vargas- para considerar que el otro del delito de peculado sea un cómplice deberá acreditarse que colaboró en la fase externa del delito con el autor o coautores a través de actos (materiales o intelectuales) que contribuyeron a la preparación y/o ejecución del delito, *que de ser así configuraría una especial situación en la los terceros que juegan el papel de cómplices adquirirán la calidad de beneficiarios con la consumación de la conducta ilícita del funcionario o servidor público*"[340].

IV. LA INTERVENCIÓN DE TERCERAS PERSONAS EN EL DELITO DE PECULADO

La comisión de un delito de peculado, evidentemente, admite la posibilidad de realización a partir de la intervención de una pluralidad

[340] Véase: PARIONA, *"El concepto "por razón de su cargo" en el delito de peculado"*, cit., Pág. 168 Este autor indica que "...son fuentes que legitiman y crean este deber especial en el funcionario que administra los bienes públicos: la ley, el acto administrativo y los supuestos fácticos no contrarios a derecho".

de sujetos. Ahora bien, en la medida que nos encontramos ante un delito especial, la condición de autor o sujeto activo del delito únicamente está reservada a quienes ostentan la calidad de funcionarios o servidores públicos.

Sin embargo, se admite la intervención criminal de sujetos que realicen aportes suficientes para tenerlos como cómplices, con los matices propios que admite este grado de intervención criminal. En tal sentido, Rojas Vargas ha sostenido que, en el marco de una imputación por delito de peculado, en el caso que "(...) el sujeto activo haya consumado el delito, vale decir se haya apropiado del caudal o efecto, para tener luego la posibilidad de disponer del bien (...)no se debe desechar la hipótesis de complicidad primaria o secundaria según haya participado con actos significativos y posibilitadores en fase de la preparación del delito o con actos de auxilio durante el proceso ejecutivo del mismo, supuesto en el cual la referencia al otro perderá valor para adquirir significancia la calidad y cantidad de aportes o contribuciones en tanto cooperador (...)"[341].

En ese medida los elementos a valorar en el marco de una intervención criminal a título de complicidad, en el marco de una imputación por delito de peculado son los siguientes: (i)que el cómplice, en el caso de la complicidad primaria, colabore con la realización del hecho a través de un aporte suficientemente significativo; en el caso de complicidad secundaria será a través de un aporte irrelevante; con la característica común que ambos deben presentarse durante la fase de preparación del delito; y (ii)si el aporte se realiza en la fase de ejecución del mismo, éste determinado por un acto de auxilio a la realización del hecho. Es importante destacar que en ningún caso se admite la posibilidad de incluir a un tercero como cómplice si el aporte, de la naturaleza que sea, se produce con posterioridad a la ejecución del hecho.

En ese sentido, el propio Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de comprender la intervención de particulares en el deli-

[341] ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit, p. 339.

to de Peculado, refiriendo que dicha participación debe ser desplegada antes de consumado el delito y no después de ocurrido éste. En efecto, mediante sentencia de 23 de noviembre de 2004, recaída en el Exp. 2758-2004-HC/TC, el Tribunal Constitucional resolvió que: "Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad".

En todo caso la participación del cómplice en el delito de peculado, corresponde a una intervención ocurrida, en última instancia en la fase de ejecución del hecho y no con posterioridad a su consumación, por ello el Tribunal Constitucional ha afirmado que cualquier participación o actuación penalmente relevante a efectos de la configuración del delito de peculado no puede presentarse con posterioridad a la consumación del hecho, en tal sentido no sería penalmente relevante ni típica, la conducta del tercero luego de haberse producido la apropiación o utilización de los caudales públicos por parte del funcionario o servidor público correspondiente.

Sin embargo, existe otro sector de la doctrina que considera que la intervención del tercero a título de instigación o complicidad corresponde al supuesto en que el tercero que no ostenta la condición de funcionario o servidor público haya propiciado la salida de los caudales de la esfera patrimonial del Estado; así Reaño Peschiera, sostiene: "Por ello, a mi juicio, la punibilidad de la intervención del *extraneus* en el delito de peculado, bajo el título de instigación o complicidad, presupone que el particular haya propiciado en alguna medida la entrega de los caudales estatales – por ejemplo solicitándolos manifiesta o tácitamente al funcionario público, sea de modo directo o a través de terceros-. Sólo en tales casos puede afirmarse la adhesión del particular a la infracción del deber institucional del obligado especial. La aceptación de los cau-

dales constituye la exteriorización u objetivización de dicha adhesión (...) si se sostuviese que el beneficiario de los caudales en ningún caso puede ser responsabilizado por el delito de peculado, su mención en la descripción típica sería del todo superflua, pues para la configuración del injusto típico es indiferente que el funcionario realice la apropiación a favor propio, de un tercero, o que incluso permita su indiferencia o descuido que un tercero sustraiga los bienes confiados en razón de su cargo (...)".[342]

En todo caso, en ambos casos de valoración con relación a la intervención y punición del cómplice en el marco de una imputación por delito de peculado: (i) valoración de la entidad del aporte; y (ii) adhesión del particular a la infracción del deber institucional, ésta no podrá operar luego de agotada la fase ejecutiva del delito. En este sentido, se tiene que el propio Tribunal Supremo ha entiendo que los aportes o contribuciones a la comisión del delito de peculado por parte de los particulares deben darse en la fase de la preparación del delito o durante el proceso ejecutivo del mismo. Recordemos que una parte de la doctrina, a saber, Rojas Vargas, citado anteriormente, es del mismo razonamiento respecto a la participación del colaborador, entendiendo que no se puede abarcar la actuación de un particular dentro de los alcances del art. 387° del Código Penal (peculado), si es que dicha conducta se realizó luego de la salida patrimonial de la esfera estatal pública.

Sin embargo, en sentido contrario se ha pronunciado parte de la doctrina, permitiendo la atribución punible de los particulares en los delitos de Peculado si es que éste propicia la apropiación de los caudales. Este es el razonamiento que expone Reaño Peschiera: "Por ello, a mi juicio, la punibilidad de la intervención del *extraneus* en el delito de peculado, bajo el título de instigación o complicidad, presupone que el

[342] Que experimenta un nombramiento irregular que al menos le da una apariencia irregular. Por lo general, son tres los requisitos fundamentales, tiene que tener un título putativo, una causa justificada y lo más importante es que tiene que tener una causa licita para llegar al cargo público.

particular haya propiciado en alguna medida la entrega de los caudales estatales – por ejemplo solicitándolos manifiesta o tácitamente al funcionario público, sea de modo directo o a través de terceros-. Sólo en tales casos puede afirmarse la adhesión del particular a la infracción del deber institucional del obligado especial. La aceptación de los caudales constituye la exteriorización u objetivización de dicha adhesión (...) si se sostuviese que el beneficiario de los caudales en ningún caso puede ser responsabilizado por el delito de peculado, su mención en la descripción típica sería del todo superflua, pues para la configuración del injusto típico es indiferente que el funcionario realice la apropiación a favor propio, de un tercero, o que incluso permita su indiferencia o descuido que un tercero sustraiga los bienes confiados en razón de su cargo (...)"

Así, este sector de a doctrina sostiene que la participación de particulares en el delito de Peculado, de ser el caso que se trate de un incentivo a la entrega de los caudales públicos, debe ser punible. Se entiende, por tanto, que los alcances de la norma del art. 387° del Código Penal (Peculado) no se limita a la salida del bien público de la esfera patrimonial del Estado, sino que se extiende a la conducta de los particulares que reciben dichos bienes, si es que de éstos han propiciado dicha entrega.

En este sentido, la conducta desplegada por el autor el delito, así como la de los cómplices primarios y secundarios deben darse hasta dicho momento, hasta la consumación del delito materia de análisis, luego de su perfección y consumación, no puede comprenderse más conductas dentro de los alcances del art. 387° del Código Penal.

De allí, no se puede extender el tipo penal de peculado a conductas desplegadas ulteriormente a la consumación del delito, esto es, posterior a la salida de la esfera del patrimonio del Estado, es imposible a partir del texto del art. 387° del Código Penal, comprender en sus alcances a conductas que han tomado lugar posteriormente a la efectiva disposición de los bienes públicos.

V. LAS CONSECUENCIAS DE ADMITIR LA TESIS DE ADMINISTRADOR DE "HECHO" Y DE "DERECHO" EN EL DELITO DE PECULADO

1. CUESTIONES GENERALES

El delito de peculado doloso (art. 387 CP) sanciona al funcionario público que se apropia-utiliza "*...los caudales o efectos cuya percepción, **administración** o custodia le están confiados por razón del cargo...*". Definitivamente cuando el funcionario público administra legal o jurídicamente los caudales o efectos públicos no ofrecen mayores dificultades, pues aquí regirán expresamente las normas civiles o administrativas extrapenales para el cuidado de los caudales o efectos ingresados a la esfera de la administración pública. Lo que sí demuestra una sensible dificultad es la categoría del "administrador de hecho"[343] en función al cuidado y vigilancia de los caudales públicos.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia niega este criterio pues: "Lo relevante para el derecho penal, en relación con el delito de peculado, no es que el sujeto activo sea empleado de manejo u ordenador, en el sentido de que deba dedicarse funcionalmente en forma exclusiva a recibir y pagar dineros, o que tenga bajo su inmediata vigilancia esos bienes, o, en fin, que directamente sea él quien ordene los pagos, sin mediación de otros. Lo realmente importante es que el funcionario o funcionarios públicos tengan la disponibilidad material o jurídica o la posesión de la misma, en sentido jurídico-penal. Vale decir, es entendida simplemente como la posibilidad de disponer de la cosa por fuera de la vigilancia de otro".[344]

---

[343] Que experimenta un nombramiento irregular que al menos le da una apariencia irregular. Por lo general, son tres los requisitos fundamentales, tiene que tener un título putativo, una causa justificada y lo más importante es que tiene que tener una causa licita para llegar al cargo público.

[344] Carece de un título putativo, ha llegado al cargo público ilícitamente, por medio de violencia o medios fraudulentos y no tiene una causa de justificación suficiente. La diferencia entre un usurpador y un funcionario de facto, radica en que el primero tiene una causa que está en reñida con el ordenamiento jurídico, o sea, existe una voluntad criminal. En la segunda, -funcionario de facto- existe una causa que está acorde con el ordenamiento jurídico y una complacencia comprobable. La pregunta

La discusión se centra básicamente si el concepto de "administrador de hecho" representa una lícita interpretación extensiva del término "administrador" o más bien ante una construcción que incurre en analogía prohibida: esto ocurrirá para todos aquellos que entienden que la expresión administrador implica elementos formales, de modo que la inclusión en el precepto correspondiente de situaciones puramente fácticas constituye analogía contra reo.

El funcionario público de Derecho o *de jure*[345], el funcionario público de *facto* o de hecho[346], el usurpador de funciones Vladimiro Mon-

---

sería: ¿puede ser considerado funcionario publico de facto –o administrador de hecho- quien en otro proceso la misma persona ha sido condenado por usurpación de funciones?. La respuesta es definitivamente negativa. Porque ya existe un pronunciamiento judicial que expresa una causa ilícita (voluntad criminal) que torna incompatible con el concepto de funcionario de facto que su licitud.

[345] En la Sentencia que condena a Vladimiro Montesinos Torres por el delito de usurpación de funciones se puede ver lo siguiente: *"Que se le imputa al encausado Vladimiro Montesinos Torres (...) haber ejercido funciones diferentes al cargo que ostentaba de Asesor de la Alta Dirección del Sistema de Inteligencia Nacional,* ***usurpando de esta forma una función público que no le correspondía (Jefatura del SIN)*** *habiendo instalado inclusive al interior del SIN su vivienda y oficina, desde donde ejercía el control absoluto en todas las esferas y con el sólo propósito de enquistarse en el poder conjuntamente con el prófugo y el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori".* En otro pasaje de la sentencia concretamente se lee: *"(...) Entonces en ningún caso se le nombró como Jefe del SIN por ello no le estaba permitido dar órdenes que ld correspondían a dicha jefatura,* ***tampoco su función de asesor le permitía haber manejado los fondos del Servicio de Inteligencia Nacional de las partidas I y II, así como otras asignaciones otorgadas al SIN, función que le correspondía al Jefe del Servicio de inteligencia Nacional quien era titular del pliego presupuestal*** *(...) pero lo que da gravedad al hecho es que adquirió autoridad total, controlando ilícitamente la información del Sistema de Inteligencia Nacional entonces vigentes (...) usurpó progresivamente de hecho la jefatura del Servicio de Inteligencia Nacional, desde que entonces era jefe de dicha institución Julio Salazar Monroe y luego Humberto Rozas Bonuccelli quienes no tuvieron reparo en entregar al procesado Montesinos Torres la* ***disposición de los dineros de la Partida de reserva de dicha institución,*** *siendo él, quien tomaba la decisión de su aplicación, fue así que progresivamente asumió el control de dicha entidad, siendo él quien decidía y ordenaba, llegando a ser el jefe formal un subordinado del asesor, debiendo implementar las directivas y órdenes que recibía, como fue el caso específico de Rosas Bonuccelli (...)".*

[346] SOLER, tomo 5, Pág. 181 y 182.

tesinos no puede ser considerado "autor" del delito de peculado doloso por carecer de "vinculo funcional", Vladimiro Montesinos no puede ser considerado autor del delito de peculado tipificado en el art. 387 CP por las siguientes razones: El sujeto activo (funcionario público) del art. 387 se necesita que se apropie o utilice, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le hayan sido confiado *por razón de su cargo*. Como es sabido, existe una Sentencia que condena a Vladimiro Montesinos Torres por el delito de *usurpación de funciones*, es decir, que no tiene vinculo funcional con los bienes estatales, lo que automáticamente convertiría en atípica la conducta de peculado en calidad de autor para Montesinos Torres. Cabe recordar que Vladimiro Montesinos Torres no puede ser autor del delito de peculado por inexistencia en el del imprescindible elemento de tipicidad objetiva de la vinculación funcional. En efecto, el delito de peculado doloso, en la forma como está configurado en la norma penal, requiere algo más que la condición especial para determinar la calidad de autor, y esta característica agregada de naturaleza imprescindible e insustituible es la vinculación funcional *por razón del cargo*.

Soler ha dicho que si "...se trata de un funcionario *de facto*, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuido de éstos. En ambos casos, el sujeto presenta el aspecto de funcionario legal: el pago hecho a él en buena fe, es un pago hecho al fisco y, en consecuencia, la substracción que aquél ejecute es peculado. Análoga es la situación del empleado incompetente que se cree competente para recibir una suma"[347].

2. LA ADMISIÓN DEL "ADMINISTRADOR DE DERECHO"

El art. 77 del Código penal argentino que recepta el concepto de funcionario: "Por los términos "funcionario público" y "empleado públi-

[347] AVILA, Juan José; *"Significación de conceptos empleados en el Código"*, en: Baigún-Zaffaroni (Dir.), Terragni (Coord.), Código Penal y Normas Complementarias, 2, Parte General, Buenos Aires, 2002, Pág. 895 y 896).

co", usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente". La Convención contra la Corrupción en su artículo primero establece un concepto de funcionario público: "Funcionario Público" "Oficial Gubernamental" o "Servidor público" es: "Cualquier funcionario o empleado del estado 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". Se da nociones en el artículo 1 de "función pública", como de "funcionario público", extendiéndose a funcionarios "electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del estado".

Se establece así, desde la perspectiva internacional una concepción de funcionario público mucho más amplia que desde el punto de vista del funcionario o servidor público en perspectiva penal según los supuestos aplicativos del artículo 425º del Código penal peruano (Capítulo IV, Disposiciones comunes). Por otro lado, la Ley de Etica en el Ejercicio de la Función Pública (Ley 25.188) de alguna manera desarrollo ciertos lineamientos generales en torno a la discusión del concepto de funcionario público, pues establece (art.1) que dicha les alcanza a todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

En segundo lugar, adecuar dicho concepto genérico a las exigencias típicas objetivas de la Parte Especial de espacio, tiempo, medios, etc. Resultará lógico que no habrá posición jurídica de garante, y por ende no existirá el deber de evitar ningún resultado, si el funcionario público realiza un delito de abuso de autoridad -aunque se den los demás supuestos de hecho- si el sujeto activo no ejerce funcionalmente el cargo.

Una cuestión adicional en cuanto a las particularidades del sujeto activo en delitos funcionales. Lo que realmente va a distinguir de un

particular de la calidad de funcionario público no es la forma de cómo éste accedió a tal o cual cargo estatal, sino que lo determinante será, según la descripción legal, "el ejercicio de las funciones públicas". Siguiendo a Avila "...es el ejercicio concreto de funciones públicas en relación directa con el fin de protección de la norma aplicable –el bien jurídico- el fuerza... tanto para determinar la autoría como para la protección al eventual sujeto pasivo. De ahí que no se distinga si ese ejercicio es accidental o permanente, por designación de autoridad competente o elección popular".

El particular puede ser legalmente asimilado a un funcionario público, aunque en la realidad carezca de las condiciones expresadas en el art. 77 del Código Penal argentino. Así por ejemplo serán los art. 237, 239 y 240 del mismo cuerpo legal. Por ejemplo el encargado de registro automotor en el ejercicio cotidiano de su labor, no se puede decir que aquella persona realiza un significación institucional de orden público que constituye "ejercicio de funciones públicas". En cambio, la índole de la "función" se califica cuando por ejemplo el escribano actúa como inventariador designado judicialmente, o cuando el abogado es habilitado como auxiliar en una diligencia judicial. La citada Ley de Etica en el Ejercicio de la Función Pública también desarrolla un concepto de función pública, así se entiende por ésta a "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".

Entonces, en resumen, podemos afirmar que existe un antes y un después en las tesis aludidas teniendo como "referente" principal la figura de Montesinos. En la tesis del Tribunal anticorrupción hay consumación de peculado después que aquel haya dispuesto los caudales públicos hacia terceros. En cambio, en la tesis de la defensa, existe consumación antes que Montesinos lo haya dispuesto.

Ahora bien, en el caso que sigamos la tesis del Tribunal anticorrupción habría que hacer algunas precisiones: ¿Cuándo se consuma el peculado teniendo como origen una estructura u organización compleja?

El criterio del "administrador de hecho"[348] ha sido, por el contrario, asumido por el Tribunal anticorrupción en el proceso que se le seguía a Vladimiro Montesinos que terminó condenándolo como autor del delito de peculado. La sentencia anota que "*IV. C.- Que, así pues el tipo penal de peculado del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, no sólo sanciona al administración de uire sino también al administrador* ***de hecho o de facto;*** *debiéndose acotar que la ley no hace mención a que la percepción administración o custodia de caudales o efectos por un funcionario o servidor público sea de jure; basta, entonces, que el agente actúe en cuanto integrante del Sector Público y con motivo de su efectivo dominio del ámbito administrativo concernido. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público (Morales Prats, Fermín, Morales García, Oscar: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Aranzandi, Navarro, mil novecientos noventa y nueve, Página mil doscientos ochentidós)*".

Hasta qué punto puede extenderse el círculo de destinatarios en el delito de peculado, originariamente dirigidas al administrador de derecho, aquel que jurídicamente dispone de los caudales. Es decir, que puede haber *otros* sujetos no vinculados legalmente con los caudales públicos. De esto puede inferirse que el ámbito de aplicación de esta equiparación entre administrador de "derecho" y de "hecho" se encuentra en los delitos especiales de funcionarios. Es necesario darle a la cate-

[348] Generalmente el "administrador de hecho" ha sido un tema que se ha planteado en la fórmula de la "actuación en lugar de otro", que en el Derecho español se encuentra regulado en el art. 31 del CP. Asimismo, el anteproyecto de Ley del Código penal del Perú también ha recepcionado este criterio en el art. 27 CP. La regla asumida para este tipo de problemas es la adecuación de una representación efectiva antes que formal; en otras palabras, se busca más una actuación efectiva del representante antes que meros formalismos. Véase, en este sentido: ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, Pág. 147 quien añade que en el caso del Derecho español –donde se regula el administrador de hecho- cumple mejor con la idea básica de la regla del "actuar por otro", cual es comprender penalmente a todo aquél que haya actuado ejerciendo realmente funciones de dirección o representación del autor especial.

goría del administrador de hecho un fundamento dogmático específico que sirva para determinar los contornos de la misma y fijar también sus límites.

En esta segunda acepción del administrador en el ámbito del peculado, ha entendido la jurisprudencia española como una disponibilidad fáctica, por parte de funcionarios con ocasión del ejercicio de la función pública, aunque sin tener competencia específica sobre los caudales o efectos públicos, bastando pues una disponibilidad de hecho a la que pudiera haber dado lugar el ejercicio de cualquier función pública (así por ejemplo, quienes desempeñan funciones auxiliares en virtud da las cuales tienen acceso meramente físico al manejo de los fondos del Estado[349].

Más aún en ámbitos complejos donde no sea compatible la idea de que quien administre tenga, material o tangiblemente, la cosa que administra. La tenencia material del bien que se dispone ilícitamente, es una forma de administrarlo, pero no es la única forma, porque puede suceder que el administrador no sea quien lo tiene, sino quien da las instrucciones de disposición del bien. Otros serán los encargados, materialmente, de tomarlo de un lugar y colocarlo en otro, lícitamente. También administra quien solamente tiene la disponibilidad jurídica u ordenamiento sobre los bienes, aunque no su tenencia o contacto material con ellos[350].

El concreto *estricto* de administrador de hecho se asocia, a partir de un hecho efectivo en virtud del cual se procede al nombramiento del sujeto como administrador, a la ausencia de algunos de los requisitos formales a los que el Derecho mercantil condiciona la eficacia de tal nombramiento. Según esto, administrador de hecho sería un sujeto válidamente nombrado como administrador, y que obviamente actúa como

[349] MIR PUIG, Carlos; *Delitos contra la administración pública*, Barcelona, 2000, Pág. 296.

[350] FERREIRA, Francisco José; *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, 1995, Pág. 20.

tal, pero cuyo nombramiento concurren vicios que pueden resultar determinantes de la anulación, no ha sido ratificado por la Junta.

Por el otro lado, el concepto *amplio* pero concreto en su contenido material de administrador de hecho incluye los casos que integra el concepto restringido en que quepa afirmar que un sujeto, no siendo administrador de derecho, ostentando el dominio social típico sobre la actividad de la persona jurídica. En este punto Silva Sánchez en el marco de la fórmula del "actuar en nombre de otro" apunta que estima "...preferible seguir la vía de un concepto amplio, pero concreto en su contenido material, de "administrador de hecho", que precisamente acoge el conjunto de los casos en que el sujeto, en virtud de una actuación fáctica, ostenta el dominio social sobre la situación típica"[351].

Meini sostiene que el concepto "administrador de hecho" de cara al Derecho penal, ha de incluir a todos los que *de facto* realizan actividades de administración, en cuanto órganos de gestión y representación, constituyéndose, en consecuencia, en un concreto amplio. El fundamento dogmático de la punición del administrador de hecho en cuanto actúa en lugar de otro, ha de ser ubicado en al acceso al dominio social que consigue, lo que determina la existencia de una relación externa entre el administrador de hecho (*extraneus*) y el bien jurídico, idéntica a la que cabría establecer entre bien jurídico y el *intraneus*"[352].

Gracia Martín anota que "...si un sujeto que no ostenta la cualidad de representante legal asumiera *de hecho* tales funciones, por ejemplo un sujeto que se arrogara la facultad de administrador judicial de una sociedad sin haber sido designado para tal efecto por la autoridad judicial, entonces el problema jurídico-penal se resolvería satisfactoriamente según una de estas dos hipótesis: a) para que sus acciones pudieran llegar a producir la lesión del bien jurídico –para que se comprobara la antijuricidad ma-

[351] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *"El "actuar en lugar de otro" (artículo 31) en el nuevo Código penal español"*, en: Estudios de Derecho penal, Lima, 2000, Pág. 145.

[352] MEINI, Iván; *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados,* Valencia, 2003, Pág. 450.

terial- tendrían que pasar el filtro de la tolerancia de quienes ejercen el dominio social en el concreto ámbito en el que actúa; si dichas personas ejercen el adecuado control, el principio de intervención mínima relega la necesidad de incriminar aquellos actos usurpador que, a lo sumo, merecerá la pena de la tentativa de autor inidóneo; b) si las personas que ejercen el dominio social en la esfera en la que aquél actúa toleran sus actos y dejan que lleguen efectivamente a producir la lesión del bien jurídico responderán por la omisión si es equivalente a la acción..."[353]

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL DELITO DE PECULADO

Actualmente, para el concepto típico de peculado en el Derecho peruano tiene que determinarse por lo menos tres elementos concurrentes: la calidad de los bienes (caudales o efectos públicos), calidad de la persona (funcionario público) y la naturaleza de la relación que media entre el sujeto y los bienes públicos (vinculación funcional). Con respecto a los primeros puntos el Código penal no se limita a los bienes públicos ni a los funcionarios públicos pues extiende la protección a los bienes privados y la sanción penal alcanza a los sujetos que no necesariamente son funcionarios públicos.

El peculado (doloso y culposo) debería concebirse como una conducta de sustracción definitiva o distracción temporal de fondos públicos por parte de quien detenta tales bienes, tuvieran o no la condición de funcionarios públicos, sin perjuicio de la agravación que ha de aplicarse a quienes ostentan efectivamente el cargo público. Se producía así un cambio relevante en la concepción de este delito de trasladar el elemento esencial que por el momento es el funcionario público, hacia el objeto material: los caudales y efectos públicos.

Precepto que recurre a una doble ficción, apartándose de la tradicional definición y estructura del peculado: en primer lugar, la de conceder

[353] GRACIA MARTÍN, Luis; *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Zaragoza, 1986, Pág. 231.

a los depositarios de los bienes embargados la cualidad de funcionarios públicos, algo que el mismo Código penal peruano lo contempla en el art. 425 inc. 6, en virtud del nombramiento de a autoridad. En segunda lugar, la de considerar los caudales públicos a los bienes embargados de los particulares, a través del acto de afectación judicial o administrativo.

El elemento que nos permitirá descubrir la existencia de una competencia funcionarial es la esfera de custodia, que esta referida a la actividad patrimonial del Estado donde la titularidad le corresponde al funcionario público. La administración, percepción y la custodia, son diferentes formas de posesión de los bienes que por su cargo ejerce el funcionario público, objetivando la relación funcional existente, dicha relación debe existir para que se configure el delito de peculado.

a) **En la administración de bienes.**- El Funcionario Público en razón de su cargo, conforme a los ordenamientos respectivos, posee facultades de disposición de los bienes, ya que tiene por ley, facultades para aplicar dichos bienes a finalidades determinadas por el ordenamiento jurídico[354]. Y es por ello que debe tener el dominio de los bienes públicos, debido a sus funciones que le facultan a disponer de dichos bienes para aplicarlos a una finalidad legalmente determinada.

b) **En la percepción de bienes.**- El Funcionario Público en razón de su cargo, recibe bienes de procedencia lícita para ingresarlos o regresarlos a la Administración Pública.

c) **En la custodia de bienes.**- El Funcionario Público en razón de su cargo, protege, conserva y vigila los bienes públicos, y tal actividad de custodia significa una efectiva tenencia sobre dichos bienes. La custodia puede ser transitoria o permanente, pero en el momento de hechos la custodia del bien público debe haber sido confiada al funcionario en razón de su cargo[355].

---

[354] BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Ob. Cit. P. 252.

[355] BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Ob. Cit. P. 253.

VII. LA MODIFICACIÓN CONTENIDA EN LA LEY Nº 29703 Y 29758

El día 10 de junio se publicó la Ley nº 29703, ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la administración pública. Se trata de modificaciones que no solo afectan a las sanciones penales (aumento de penas) sino que, y es lo que en realidad preocupa, pretenden incidir en el sentido de las conductas prohibidas, esto es, en el supuesto de hecho de las figuras delictivas. Si estas últimas modificaciones se conciben en el sentido que promueven una interpretación mas restrictiva de los delitos contra la administración pública, entonces las consecuencias serían absolutamente negativas para la lucha contra la corrupción, no solo para aquellos actos de corrupción que se produzcan con posterioridad a esta ley, sino también para los que se produzcan con anterioridad a la vigencia de la misma, esto es, a la corrupción producida durante los regímenes de García, Toledo y Fujimori.

Como se sabe, en derecho penal rige el principio Constitucional de retroactividad de la ley penal más favorable (art. 103º Constitución[356] por lo que si las nuevas figuras penales se entienden con menor alcance que las derogadas, esto es, menos conductas se consideran delictivas, entonces los procesados por corrupción podrían acogerse a la nueva normativa por considerar que sus conductas no son, ahora, relevantes penalmente. Incluso a pesar de que el Congreso derogue esta ley, los efectos de la misma ya se habrían producido. Ello en razón del principio constitucional de la ley penal más favorable (art. 139º inciso 11 – Constitución).

[356] Art. 103 leyes Especiales, retroactividad benigna, derogación de leyes: Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la razón de las diferencias de las personas. La Ley, des de su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La constitución no ampara el abuso del derecho.

Es por ello que consideramos que la minimización de los efectos negativos de esta reforma se encuentra, sobre todo, en manos de los operadores del sistema de justicia (jueces y fiscales). Son ellos los que pueden mantener una interpretación óptima de los tipos penales relacionados con la administración pública y así evitar espacios de impunidad en el futuro y en los procesos por corrupción en curso.

En la reforma del delito de peculado se aprecian dos modificaciones relevantes las cuales podrían incidir, por un lado, en los modos de participación (complicidad o instigación) y, por otro lado, en la graduación de la gravedad del delito cometido.

Con relación a la primera, la reforma de la ley N° 29703 ha suprimido el peculado para terceros. Esto es la fórmula referida a la apropiación o utilización para otro de caudales o efectos públicos. En su lugar incorporo una figura, tomada del Código penal español, referida a la conducta de consentir que un tercero se apropie de caudales o efectos públicos.

La fórmula anterior, si bien no permitía una interpretación clara sobre el momento de consumación del peculado para terceros, había sido aclarada por la jurisprudencia mayoritaria. Dicha jurisprudencia había establecido que la consumación del peculado para terceros se producía al momento en que el bien era entregado al tercero o cuando aquel se encontraba a disposición de ésta. Esto permitía imputar como cómplice del delito de peculado a aquel tercero (particular) que recibía el bien o tenía a su disposición el mismo.

La modificación producida incorpora una figura autónoma del delito de peculado que tampoco coadyuva una interpretación clara sobre el momento de consumación, reposa sobre el hecho de consentir que otro se apropie, entonces podría evidenciarse una peligrosa y equivocada línea de interpretación que diferencia el momento de consentir y el posterior momento en que otra persona se apropia de los bienes o caudales públicos. Esta diferenciación permitiría excluir a los particulares o extraneus como cómplices del delito de peculado dado que su intervención se produciría con posterioridad a la consumación del delito.

En nuestra opinión esta modalidad del peculado se puede considerar claramente como un delito permanente (situación de consentimiento sostenida por el funcionario o servidor público), de tal manera que la situación de consentimiento puede extenderse hasta el momento en que el tercero se apropia de los caudales o efectos del estado. Esta posición, permite evidentemente, comprender a los extraneus o terceros particulares como cómplices del delito de peculado. Corresponden a la Sala Penal de la Corte Suprema de la República evitar lagunas de impunidad sobre todo con terceros que cooperan con los funcionarios o servidores públicos en la apropiación de bienes o caudales públicos.

Con relaciona la segunda modificación, la reforma ha creado una agravante del delitos de peculado en razón del valor del perjuicio o peligro de perjuicio producido al patrimonio del estado. Específicamente el tipo penal agrava la sanción penal al funcionario público en la medida en que los apropiado o utilizado supere las 10 UIT. En consecuencia no se trata de una condición objetiva de punibilidad que determine la impunidad de actos de apropiación inferiores a las 10 UIT sino de una graduación de la gravedad del injusto. Esta es una reforma pertinente.

VIII. RESPECTO A LA MODIFICATORIA DEL DELITO DE PECULADO DE USO ART. 388 EN LA LEY Nº 29703

Sin perjuicio del agravamiento de la sanción penal, no apreciamos cambios relevantes en el supuesto de hecho. Cabe señalar que los casos de uso de vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo también se encontraban excluidos de la figura derogada de peculado de uso.

El art. 387º del Código Penal sanciona el delito de Peculado de la siguiente manera: *"El funcionario público 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...."*. Los elementos objetivos constitutivos del delito de peculado son los siguientes: a) existencia e una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) la percepción, administración o custo-

dia; c) modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma; d) destinatario, para sí o para otro; y e) objeto de la acción: los caudales o efectos.

El ordenamiento jurídico penal sanciona, en esta medida, la indebida apropiación o utilización de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estaban confiadas al funcionario o servidor público a su favor o de un tercero. Hacerse de los caudales y efectos del Estado. Así lo ha entendido también la jurisprudencia nacional: "La conducta típica supone, en los delitos de peculado, crear un desbalance patrimonial, de suerte que el monto asignado para el desarrollo de una actividad no se vea reflejado en ella misma, siendo causa de este desbalance (para que se realice el tipo penal en la modalidad denunciada) un traslado de recursos de una esfera patrimonial a la otra (...)" Exp. Camaná 498-98-P/CAM.

CAPÍTULO QUINTO
LA INFRACCIÓN PENAL POR PECULADO CULPOSO

ANÁLISIS A PARTIR DEL ARTÍCULO 387º, CUARTO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos; en todo caso, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo) un delito doloso por tercera persona; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho[357]. El tercero puede ser un particular u otro funcional o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente[358].

Aquí lo que se observa en realidad es una cuestión "única" en la dogmática penal peruana, pues se permite una participación dolosa en un delito de autoría (especial) culposa; es decir, hasta donde tenemos conocimiento en un delito culposo no existe grado de participación delictiva (dolosa) de terceras personas (al menos en la concepción dogmática que yo asumo, no aceptamos tal circunstancia); en otras palabras,

---

[357] Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, considerando octavo.

[358] Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, considerando octavo.

no existe complicidad o instigación (dolosa) en un delito donde su autor ha cometido una imprudencia punible; en todo caso, si existen varias personas involucradas en un hecho imprudente, lo que existiría es lo que se llama una "autoría individual" en relación a todos los sujetos intervinientes, pero no comportamientos dolosos de terceras personas.

De más está decir, que cada delito doloso de la Parte Especial o Legislación penal complementaria, no tiene su correlato de un delito culposo, y cuando quiere el Legislador nacional tipificar una conducta culposa o imprudente lo señala expresamente, esto en correspondencia con el artículo 12° del Código penal, segundo párrafo (sistema de *numerus clausus* o sistema cerrado[359]); por ello, el delito de peculado doloso sí tiene su configuración culposa, en el cuarto párrafo del artículo 387° del Código penal.

Debemos advertir que el Código penal peruano castiga el delito de peculado por extensión (artículo 392°, artículo modificado de acuerdo a la 7ma. Disposición Final de la Ley 28165 del 10-01-2004) bajo el siguiente supuesto: *"Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387° a 389°, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por razón de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social"*. En ese sentido, de manera genérica y por supuesto extensiva se refiere a todos los supuestos típicos del artículo 387°, por lo tanto

[359] Como es sabido, el sistema de número cerrado (numerus clausus), entiende que sólo son punibles en su realización culposa los delitos específicos previstos como tales en la parte especial del Código o en leyes especiales. Este sistema es acogido en nuestra legislación al disponerse en el artículo 12° del Código Penal que el "agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley". La técnica del sistema de numerus clausus permite saber con mayor seguridad cuando es punible la culpa, puesto que en el sistema de incriminación abierta es dudoso si una serie de delitos admiten o no su modalidad culposa o imprudente.

también se le hace extensivo al peculado culposo, que se encuentra en incorporado en el cuarto párrafo del citado artículo 387°.

En consecuencia, un caso de peculado culposo *por extensión* lo podemos encontrar en una Ejecutoria Suprema, que ha dicho: «Que, ahora bien, la conducta del imputado al entregar el vehículo con techa veintisiete de diciembre de dos mil recibió el automóvil en custodia, conforme aparece del acta de fojas tres- a quien no correspondía, al mismo que posteriormente se le requirió judicialmente para que lo ponga a disposición, del tal suerte que impidió que el Juzgado de Paz Letrado de Concepción haga efectiva su resolución y que definitivamente el vehículo en cuestión no se entregue al señor Samuel Esteban Sovcro Aguirre tipifica *el delito de peculado culposo por extensión* en concurso real -y no aparente como se indica en la sentencia recurrida- con el de desobediencia a la autoridad -en tanto se trata de conductas realizadas en diferentes fechas, no hay unidad de acción, y, además, vulneran distintos objetos jurídicos: el cumplimiento de las órdenes judiciales en el último caso, y la correcta gestión y utilización del patrimonio embargado por quien ha sido designado judicialmente para hacerlo en el caso del peculado por extensión-»[360].

De acuerdo a su estructura típica culposa, y basado en el principio de mínima de intervención penal, y el principio de fragmentariedad, la sanción punitiva es totalmente exigua en comparación con el delito de peculado doloso, ya que la represión es con pena privativa de libertad no mayor de dos o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

2. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como pasa en el delito de peculado doloso (artículo 387° CP) el bien jurídico-penal en sentido amplio será la Administración Pública, y por su parte como bien jurídico-penal en sentido estricto será la correc-

[360] Recurso de Nulidad N° 2076-2005 Lima, veintiocho de noviembre del dos mil cinco, emitido por la SALA PENAI. PERMANENTE, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA JUNIN.

ta gestión y administración del patrimonio del Estado. En efecto, como señala el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, considerando sexto: " *Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos especificas merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad*".

3. MODELOS DE TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA "CULPA" O "IMPRUDENCIA" SEGÚN LA INTERVENCIÓN O NO DE PERSONAS EN UN EVENTO DELICTIVO

En esta parte introductoria a los delitos de peculado culposo, he creído necesario incorporar los modelos de tratamiento jurídico en el delito culposo, según la intervención de personas en un evento delictivo, los mismos que son los siguientes:

- **La imprudencia por autonomía del propio sujeto.** La imprudencia del sujeto *"por sí misma"* generará un comportamiento lesivo al bien jurídico-penal, sin intervención directa de terceras personas, y aquí se encontrarían ubicados la mayoría de delitos culposos en el Código penal (por ejemplo, artículo 111°, artículo 124°). Es decir, por ejemplo el sujeto que iba conduciendo su vehículo a excesiva velocidad, atropella a otra persona con su automóvil, él sólo ha infringido su deber de cuidado de tránsito, el mismo que ha generado un resultado de lesiones graves por ejemplo. Dicho comportamiento normalmente no será aprovechado por ninguna persona que quisiera realizar un delito (doloso) en esas circunstancias. Salvo que en la parte del copiloto del auto, iba su enamorada que lo inducía a su enamorado que conduzca más rápido, y bajo dicha inducción acelera y atropella a un peatón; podría darse la imputación a título de inducción dolosa a la enamorada en un hecho punible cometido por culpa por parte de su enamorado (véase, el artículo 24° de nuestro Código penal).

- **La imprudencia por aprovechamiento de tercero.** A veces la imprudencia del sujeto es *"aprovechada"* por otros sujetos para realizar un comportamiento doloso; este aprovechamiento puede ser de manera implícita (véase el artículo 304°, segundo párrafo, artículo 282 del Código penal) o puede ser de manera explícita (véase, el artículo 387°, cuarto párrafo del Código penal); dando muestras así de una pluralidad de afectaciones al bien jurídico-penal, desde distintas subjetividades de los sujetos intervinientes (por un lado, a través de la culpa –del funcionario o servidor por ejemplo–, y otro lado, a través del dolo –por ejemplo, del sujeto que sustrae los caudales o efectos del Estado–; de la misma forma en un delito de contaminación ambiental, la "culpa" de un ingeniero industrial, sin experiencia, valida la información de ciertos valores-límites que en realidad son desactualizados, y los mismos que son aprovechados –dolosamente, aunque sea eventualmente– por otros sujetos –de superior e inferior rango– de la misma empresa, para cometer y realizar la respectiva contaminación ambiental del primer párrafo del artículo 304°), situación que permite que la empresa crezca sus arcas económicas. Debemos advertir que cuando la imprudencia del sujeto se produce en el ámbito de estructuras colectivas complejas, normalmente la imprudencia coexiste con el comportamiento doloso para dar paso a varios supuestos de comportamientos punibles.

4. TIPICIDAD OBJETIVA.

4.1. Descripción legal.

El artículo 387°, cuarto párrafo, del Código penal peruano, señala:

"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 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 pro-

gramas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años".

4.2. Sujeto activo

El Sujeto activo sólo lo será el funcionario o servidor público, es decir, se trata de un delito de especial; o dicho en otras palabras, el peculado culposo es un delito de infracción de deber, por ello es preciso delimitar los ámbitos de competencia en la cual habrían de incidido los deberes de cuidado; siendo así, la sustracción o pérdida del bien no se incorporará a su esfera jurídica si dicha sustracción se realizó fuera del alcance de su competencia. Dicho en otras palabras, la capacidad que tiene el funcionario o servidor público para actuar y desenvolverse con libertad en el sector que administra tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias, de modo contrario, no se le imputará un hecho que no se haya enmarcado en su marco competencial[361].

En este delito, en cuanto a la configuración del sujeto activo, se presenta una bifurcación de elementos que vale la pena mencionar: por un lado, se trata, como hemos dicho, de un delito de infracción del deber, y por otro lado, como estamos en un delito culposo, necesariamente el funcionario o servidor tendrá que infraccionar una norma de cuidado. Así las cosas, el funcionario tendría que infraccionar una dualidad de deberes adyacentes a su función estatal: la que fundamenta su "autoría" y la que fundamenta la tipicidad objetiva.

4.3. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo lo será el Estado.

4.4. Conducta típica.

La conducta típica está compuesta por los siguientes elementos:

[361] Véase, el Dictamen Fiscal recaído en el Expediente Nro. 2368 – 2010, suscrito por el Fiscal Supremo, Dr. Pablo Sánchez Velarde.

4.4.1. La culpa generado por el funcionario o servidor público.

Para la existencia del delito de peculado culposo es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa.

El comportamiento culposo del funcionario en peculado lo ha conceptuado el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, al señalar los elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: *"Culpa es un término global usado para incluir en todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferente al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público"*.

Como el delito culposo se trata en todos los casos de un tipo penal "abierto", el Juez Penal en cada caso, tendrá la obligación de "cerrarlo", es decir, de encontrar aquellas normativas específicas que el autor habría infringido[362]. Se habla aquí de una especie de un sistema de remisio-

[362] La definición del deber concreto de cuidado exige decidir qué circunstancias deberán tomarse en cuenta a estos efectos. Frente a ello se plantean dos posiciones: quienes se basan en un deber subjetivo-individual de cuidado y quienes se basan en un deber objetivo-general de cuidado.

- La tesis *del deber subjetivo-individual de cuidado* plantea que el contenido del deber está en función de la capacidad individual del sujeto concreto de comprenderlo y cumplirlo. Por lo tanto, "la infracción del deber de cuidado dependerá de las capacidades y del conocimiento especiales del autor concreto. *Infringe el deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hubieran permitido*".
- La tesis *del deber objetivo-general de cuidado* plantea que la infracción del deber de cuidado "supone vulnerar el deber de cuidado o diligencia que se impone a todos los ciudadanos en esa situación o en ese tipo de actuación, y que en esa situación o posición es capaz de cumplir el hombre inteligente y cuidadoso, el hombre que se comporta del modo jurídicamente ideal o

nes jurídicas que el Juez Penal tendría que realizar hacia otras normas extrapenales (Leyes, Reglamentos, Criterios jurisprudenciales, usos y costumbres protocolares, entre otros); sistema de remisiones totalmente válidas pues los tipos penales no pueden ser casuísticos. En nuestro caso, como la Administración Pública, se trata de un cuerpo orgánico, estable, y obviamente normativo, tendríamos que recurrir a los Reglamentos de Organización y Función (R.O.F.) de cada Institución Pública, o en su defecto, a los Manuales de Organización y Función (M.O.F.), para verificar exactamente qué deberes y obligaciones tenía cada funcionario o servidor en ejercicio de sus funciones[363].

---

esperado, o, utilizando otras fórmulas similares, el 'hombre medio ideal'...y si se trata de una posición o actuación profesional, el cuidado que debe y puede cumplir el buen profesional". Esta tesis estima, pues, que el cuidado exigido por el deber es el que hubiera puesto un hombre prudente en la misma situación sin atender a la especial capacidad que pudiera tener el autor.

[363] Como hemos señalado, al ser el delito de peculado culposo una norma penal en blanco, es decir para su correcta subsunción es necesario recurrir a normas extrapenales, siendo estas conocidas en la administración Pública como los reglamentos, Manual de Organización y Funciones y los reglamentos Organización y Funciones, sin embargo cabe preguntarse ¿Quedara zanjado solamente al recurrir a tales normas administrativas?¿Puede tales normas administrativas rellenar al delito de peculado culposos?, pues de acuerdo al principio de reserva de la ley penal, "*solamente una norma legal emanada del Parlamento tiene la suficiente legitimidad como para restringir gravemente los derechos individuales de las personas*" refiriéndonos de esta manera a las leyes formales (las emitidas por el Parlamento), las leyes orgánicas (emitidas por la mayoría del numero legal de los parlamentarios) y las leyes simples (emitidas por la mayoría de los asistentes a la sesión correspondiente), sin embargo las entidades públicas (Poder Judicial, Ejecutivo, Legislativos y los demás órganos autónomos, Gobierno Regionales y Municipales tiene capacidad para emitir el ROF, MOF, los cuales casi en su totalidad regula las funciones deberes y su actuar de los funcionarios o servidores públicos, hecho con el cual se estaría vulnerando el principio de reserva de la ley penal, siendo ello así el delito de peculado culposo no tendría norma extrapenal a quien recurrir, siendo en consecuencia atípica los supuestos de hechos que se dieran. En tal sentido a efectos que tal norma penal en blanco cumpla con el presupuesto del principio de reserva de la ley penal es necesario realizar una modificación al delito de peculado culposo, bajo la siguiente propuesta:
PECULADO CULPOSO:
Artículo 387.- cuarto párrafo: *Si el Funcionario o servidor Público,* ***por culpa o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo,*** *da ocasión a*

Un caso de peculado culposo donde se observa precisamente la inobservancia de legislaciones regulativas en el ámbito de la Administración Pública, es el conocido por la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad Nro. 534-2005-Moquegua-, el mismo que señaló lo siguiente: "No cabe exención por obediencia jerárquica si la orden de entrega de dinero es irregular «...el acusado (...) sólo responde a título de culpa, *pues hizo entrega de un dinero vulnerando la legislación presupuestal,* lo que dio pie a la sustracción del mismo por un servidor municipal, sin que pueda invocarse la causal de exención de responsabilidad penal de obediencia jerárquica pues la orden del Alcalde era evidentemente ilegal, ¡o que no podía serle ajeno dada su dilatada experiencia en ¡a Administración Pública»[364]

Habrá que advertir que las simples pérdidas, desórdenes o extravíos no son suficientes para generar culpa a nivel de relevancia penal; lo mismo cabe indicar de las infracciones a los reglamentos que sean imputables al sujeto público y que no produzca el resultado sustracción. El actuar culposo del agente se convierte así en el factor generador de una situación de inseguridad para el caudal o efecto, que será aprovechado por el tercero. Deberá tratarse por lo mismo de culpa grave e inexcusable[365].

Sin embargo, en estos supuestos, se reprime el comportamiento culposo del funcionario o servidor público, que permite que otras personas, funcionarios o particulares, sustraigan caudales o efectos, de manera dolo-

---

que otra persona sustraiga caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas"
"Constituye circunstancias agravante si los caudales o efectos estuvieran destinadas a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años".
Con ello tanto los Reglamentos, el ROF y el MOF no vulneraria el principio de reserva de la ley penal, siendo válida su aplicación de las normas extrapenales para completar la norma penal en blanco del delito de peculado culposo.

[364] Recurso de Nulidad Nro. 534-2005 MOQUEGUA, de fecha ocho da septiembre de dos mil cinco, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

[365] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2007, Pág. 527.

sa. Por ejemplo, un joven alcalde ha asumido el cargo edil para un período determinado, y sin experiencia en la gestión y dirección edil, mientras que sus gerentes municipales, por el contrario, sí tienen más experiencia en dicha gestión, luego de un tiempo dichos gerentes realizan sustracciones progresivos de dinero perteneciente a la Municipalidad; y el alcalde permite, precisamente por su desconocimiento, que los gerentes de manera dolosa realicen dichas sustracciones; luego esto es detectado por la Contraloría General de la República, el mismo que pone en conocimiento de la Fiscalía Penal Anticorrupción para las investigaciones respectivas. Los Gerentes municipales serán denunciados por la comisión del delito de peculado doloso (artículo 387º, primer párrafo o segundo párrafo, de acuerdo al monto o valor apropiado o utilizado), siempre y cuando también tenga –junto el funcionario público- la condición de "administradores", "perceptores" o "vigilantes" de los caudales o efectos del Estado; y por el contrario, el alcalde será denunciado por el delito de peculado culposo, ya que si bien él no se apropió o utilizó personalmente los caudales o efectos, sin embargo, permitió que *de ocasión, por su negligencia, imprudencia, o impericia que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos.*

Una Ejecutoria Suprema de nuestro país ha señalado un caso de delito de peculado culposo, en los siguientes términos: "Los encausados [...] han ejercido sus funciones de modo imprudente [...] puesto que no obstante haberse cometido los hechos en forma periódica, no efectuaron el debido control que su cargo les exigía, dando como resultado que los otros procesados que eran inferiores jerárquicos, y asimismo, terceras personas, se beneficiaran ilícitamente con el dinero de la entidad agraviada correspondiéndoles por tal motivo una responsabilidad de tipo imprudente [...]"[366].

[366] Véase, el R. N. N° 1430-02 de fecha siete de Abril del dos mil tres, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema,
VISTOS; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal Supremo: por sus propios fundamentos; y, **CONSIDERANDO:** que conoce del presente ; oceso, este Supremo Tribunal al haberse concedido el Recurso de Nulidad interpuesto por los sentenciados Pablo Lorgio Huerta Herrera. Alejandro Bartolomé Collazos Huerta, Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serapio Zorrilla Salazar; que durante la secuela de la instrucción y el juicio oral se ha llegado a establecer fehacientemente la comisión del delito y la responsabilidad penal de los acusados Huerta Herrera, Collazos

Roca, Huerta Jara y Zorrilla Salazar, al no haber cumplido con sus obligaciones de cautelar los fondos del Estado descontados a los trabajadores para ser destinados a las Administradoras de Fondos de Pensiones - AFP-, tal como se ha acreditado con la pericia contable de fojas trescientos once, debidamente ratificada a fojas cuatrocientos veinte; que conforme lo establece el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, los delitos pre vistos en los capítulos segundo y tercero del Título dieciocho del Código acotado, serán sancionados además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, conforme a los incisos primero y segundo del Artículo treinta y seis del referido cuerpo legal; que no obstante lo expresamente establecido por la Ley, la Sala Penal Superior ha impuesto la referida pena accesoria por un tiempo superior al límite mencionado^ por lo que es del caso imponer la pena accesoria dentro del marco legal referido; en consecuencia declararon: ***NO HABER NULIDAD*** en la sentencia recurrida de fojas seiscientos quince, su fecha veinte de Febrero del año dos mil dos, en cuanto condena a Pablo Lorgio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca como autores de los delitos de Peculado y Malversación de Fondos, en agravio del Estado y los trabajadores del Hospital de Apoyo de la ciudad de Huari, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años; a Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serapio Zorrilla Salazar como autores del delito de Peculado culposo en agravio del Estado a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo término de la pena; así como les impone como pena accesoria la inhabilitación para ejercer cargo público; ***FIJA*** en tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar los sentenciados en forma solidaria a favor del Estado; sin perjuicio de devolver lo indebidamente apropiado los dos primeros; declararon: ***HABER NULIDAD*** en la propia sentencia, en cuanto impone como pena accesoria a los sentenciados, inhabilitación por el tiempo que dure la condena; ***REFORMÁNDOLA*** en este extremo; ***IMPUSIERON*** a los referidos sentenciados la pena accesoria de inhabilitación por el periodo de tres años; declararon: ***NO HABER NULIDAD*** en lo demás que dicha sentencia contiene; y los devolvieron.- S.S. GAMERO VALDIVIA / PALACIOS VILLAR / CABANILLAS ZALDÍVAR / BALCÁZAR ZELADA / LECAROS CORNEJO.

EXPEDIENTE N° 451-2001 CORTE SUPERIOR DE ANCASH C.S. N° 1430-2002
DICTAMEN FISCAL N° 1553-2002-MP-2ª FSP

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA:

Viene este proceso en mérito al Recurso de Nulidad interpuesto por los encausados Pablo Huerta Herrera, Alejandro Bartolomé Collazos Huerta y Virgilio Leopoldo Huerta Jara, contra la sentencia de fs. 615-623, su fecha 20 de febrero de 2002, que declaró infundada la excepción de prescripción deducida por el encausado Loel Serapio Zorrilla Salazar a fs. 429, condeno a Pablo Lorgio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca como autores de los delitos de Peculado y Malversación de Fondos en agravio del Estado y de los Trabajadores del Hospital de Apoyo de Huari a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año bajo las reglas de conductas allí descritas, imponiendo como pena accesoria la inhabilitación para ejercer cargo

público por el tiempo que dure la condena; condeno a Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serapio Zorrilla Salazar como autores del delito de Peculado Culposo en agravio del Estado imponiéndoles un año de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el perico© de prueba de un año bajo las reglas de conducta allí descritas, imponiendo como pena accesoria la inhabilitación para ejercer cargo público por el tiempo que dure la condena; fijaron en tres mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar los condenados en forma solidaria a favor del Estado, sin perjuicio de devolver la indebidamente apropiado en el caso de los sentenciados Pablo Lorgio Huerta Herrera Alejandro Bartolomé Collazos. Se incrimina a los encausados Pablo Lorgio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca, que en su calidad de Cajero-Pagador y Tesorero, respectivamente del Hospital de Apoyo de Huari, se apropiaron de la suma de S/. 13,237.13 nuevos soles, que ***había*** sido retenido a los trabajadores de dicha entidad por concepto de aportaciones a las diferentes Administradoras de Fondos de Pensione. imputándose también a los procesados Virgilio Leopoldo Huerta Jara *I* Loel Serafín Zorrilla Salazar, no haber actuado diligentemente en el desempeño de sus funciones como Jefe de Economía y Director, respectivamente, de la entidad agraviada, al no haber vigilado o impedido que los otros encausados se apropien del dinero. De lo actuado aparece que el informe pericial contable de fs. 311-313, ratificado a fs. 420-421, en el que señala que el dinero retenido (correspondiente a los meses de marzo, noviembre y junio de 1998) destinado para ***el*** pago de las Administradoras de Fondos de Pensiones fue utilizado en otros rubros, corroborado ello en parte con el propio dicho de los encausados Huerta Herrera (fs. 321) y Collazos Roca (fs. 328), quienes indican que al no haber sido recibido el dinero en los bancos con motivo de que faltaba el pago de la mora por retraso, lo tuvieron en su poder indistintamente, e incluso lo utilizaron para otros fines como son prestamos particulares, etc.. es decir tanto en su propio beneficio como para el de terceros, proporcionar, en el presente caso todos los elementos necesarios para la construcción de los delitos investigados, de los cuales resultan penalmente responsables en concepto de co autores, los procesados Pablo Sergio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca, por haber realizado directa *y* concertadamente los hechos enjuiciados. En tal evento también les alcanza responsabilidad penal a los encausados Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serafín Zorrilla Salazar, por haber actuado en el ejercicio de sus funciones negligente e imprudentemente, puesto que no obstante haberse cometido, los hechos en forma periódica, no efectuaron el debido control que su cargo les exigía, dando como resultado que los otros procesados que eran sus inferiores jerárquicos, y asimismo tercera? personas, se beneficiaran ilícitamente con el dinero de la entidad agraviada. Correspondiéndoles por tal motivo una responsabilidad de tipo imprudente, más aun teniéndose en cuenta que en el informe pericial contable a fs.312, se indica que los encargados de ejecutar los pagos de acuerdo a las normas y funciones eran el jefe de economía, tesorero, cajero pagador y director ejecutivo de entonces.
En consecuencia, esta Fiscalía Suprema en lo Penal propone se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida. Lima, 28 de junio de 2002.

Otro caso, podemos mencionar una Ejecutoria Suprema que señaló lo siguiente: "Que, los hechos imputados se circunscriben a que la acusada Elvira Magda Linche Quesada, en su condición de encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos, directamente captados, por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, con la complicidad de sus coencausados Arístides Serpa Ortiz y Héctor Segura Mayta que se desempeñaban como tesorero y encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias respectivamente, en la mencionada entidad, se apropió, durante los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve de la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles. Para tal fin, la encausada adulteró las cantidades a depositar, en cincuenta y tres boletas de depósitos de las cuentas corrientes número cinco nueve nueve ocho ocho siete dos, y número seis uno seis ocho dos cuatro ocho, lo que ha permitido detectar diferencias entre lo que realmente depositaba en el citado Banco y las papeletas de depósitos así adulteradas; asimismo, bajo esta misma modalidad en el complicidad con sus encausados, se habría apropiado de dinero en dólares americanos de la cuenta corriente número cero seis-cero cero cero-cero uno siete cero siete seis de la maquinaria japonesa, de la cuenta corriente número seis-cero cero cero –cero dos cinco uno cuatro uno de la maquinaria china, cuenta corriente numérica seis-cero cero cero-cero dos siete cero seis tres de los fondos rotarios y de la cuenta corriente de alquiler de maquinaria agrícola"[367].

[367] Recurso de Nulidad, N° 4500-2006, JUNÍN- expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República. Lo curioso de este caso, es que el hecho fue presentado como peculado doloso en grado de complicidad dolosa con relación a las terceras personas que se apropiaron de los caudales del Estado, sin embargo, la Corte Suprema aplicó la teoría de la desvinculación y tipificó correctamente como peculado culposo. Así en el Considerado Segundo, del Recurso de Nulidad, N° 4500-2006, JUNÍN-, se tiene dicho lo siguiente: "Que, en la sentencia condenatorio se ha concluido que el procesado Serpa Ortiz es responsable de la comisión del delito de peculado en su condición de cómplice primaria y ha reservado el juzgamiento a los reos contumaces Elvira Maga Limache Quesada y Héctor Segura Mayta, bajo el fundamento sustancial, que en la fase preparatoria del hecho delictivo, en forma dolosa ha presentado su plena colaboración a coacusada Limache Quesada para la consumación del delito de peculado en la forma de apropiación indebida de los fondos del Estado, pues como jefe de Tesorería, y por ende de la encausada que laboraba en la oficina bajo su cargo, no verificó la

conformidad diaria, o en su defecto mensual, de los ingresos por recursos propios, y los depósitos en las cantidades realmente ingresadas a favor de la entidad agraviada, por lo que, sin ese consentimiento, y consiguiente apoyo en la sistemático obrar de la aludida encausada para apropiarse los caudales, no hubiera sido posible la consumación de delito. **Tercero.**- Que, el delito de peculado, y consecuentemente su grado de complicidad, exige necesariamente la concurrencia del dolo, requisito sine qua non sin el cual no podría configurarse el mismo, de conformidad con el primer párrafo del artículo 387° de Código Penal que establece: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años". **Cuarto.**- Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministro Publico, y así asumida por Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno – que es precisamente lo que se imputa el citado- actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones , originando una tercera persona sustraiga caudales -en este caso-, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387°del Código Penal que tipifica: "Si el agente, por culpa, de ocasión a que se efectué por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido..." **Quinto.**- Que, siendo esto así, resulta procedente la desvinculación de la acusación fiscal a que se refiere el artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales, pues esta decisión no afecta el derecho de defensa del procesado, por cuanto la pena contenida en la norma sustantiva acotada le es favorable. Sexto.-Que, estando a que los hechos imputados al procesado Serpa Ortiz están realmente tipificados, previstos y sancionados en la norma acotada, resulta pertinente señalar que lo nuestro ordenamiento penal sustantivo establece las formas de extinción de la acción penal , entre ellas, la prescripción que puede deducirse en cualquier estado del proceso , incluso, puede ser resulta de oficio por el Juez; la misma que conforma lo establece el artículo ochenta del Código Penal, opera cuando trascurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, en tanto que tratándose de funcionarios y servicios públicos, el plazo de prescripción se duplica .Séptimo.-que, desde el momento consumativo del delito (diciembre de mil novecientos noventa y nueve), a la fecha, al haber transcurrido más de ocho años, la acción del penal que genero la conducta culposa incriminada al procesado se ha visto afectada extintivamente ; toda vez que, consecuentemente, la pena máxima de dos años prevista en el ordenamiento sustantivo, quedo limitada al plazo de seis años , situación jurídica del que emerge el imperativo de amparar, de oficio, la excepción de prescripción. **Octavo.**- Que, habiéndose establecido la estructura típica del delito de peculado culposo, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter del precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso 1 del artículo 301°del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el decreto, Legislativo número novecientos cincuenta y nueve. Estando a las consideraciones expuestas

Se tiene que acreditar dentro del proceso penal el autor actúo mediante negligencia, imprudencia o impericia en el hecho investigado, pues si el funcionario o servidor público tenía conocimiento de los hechos de sustracción de caudales o efectos por parte de otras personas, y no obstante ello permite que otras personas hagan sustracciones; este hecho será considerado, ya no como autor del delito de peculado culposo, sino de autor del delito de peculado doloso, o como co-autor del delito de peculado doloso, del primer o segundo párrafo, según corresponda.

4.4.2. La intervención del tercero extraneus en el proceso de sustracción de bienes o efectos del Estado.

Nótese que la Ley penal prevé lo siguiente: *"Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la* ***sustracción*** *de caudales o efectos...".* El tipo de peculado culposo tiene como verbo rector el "sustraer" que significa extraer, retirar o alejar los caudales o efectos del lugar donde se encuentra, es decir, del dominio de la administración pública con la aprehensión física del tercero, que se aprovecha del estado de culpa incurrido por el funcionario público.[368]

Es decir, que la única forma de cumplir con una parte del tipo penal es que las terceras personas –vinculadas obviamente al funcionario o servidor público– realicen el proceso de "sustracción" de caudales o efectos (distinto a lo que se exige en el peculado doloso que es mediante "apropiación" o "utilización"), que implica el respectivo traslado físico de los caudales o efectos del lugar donde se encontraban hacia otro lugar donde los órganos de control y vigilancia del Estado no puedan ubicarlo; esto es, que ya han pasado a poder de las terceras personas. En este punto, el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, al señalar la culpa del funcionario o servidor público, ha dicho que la: *"a) La sustracción: Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la*

[368] Dictamen Fiscal recaído en el Expediente Nro. 2368 – 2010, suscrito por el Fiscal Supremo, Dr. Pablo Sánchez Velarde.

Administración Pública; por parte de un tercero; que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público".

Para entender tanto la responsabilidad penal del *intraneus* como del *extraneus* en el delito de peculado culposo pondremos el siguiente caso concreto: En unos días a tras fue contratada, mediante la modalidad de Contratación Administrativo de Servicios (C.A.S.), por una Institución Pública Municipal una joven profesional para ocupar el puesto de Tesorería para que organice dicho Oficina y eventualmente atienda al público usuario, a través de las respectivas ventanillas; un día la joven Tesorera se encontraba conversando en unos de los pasillos con sus demás compañeros de trabajo por algunos minutos, y en ese preciso momento la Gerente Municipal de Contabilidad, que iba a saludarla a dicha Tesorera, entra a su Oficina, que no había nadie, y observa que en una de las gavetas (que está semi-abierto) del escritorio de la Tesorera, habían varios billetes y monedas, los mismos que se encontraba metido dentro un sobre manila abierto, dinero perteneciente a la Caja Chica, es decir, dinero que iba ser utilizado para gastos corrientes dentro de la Institución Municipal. En tal situación, la Gerente Municipal de Contabilidad agarra los billetes y las monedas y los guarda inmediatamente en sus bolsillos de su pantalón y su saco, y en el preciso momento que se disponía a salir de la Oficina de la Tesorera, es intervenida por la Policía Nacional Anticorrupción y por la Fiscalía Penal Anticorrupción, pues a dicha Gerente Municipal se le estaba haciendo un seguimiento.

La pregunta que debemos hacernos sería la siguiente: ¿Es necesario para la represión del funcionario o servidor público que actúa culposamente, que el sujeto tercero realice (con dolo) la sustracción *completa* sobre los caudales o efectos del Estado? Es decir: ¿La sanción por delito de peculado culposo está condicionada a que se efectúe una verdadera afectación patrimonial al Estado (consumación) por parte de los sujetos terceros?; ¿Cambiaría la resolución del caso, si quien agarró (con dolo) finalmente los billetes y las monedas no era la Gerente Municipal de Contabilidad, sino más bien otra persona, por ejemplo, el Gerente del Área Legal de la Municipalidad?

Antes de responder las preguntas planteadas, debemos de dejar sentada nuestra posición que se trata de un "proceso" de sustracción de los bienes o efectos del Estado; es decir, que la conducta del tercero *intraneus* puede admitir espaciamientos en el *iter criminis* externo, desde que puede ser cometido, la sustracción, por dolo: puede haber diferencias entre actos de preparación, entre actos de ejecución y actos de consumación típica y hasta de actos de agotamiento, si es que se logra el fin último lucrativo del tercero *intraneus*. En tal sentido, cabría la posibilidad de una sustracción "tentada" punible (artículo 16°) y por supuesto de una "sustracción" consumada punible (artículo 387°, cuarto párrafo).

Aquí se puede plantear hasta dos puntos de vista de solución, que a continuación las señalamos:

a) En primer lugar, podemos aplicar el Acuerdo Plenario Número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, al señalar la culpa del funcionario o servidor público, ha dicho que la: *"a) La sustracción: Entendiéndosela como el **alejamiento** de los caudales o efectos del **ámbito de vigilancia de la Administración Pública**; por parte de un tercero; que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público"*.

   Es decir, aquí existe una combinación de teorías con relación al término de sustracción; aquella que señala que existe sustracción –y por ende consumación– cuando se aleja del lugar donde se encontraba, es decir, debe existir un desplazamiento físico del bien o efecto, combinada con aquella otra teoría que señala que existe sustracción –y por ende consumación– cuando ya la víctima o el titular del bien jurídico no puede ejercer ámbito de control y dominio sobre la cosa.

b) En segundo lugar, resultaría a todas luces clara la idea que cuando el tipo penal 387°, cuarto párrafo, del Código penal, señala: *"Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la **sustracción** de caudales o efectos..."*, se está refiriendo a aquellas teorías que sobre la consumación se ha realizado en

> el delito de hurto y robo (delitos patrimoniales, es más existe al respecto una Ejecutoria Suprema vinculante de la Corte Suprema de la República, Nro. 01-2005); en ese sentido podemos señalar, con respecto al peculado culposo, que será suficiente que los sujetos terceros tengan, sobre la base de la sustracción, la llamada disponibilidad jurídica sobre los bienes o caudales, es decir, aquella posibilidad de libre disposición.
>
> En el caso planteado anteriormente, podemos decir que aplicando la teoría de la mínima disponibilidad del sujeto activo, es todas luces consumación con respecto a la Gerente de Contabilidad que la intervienen en el preciso momento que se disponía a salir de la Oficina de la Tesorera, con el dinero guardado en su cartera; es decir, la Gerente de Contabilidad sería castigada penalmente; sin embargo, me ha hago la siguiente pregunta: ¿Por qué delito sería imputada?

Al final de cuentas qué criterio jurisprudencial habrá que seguir, para el caso del sujeto tercero que sustrae: el Acuerdo Plenario Número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, o la Ejecutoria Suprema vinculante de la Corte Suprema de la República, Nro. 01-2005); habría aquí un supuesto de concurrencia o concurso de Acuerdos Plenarios Judiciales aplicados a un mismo caso o supuesto en particular, y aplicando correctamente un *principio de especialidad* (haciendo un parangón con el llamado concurso aparente de normas penales) debemos de aplicar aquél Acuerdo Plenario que analiza específicamente el delito de peculado, y este sería el Acuerdo Plenario Número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005; por ello la sustracción, debemos de entenderla como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública.

Una vez respondida la interrogante en el sentido de que en el caso planteado estamos ante un delito consumado por parte del sujeto tercero, ahora la pregunta, que por lógica tendríamos que hacernos: ¿De qué delito respondería dicho sujeto-tercero? En mi opinión, no sería por el peculado doloso (artículo 387°, primer párrafo o segundo párrafo), pues para ello el autor (funcionario o servidor público) tendría que estar

en "administración", "percepción" o "custodia" de los caudales o efectos del Estado, situación que no se presenta, ya que como afirma Rojas Vargas, "Técnico-legislativamente se ha preferido usar el verbo "sustraer" que apropiar o apoderarse, por ser más adecuado a la acción del tercero que no participa de las característica inherentes a la posesión del bien, esto es, a la vinculación funcional"[369].

En otras palabras, el tercero que "sustrae" no tiene definitivamente vinculación funcional con respecto a los caudales o efectos, por lo tanto si somos fieles al principio de legalidad material (artículo II del Título Preliminar del Código penal) no debería responder por el delito de peculado, sino por otro delito: un delito quizá patrimonial, hurto, si es que seguimos la teoría de la ruptura de la imputación penal; o en su defecto, por el mismo delito (de peculado), pero en calidad de partícipe, siguiendo la teoría de la unidad del título de la imputación penal, pero siempre su participación será de manera dolosa.

Sin embargo, esto acarrearía otra interrogante: ¿Se admite en nuestra dogmática jurídico-penal de corte "diferenciado" con respecto a los grados de intervención personal, participación dolosa (inducción o complicidad) en un hecho principal culposo? Y el problema se complica porque el delito de peculado culposo, tal como está redactado en nuestro Código penal, se trata de un tipo penal especial (delitos de infracción al deber), porque el sujeto es un funcionario o servidor público. El Código penal peruano, en la Parte Especial, ha guardado absoluto silencio con respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos-terceros en la sustracción dolosa de los caudales o efectos del Estado.

Algo parecido pasa también con respecto a los sujetos-terceros que intervienen en los delitos de colusión desleal, en los delitos de tráfico de influencia que expresamente se aluden en sus respectivos tipos penales, con el término "interesados"; claro con la salvedad que en la colusión y en el tráfico de influencia son delitos de comisión eminentemente dolosa, mientras que en el peculado es de comisión culposa, y las otras personas que

[369] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 525.

sustraen son de comisión dolosa, aunque el artículo 387°, cuarto párrafo, no lo diga expresamente, pero se entiende que la única forma y circunstancia de sustraer un bien o efecto, es mediante una conducta intencional. Sería poco improbable que por actos negligentes o imprudentes el sujeto "sustraiga" personalmente un bien, caudal o efecto, en este caso del Estado.

Ahora bien, con respecto a la autoría y participación en el hecho principal cometido por culpa, existe la *tesis de la teoría unitaria*, es decir, que todos los sujetos involucrados en un delito culposo o imprudente, responderán a título de autores individuales; y por otro lado, existe la *tesis diferenciada*, en la cual diferencia los grados de intervención –en complicidad o instigación– en un hecho principal culposo. En ese sentido, pareciera que aplicando la tesis unitaria llegaríamos a la conclusión que el caso propuesto anteriormente, la Tesorera de la Institución, responderá obviamente como autora individual del delito de peculado culposo (artículo 387°, cuarto párrafo, del Código penal), y la Gerente de Contabilidad sería responsable, a través de una especie de autoría individual dolosa, que desde mi punto de vista no resistiría una correcta calificación jurídico-dogmática.

En tal sentido, y vista la situación, tendríamos que de alguna manera diferenciar fácticamente en este punto, los grados de intervención (de manera dolosa) de las terceras personas en un evento delictivo, realizado por su autor a título de culpa. Esto permitiría que el sujeto *extraneus* responda en calidad de partícipe doloso (dejando la salvedad que sólo sería por complicidad material, desde que se necesita actos positivos y ejecutivos de sustracción), con una pena atenuada, en un peculado culposo realizado en calidad de autor, por el funcionario o servidor público, conservando con ello, la tesis de la unidad del título de la imputación penal, que sigue nuestra jurisprudencia penal vinculatoria[370].

[370] Véase, el Acuerdo Plenario Nro. 02-2011 de la Corte Suprema de la República, sobre "Nuevos Alcances de la prescripción", en el punto 10, se señala expresamente: "Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad se sustenta en la infracción de deber, siempre será el autor del delito contra la administración pública, sin perjuicio –claro está- de diferentes presupuestos que también se requerirán para determinar la autoría

Ahora bien, hasta aquí hemos analizado supuestos en las cuales el autor realice la conducta culposa, por sí mismo, en forma personal; sin embargo, que pasaría en el caso si en vez de un autor, existen varios autores culposos. Existen varios funcionarios públicos, que tienen vinculación funcional con respecto a los caudales o efectos, y que sobre la base de una culpa "colectiva" de dichos funcionarios permite que terceras personas sustraigan los caudales o efectos del Estado. Existe lo que se llama una concurrencia de circunstancias culposas, imprudentes en un mismo evento criminal. Definitivamente, aquí habrá una autoría individual culposa por cada funcionario público; es decir, tendría que determinarse "individualmente", por cada uno de los funcionarios públicos, la infracción *a su* deber objetivo de cuidado.

---

de cada injusto, como por ejemplo el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores –como se anotó-, pero si admite la participación del "extraneus" que no ostenta esa obligación especial, con participe: inductor o cómplice para fundamentar esa perspectiva –entorno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus".

Esta posición, sostiene los siguientes:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizada por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, participación del extraneus no constituye la categoría autónoma de co-ejecución de hecho punible, sí que es dependiente de hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

12°. Desde esta posición subsidiaria, será participes de los que sin infringir el deber, forme parte del hecho referido al acción de infractor del deber –el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala los siguiente: "las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y participes no modifican las de otros autores o participes del mismo hecho punible". Esta fórmula gratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad de extraneus como autor de un delito de infracción del deber.

Lo expuesto significa, además, que el participe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor."

Sin embargo, puede presentarse el supuesto de que tanto el funcionario público como el sujeto *extraneus* se pongan de acuerdo para sustraer los bienes o efectos del Estado; con lo cual cambiaría toda la calificación jurídica; es decir, no estaríamos ante un delito de peculado culposo, desde que el funcionario público ha actuado con dolo (se aplicaría, en consecuencia, el primer o segundo párrafo del artículo 387° CP), y aplicaríamos las reglas generales de la autoría y participación (doloso), y para algunos en un delito especial (impropio) doloso, como lo es el peculado, y para otros en un delito de infracción al deber, como también lo es el peculado.

Como sostiene Fidel Rojas: "Entre el sujeto activo (el funcionario o servidor público) y el tercero que no existe una relación subjetiva de continuidad de propósitos; es más, no debe existir en el autor conocimiento de los actos que va a cometer o está cometiendo el tercero, porque si no habrá coautoría, si hubiera dolo en ambos sujetos. La vinculación causal directa se establece entre la violación del deber de cuidado por parte del funcionario y la sustracción del dinero o bienes por el tercero"[371].

Finalmente, se podría dar el supuesto que el sujeto *extraneus* "domine" totalmente la voluntad del funcionario o servidor público, mediante un dominio por coacción o engaño; por ejemplo, si el tercero (que es un Gerente municipal del Área Legal) que le dice a su subordinado-servidor público que sustraiga un fardo de dinero de su respectiva oficina (es decir, dicho subordinado tiene a su cargo la custodia y vigilancia el dinero de la Municipalidad), y se lo dé, y que si existe una negativa por parte del subordinado-servidor público, inmediatamente lo despedirá de cargo que ostenta dentro de la Institución Pública; con lo cual aquí se hablaría de una autoría mediata (dolosa) con respecto al tercero *extraneus*, (véase el artículo 23° del Código penal) de un delito no de Peculado, sino más bien de un delito contra el Patrimonio, específicamente de hurto (ya que él, si bien es un Gerente del Área Legal, no tiene los atributos de Administración, percepción o custodia de los caudales

[371] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 528.

propios del peculado). Con respecto al sujeto subordinado (que es un funcionario) sería un instrumento que actúa con vicio de la voluntad, por la coacción.

4.4.3. La afectación patrimonial al Estado como requisito concurrente de tipicidad.

Es importante observar el resultado en los delitos culposos de resultado pues se presenta como su límite típico. Para configurar el delito culposo no basta la infracción del deber de cuidado, sino que se exige un resultado típico previsto en el Código Penal (por ejemplo: ocasionar la muerte de una persona en el delito de homicidio culposo previsto en el artículo 111° CP, causar daño a otra persona en el delito de lesiones culposas –artículo 114° CP-).

Como en el delito de peculado doloso se exige una afectación patrimonial a los intereses del Estado, en igual sentido, en el peculado culposo se tendría que exigir un perjuicio económico, a parte obviamente de la probanza de la infracción al deber objetivo de cuidado generado por el funcionario o servidor público. Así lo establecido una Ejecutoria Suprema, que indica que un informe de parte que sustente un perjuicio no sustituye a la pericia contable y es insuficiente para condenar por peculado culposo[372].

---

[372] Véase, la Resolución de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N. N° 775-2004-Junín (Data 45 000) Denunciado: Juan Segundino Bellido Galindo y otros Agraviado: El Estado y otro; Asunto: Peculado por extensión y otros Fecha: 26 de octubre de 2004, quien señaló que: "*Se denunció a un residente de obra haber realizado un mal manejo presupuestario de recursos destinados a la ejecución de una construcción financiada por una entidad estatal, y haber presentado para la iniciación de la edificación una declaración jurada sobre la disposición del terreno que no contenía datos reales, lo que ocasionó la paralización de los trabajos. Asimismo, se le incriminó haber efectuado el pago total de honorarios de la inspectora residente y co-procesada, cuando no se había concluido la obra. Por último, se le incriminó el desembolso de dinero para la compra de materiales, habiendo cumplido con entregar una cantidad de materiales correspondiente a una suma menor. La denuncia fue por la comisión de los delitos de peculado por extensión, falsificación de documentos en general, falsa declaración jurada e inducción a error a funcionario público en agravio de entidad financista de la construcción.*

Ahora bien, qué tipo de repercusiones podemos mencionar en el delito de peculado culposo a partir de las modificaciones producidas en el peculado doloso, por la Ley Nro. 29758, en el sentido de haber clasificado en dos partes dicha infracción: un peculado doloso básico y peculado doloso agravado, todo ello en función al monto del bien o

---

La Sala Superior absolvió al acusado de la acusación fiscal, fallo que fue impugnado por la parte civil. La Sala Suprema, por su parte, en el extremo de la imputación formulada sobre peculado culposo, previsto en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal, considera que de la exigencia del tipo, el agente debe actuar con negligencia, imprudencia o impericia; pero para determinar si uno se encuentra ante una culpa consciente o inconsciente, es necesario dilucidar el perjuicio causado al sujeto pasivo del delito, en el caso sub iúdice el Estado. Luego, considerando que no se aprecia en autos la existencia de una pericia contable, fundamental en este tipo de delitos, que determine la sustracción de caudales o efectos o la existencia de un mal manejo del dinero proveniente del erario público, y obrando en autos solamente un informe realizado por el ente agraviado; consecuentemente para la Sala Suprema no resulta suficiente lo acreditado en el proceso para generar convicción en el juzgador y enervar así el principio constitucional a la presunción de inocencia con la que todo sujeto ingresa al proceso penal. Ello conlleva a que nada de lo actuado pueda servir de base para fundamentar una sentencia condenatoria por el delito analizado. Respecto de las imputaciones contra el encausado por los delitos de falsa declaración e inducción a error a funcionario público y falsa declaración en proceso administrativo, la Sala advierte la exigencia del dolo como elemento subjetivo de ambos delitos. Entiende así el dolo como el saber y querer todas las consecuencias del tipo legal, comprendiendo tanto el requisito intelectual (saber) y volitivo (querer), constituyendo la realización del plan la esencia misma del dolo, y consecuentemente con ello, un resultado, se considera dolosamente realizado cuando se corresponda con el plan del sujeto. Tras esta observación, la Sala Suprema analiza luego la conducta desarrollada por los sujetos, verificando si actuaron o no dolosamente. Nota así que al deponer su instructiva y ser examinados en el acto oral, los encausados manifestaron que habían conversado con la propietaria del terreno donde se iba a construir la obra para que este sea adquirido, por lo que presentaron ante la entidad estatal una declaración jurada de disposición del terreno, celebrándose posteriormente el contrato de compraventa. Bajo esta secuencia de hechos, entonces, la Sala Suprema determina que tal conducta no resulta punible por la ausencia del requisito subjetivo del tipo penal de querer lesionar el bien jurídico protegido por los delitos arriba mencionados. Finalmente, en relación con la imputación por el delito contra la fe pública -falsificación de documentos- la Sala Suprema nota que el tipo penal en este caso exige que el documento sea introducido en el tráfico jurídico y que se cause un perjuicio, considerado esto último como una condición objetiva de punibilidad. Verifica luego que este hecho no ocurrió, pues el terreno se encuentra saneado y regularizado conforme se desprende del contrato de compraventa. En consecuencia declara no haber nulidad en la sentencia absolutoria".

caudal apropiado o utilizado. ¿Esto también sería aplicable al delito de peculado culposo?

En principio, en el peculado culposo no hace referencia expresa al perjuicio económico al Estado, sólo se señala el término "culpa" y la "sustracción" del caudal o bien. En mi concepto, como estamos en una modalidad de "culpa por aprovechamiento (doloso) de tercero", la culpa –entendida globalmente como una infracción penal y no sólo como parte de la tipicidad subjetiva– por sí mismo no tendría ningún sentido si es que no interviene un tercero en el proceso de sustractivo del bien o caudal, en tal sentido como en todo delito culposo no se reprime la tentativa, tendríamos que esperar a que se verifique que la sustracción producido por el *extraneus* cause finalmente un perjuicio económico al Estado.

Una posición en contrario, permitiría sancionar penalmente determinados actos de ejecución interrumpidos "culposamente" por el funcionario o servidor, lo cual sería un contrasentido; sin embargo, si aún cuando el *extraneus*, por causas ajenas o propias de la voluntad, no se produce la sustracción total o global del bien o caudal (habría en este punto una tentativa reprimible de peculado doloso), la conducta culposa del funcionario o servidor ya podría habilitarse, en mi concepto, la sanción a dicho funcionario servidor público a título de culpa.

En este apartado quiero dejar constancia de otro supuesto: si por ejemplo el *extraneus*, aprovechándose de la negligencia del funcionario, ha sustraído dolosamente un bien del Estado valorizado en más de 40.000 nuevos soles (esto es, superaría las 10 Unidades Impositivas Tributarias exigidas por la Ley Nro. 29703 por consiguiente sería un peculado doloso agravado), la pregunta sería: ¿Podemos aplicar en un hecho de peculado culposo la pena del peculado doloso agravado por el monto? En principio, estamos de acuerdo que una cosa es apropiarse de un bien de más de 10 UITs y otra de menos de 10 UITs, porque el perjuicio económico es distinto en uno como en otro caso, es más ese fue el principal motivo de reforma del peculado doloso propiciada por la Ley Nro. 29703.

Sin embargo, aplicar en un hecho de peculado culposo la pena prevista del peculado doloso agravado por el monto –de ocho a doce años de pena privativa de libertad-- sería desconocer los marcos penales previstos para cada delito de la Parte Especial, sería, en otras palabras, ir contra del principio de legalidad punitiva; por ello y aun cuando sería un acto repudiable, la pena que se aplicaría al funcionario o servidor público, sería la del peculado culposo, es decir, la pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, más la respectiva inhabilitación, recomendando que si el bien o caudal supera las 10 UITs la pena estaría más próximo al marco máximo legal.

4.5. Ley Nro. 29703 de fecha 26 de Mayo del 2011 y su incorporación del delito de peculado doloso por omisión del funcionario con respecto de la sustracción de terceros, y su posterior modificación por la Ley 29758 de fecha 21 de Julio del 2011.

Tenemos que advertir que la Ley Nro. 29703 de fecha 26 de Mayo del 2011 (Ley que luego de un tiempo sumamente corto, y por presión mediática, fue modificado por la Ley Nro. 29758 de fecha 21 de Julio del 2011, actualmente en vigencia[373]), Ley que modificaba el Código Penal peruano respecto de los delitos contra la Administración Pública; y específicamente en el delito de peculado doloso del artículo 387° decía lo siguiente: *"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, **o consiente que un tercero** se apropie o utilice caudales o efectos..."*; es decir, se estableció expresamente en la Parte Especial una especie de responsabilidad penal del funcionario o servidor público por omisión (impropia), ya que dicha conducta pasiva, tolerante del funcionario, permitía que otras personas vinculadas a dicho funcionario, se apropien o utilicen los caudales o efectos del Estado, claro que la condi-

[373] Véase, desde una visión crítica las modificaciones de la Ley Nro. 29703 y Ley Nro. 29758 en nuestros Delitos contra la Administración Pública: ZAPATA LÓPEZ, Aldo; *"Delitos contra la Administración Pública"*, en: Nuevas Tendencias del Derecho penal y Nuevo Código Procesal Penal". Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. José Hurtado Pozo, Nro. 03, Lima, 2011, Pág. 41 y ss.

ción era que dicho funcionario tenía que omitir *a sabiendas* que era para que terceras se apropien los bienes del Estado.

Es decir, tenía que probarse en el proceso penal, que el *intraneus* actúo con dolo en cualquier de sus grados, pues sólo así se entiende que el primer párrafo del artículo 387° del Código penal sea cometido mediante dolo (concordando con el artículo 12°, primer párrafo, del Código penal). Situación que ponemos en evidencia, porque el actual artículo 387°, cuarto párrafo, del Código penal peruano, señala: *"Si el agente, **por culpa,** da ocasión a que se efectúe **por otra persona** la sustracción de caudales o efectos..."*, es decir, si bien la descripción típica no es similar, pero el objetivo ilícito es totalmente idéntico (que el *intraneus* no sustraigan personalmente los caudales o efectos del Estado, sino que terceras personas lo realicen).

Sin embargo, la única diferencia la encontramos en el lado conductual y subjetivo: en la Ley Nro. 29703 de fecha 26 de Mayo del 2011 (hoy modificada) se reprimía un peculado activo y a la vez omisivo (doloso y también culposo por acción –véase el cuarto párrafo del artículo 387° en la Ley 29703–). Como hemos dicho la modificación hecha a través de la Ley Nro. 29758 de fecha 21 de Julio del 2011, actualmente en vigencia, suprimió aquella frase del artículo 387° *"...o consiente que un tercero..."*, y con ello suprimió también la comisión del delito de peculado doloso por omisión de funcionario con respecto de la sustracción de terceros, quedando sólo subsistente en el Perú, el peculado culposo por acción de funcionario o servidor con respecto a sustracciones de terceros.

4.6. Tipicidad subjetiva.

El funcionario o servidor público no debe de actuar dolosamente, es decir, no debe propiciar el descuido, ni entrar en concierto con el tercero para generar situaciones de culpa. De lo contrario, se le imputara al funcionario o servidor público por la comisión de peculado doloso.

Resulta factible verificar el componente "subjetivo" en la imputación culposa, en el sentido de la conciencia o representación del deber

de impedir la sustracción, y en tal concepto, tomar las precauciones debidas; para afirmar dicho componente deberá concluirse que el hecho era previsible y evitable con un debido comportamiento de cuidado por parte del sujeto activo (funcionario o servidor público).

4.7. Grados de desarrollo del delito.

Por tratarse de un delito de culposo o imprudente, necesariamente el sujeto activo tendrá que realizar el perfeccionamiento total del tipo penal, para habilitar la penalidad propuesta. Se trata en realidad de acuerdo a la estructura típica de un delito de resultado material o lesivo.

Como se ha referido anteriormente los delitos culposos se reprimen cuando se da la consumación, no siendo admisible la tentativa (artículo 16° del Código penal). La base para ello está que en los delitos culposos se carece de una decisión delictiva que vaya más allá del resultado objetivo, elemento esencial de toda tentativa punible.

En ese sentido, por más que el funcionario público o servidor público haya podido realizar un comportamiento negligente, imprudente, con respecto al cuidado y vigilancia de los caudales o efectos del Estado, y sin embargo, esto no ha permitido que terceras personas –*extraneus*– hayan podido sustraer de manera doloso dichos caudales, a mi juicio, no habrá peculado culposo con respecto al funcionario o servidor público, pues tiene que haberse realizado la respectiva sustracción del caudal o efectos de los terceros, tiene que haber salido efectivamente de los ámbitos de custodia y vigilancia de la Administración Pública. Una opinión en contrario, daría pie a que se repriman penalmente meros actos de tentativa o interrupciones en el proceso ejecutivo en el marco de un delito culposo o imprudente, supuestos que la doctrina y jurisprudencia no la admiten.

Empero, debemos de dejar en claro una situación concreta: si los terceros aprovechándose de la negligencia inexcusable del funcionario o servidor público se proponen por ejemplo sustraer los caudales o efectos del Estado, y en esas circunstancias otra persona, distinta al

funcionario o servidor público, se da cuenta de tal situación y pone en alerta al personal de Seguridad de la Institución, con lo cual se frustra la consumación de la sustracción de los caudales. Si los terceros están en el proceso de ejecución delictiva, definitivamente serán castigados por el delito de peculado –por apropiación o utilización– *doloso* (artículo 387° CP) en grado de tentativa (artículo 16° CP); por el contrario, si lograron la sustracción del caudal o efecto del Estado, serán castigados por el delito de peculado doloso –por apropiación o utilización– consumado.

4.8. Circunstancia agravante si los caudales o efectos, estuvieran destinados a Fines Asistenciales o Programas de Apoyo Social.

Aquí existe una agravante en función a la especialidad del objeto material del delito, ya que estaban a Fines Asistenciales o a Programas de Apoyo Social; circunstancia agravante que se encuentra también incorporada en el delito de peculado doloso de apropiación como de utilización (véase el artículo 387°, tercer párrafo, del Código penal). En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

Capítulo Sexto
EL DELITO DE PECULADO DE USO

Análisis del artículo 388° del Código Penal

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El peculado de uso es conocido como peculado por distracción haciéndose alusión de tal modo al hecho que el bien es distraído destino o empleado en usos distintos al oficial[374]. Una Ejecutoria Superior ha señala que *"El tipo de peculado de uso consiste en una conducta mediante la cual el funcionario o empleado público usa o permite que otro use, para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública que se encuentre bajo su guarda"*[375]. La lógica de la represión del delito de peculado de uso, es que el funcionario público o servidor público utilice indiscriminadamente los bienes de trabajo pertenecientes al Estado; que saque provecho de los vehículos u otras maquinarias del Estado para sus propios fines personales.

El delito de peculado de uso de vehículos o instrumentos de trabajo, previsto en el artículo 388°, es adecuado a criterios de fragmentariedad y falta de imputación objetiva del resultado. Del mismo modo que en el caso anterior, no se pueda distraer los limitados recursos del sistema, en casos del sistema, en casos de bagatela o en los que el uso pri-

---

[374] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, Pág. 536.

[375] Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 17 de diciembre de 1998, Exp. N° 523-98, extraído de: ARMAZA GALDOS, Jorge y ZAVALA TOYA, Fernando, La decisión judicial, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 248.

vado del bien, no genere una grave afectación del servicio o la función encomendada. Otra vez, el Derecho Administrativo disciplinario es un instrumento primario para hacerse cargo de estos casos. Ciertamente, en el caso de contratistas que distraen con fines privados insumos públicos, el derecho penal debe cumplir su rol sancionador, pues estos no tienen vinculación funcional con el Estado[376].

El peculado de uso tiene zonas fronterizas con el llamado hurto de uso del artículo 187° del Código penal, que prevé la siguiente conducta: *"El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año"*. En ambas conductas afectan el patrimonio, con la salvedad que en el hurto el afectado será un particular titular de la cosa mueble; en cambio, en el peculado el afectado será el patrimonio del Estado. En el delito hurto de uso igualmente se reprime la conducta, claro que con una pena atenuada (sólo con una pena privativa de libertad no mayor de un año), en relación al hurto simple (artículo 185°) y obviamente en relación al delito de peculado de uso (artículo 388°).

Como en todo delito contra la Administración Pública (por ser una infracción penal de corte institucional) siempre existirá un bien jurídico-penal *genérico*, que en el caso del delito de peculado de uso, sería el de garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; en palabras de la jurisprudencia penal, se tiene dicho que "El bien jurídico tutelado en el delito de Peculado de uso es el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional, fundadas ambas en hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal por parte de los sujetos públicos"[377].

---

[376] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

[377] Ejecutoria Suprema del 26/3/2009, R.N. N° 149-2007-CAÑETE. VOCAL PONENTE: NEYRA FLORES, José, *Gaceta penal*, tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2010, p. 231.

Ahora bien, desde el punto de vista del bien jurídico-penal *específico* sería la de proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cuidado de los bienes públicos al cumplir con su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan[378]. El delito de peculado de uso, según Frisancho Aparicio, por tratarse de una forma de forma de malversación de bienes públicos, ostenta la nota común a todas las malversaciones, la afectación general a los intereses patrimoniales del Estado, al patrimonio, quebrantándose en aquéllos, el deber de fidelidad o lealtad del funcionario respecto a la Administración de la que depende[379]. En otras palabras, se trata de evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. Por todo ello –tanto desde el punto de vista genérico y específico en el ámbito de protección–, el delito de peculado de uso se trata, en realidad, de un delito pluriofensivo.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Descripción legal

El delito de peculado de uso, en su versión actual, se encuentra regulado en el artículo 388° del Código penal, el mismo que señala lo siguiente:

> *"El funcionario público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hayan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de no menor de dos ni mayor de cuatro años.*
>
> *Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o cualquier dependencia pública.*

[378] SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2011, Pág. 369.

[379] FISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Pág. 339.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo".

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [380], en el Capítulo II, regula bajo el rubro "Delitos cometidos por funcionarios", el delito de peculado de uso", en el artículo 442° en los siguientes términos:

"El funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículo, máquinas u otros instrumentos de trabajo afectando gravemente el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los bienes indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública, independientemente del grado de afectación de la obra.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo".

2.2. Sujeto activo

El tipo penal en cuestión, siguiendo la lógica del delito de peculado doloso y culposo –y extensivo al delito de peculado de uso-, se trata de un delito de infracción del deber, donde el agente público quebranta imperativos funcionales asumidos en razón del cargo – es decir, infringe deberes–[381]. Así lo tiene establecido una Ejecutoria Suprema: *"El delito*

[380] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, Pág. 256.

[381] "Como se sabe, la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación como delito de infracción del deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación. Señala REAÑO PESCHIERA, JOSÉ LEANDRO, que en el delito

de peculado de uso es un delito de infracción de deber, puesto que contiene deberes positivos que implican -en el actuar (en este caso del funcionario público)- no sólo tratar de no dañar el bien jurídico protegido (administración pública), sino acrecentar su buen funcionamiento; es decir, se protegen deberes positivos, por lo que se necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y los vehículos pertenecientes al Estado para que se configure el delito, aunado al uso distinto del que está destinado. Este deber positivo y vinculación funcional del encausado con el vehículo de la Municipalidad ha sido existente y probado en el presente caso."[382]

Tenemos que advertir lo siguiente: el segundo párrafo del artículo 388° señala que dicha disposición es aplicable al *contratista de una obra pública o a sus empleados*, siempre y cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o cualquier dependencia pública. Es decir, se eleva a la categoría de funcionario o servidor público, a parte de la lista normativa que se prevé en el artículo 425° del Código penal, primero a los contratistas de una obra pública o en segundo lugar, a sus empleados de dichos contratistas. Como es sabido, en el caso de los "contratistas" se trata de personas que ejecutan obras para la Administración Pública en virtud de un contrato vigente.

Ahora bien, el artículo 392° del Código penal –extensión del tipo penal de peculado– prescribe lo siguiente: *"Están sujetos a lo prescrito en* ***los artículos 387 a 389,*** *los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o deposi-*

peculado el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de determinado rol especial [*La administración de caudales públicos por delegación de competencias funcionariales*. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales número 4, Editorial Grijley, Lima, 2003, página 351]. Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, recaída en el Exp. N° 23-2001-AV, de 20.07.2009. Asunto: Alberto Fujimori Fujimori".

[382] Ejecutoria Suprema del 19/8/2010, R.N. N° 1269-2009-PUNO. VOCAL PONENTE: RODRÍGUEZ TÍNEO, *Gaceta penal*, N° 25, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2011, p. 74.

tados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social".

Como puede verse, el delito de peculado por extensión comprendería también al delito de peculado de uso (art. 388) dentro de su línea de extensión represiva; sin embargo la pregunta sería si dicha comprensión típica sería de modo correcto de cara al principio de legalidad (artículo II del Título Preliminar del Código penal), desde que el peculado de uso sólo está circunscripto a determinados objetos materiales: "vehículos", "maquinarias" o "cualquier otro instrumento de trabajo" del Estado; mientras que el delito de peculado por extensión, los objetos materiales son distintos: "dinero", "bienes embargados o depositados" del Estado, aunque pertenezcan a particulares.

En cuanto a los objetos materiales no sería correcto la comprensión, pero nos preguntamos lo siguiente: ¿Sería correcto dicha comprensión en cuanto a los sujetos activos? Porque si bien el peculado de uso sólo reprime a los funcionarios o servidores públicos, de acuerdo a la descripción que ha realizado el artículo 425° del Código penal; el peculado por extensión precisamente amplía el marco de posibles sujetos activos, abarcando, aparte de los funcionarios o servidores públicos, a "administradores", "custodios", "ejecutores coactivos", "depositarios" o "representantes de personas jurídicas".

En mi opinión tenemos que hacer una precisión relevante: por ejemplo un representante de una persona jurídica puede ser considerado como sujeto activo o autor del delito de peculado de uso, siempre y cuando dicho "representante" sea considerado como un funcionario o servidor del Estado, y la persona jurídica al cual representa sea también al Estado, claro siempre y cuando se trate de "vehículos", "maquinarias" o "cualquier otro instrumento de trabajo" del Estado; el mismo razonamiento podemos hacer con relación a los "administradores", "depositarios" de bienes embargados por autoridad competente, desde que el artículo 425° del Código penal, inciso 4, autoriza su inclusión expresa

como funcionarios o servidores públicos en el ámbito jurídico-penal peruano, y por tanto serían sujetos activos del delito de peculado de uso.

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito lo será el Estado peruano, concretamente en sus intereses patrimoniales, y sujeto pasivo de la acción, lo será los vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado o bajo su guardia de éste.

2.4. Conducta típica

En cuanto a la conducta típica podemos observar que los verbos rectores, según el artículo 388°, son dos específicos: primero el *"usar"* vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado o bajo su guardia de éste; y segundo *"permitir"* que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado o bajo su guardia de éste.

- El usar significa aprovecharse de las bondades de alguna cosa que puede ser del propio titular de la cosa, como puede ser un tercero que lo haga. Usar es un comportamiento activo en provecho del goce personal del sujeto activo o de terceros[383]. Dicho uso en fines ajenos al servicio presupone la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros: resultan favorecidos. Las formas del uso igualmente pueden ser numerosas, directas, indirectas, puede prestarlas, alquilarlas, empeñarlas etc. El agente puede, incluso, combinar fines oficiales y particulares[384].

  Aquí el término "usar" está en el sentido que el agente especial no le pertenece la cosa material, sino a la Administración Pú-

[383] Véase: Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N. N° 149-2007-Cañete (**www.pj.gob.pe**) Denunciado: Jorge Alejo Torres Núñez y otros Agraviado: El Estado y otro. Asunto: Peculado de uso Fecha: 31 de marzo de 2009

[384] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 540.

blica. En esta primera variante indica que el funcionario o servidor público utilice de forma personal el bien de trabajo. Por ejemplo, el propio agente público está manejando la camioneta de una institución pública.

El término "usar" puede ser entendido, en este punto, como un abuso de confianza por parte de los funcionarios o servidores públicos, cuando por ejemplo utilizan los vehículos públicos para una candidatura política. En efecto, una Ejecutoria Suprema ha señalado que: *"Los procesados en su condición de Alcaldes y por ende de funcionarios públicos encargados de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública, faltaron a la confianza pública depositada en ellos, toda vez que se comprobó su participación a favor de una candidatura facilitando el uso de vehículos de transporte de sus respectivos Municipios participando activamente, portando banderolas alusivas a la candidatura, es decir dieron mal uso a los vehículos destinados al cumplimiento de alguna labor pública"*[385].

[385] Véase, la Ejecutoria Suprema del 23 / 8 / 2002, Exp. N° 2565-2001-CUSCO-, extraído de SALAZAR SANCHEZ, Nelson, Delitos contra la administración pública. *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, Pág. 399. Asimismo, existe otra Ejecutoria Suprema expedido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N. N° 149-2007-Cañete (www.pj.gob.pe) Denunciado: Jorge Alejo Torres Núñez y otros Agraviado: El Estado y otro, Asunto: Peculado de uso Fecha: 31 de marzo de 2009, quien señalo que: *"Se denunció a un director de unidad de servicios educativos y a otras personas, en sus condiciones de servidores públicos, el haber hecho uso de los vehículos de propiedad de la institución para fines ajenos al servicio educativo. Así, un vehículo habría sido utilizado los fines de semana por la agrupación política del director, quien era a la vez candidato para alcalde de la localidad, lo cual se verificó al hallarse un cuaderno en el que se deja constancia del uso indebido del vehículo. Luego del juicio oral, la Sala Superior absolvió a los procesados. Disconforme con ello, la Procuraduría Pública interpuso recurso de nulidad. Al fundamentar su recurso de nulidad, la Procuraduría alegó que la recurrida no tuvo en cuenta un informe en el cual se acredita que el procesado, abusando de su cargo, hizo uso indebido de la camioneta de propiedad de la entidad agraviada con fines de campaña política"*.

O aquella otra Ejecutoria Suprema que conoció el caso de la utilización, sin autorización, de vehículo incautado en fines oficiales, genera igualmente el delito de peculado de uso. Así: "*El procesado tenía pleno conocimiento de que el vehículo incautado se hallaba incautado por encontrarse incurso en delito de Tráfico ilícito de drogas. Se le incrimina al procesado en su calidad de miembro activo de la Policía Nacional del Perú, haber hecho uso del vehículo incautado por la División Antidrogas de la Policía Nacional del Perú, el mismo que debió ser internado oportunamente en la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas (OFECOD) circunstancias que fueron advertidas al haberse ocasionado con el vehículo un accidente de tránsito; el procesado, a nivel policial aceptó haber utilizado el vehículo en dos ocasiones, una para reparar el vehículo, y la segunda para recabar unas pericias, siendo en esta segunda oportunidad cuando ocurrió el accidente; la versión exculpatoria que esgrime el procesado en su instructiva, cuando señala que utilizó el vehículo con la autorización de su jefe inmediato superior, resulta inconsistente ya que en autos no obra documento alguno que acredite dicha autorización. En consecuencia se han dado los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal por el cual se procesa al recurrente, ya que éste tenía la condición de funcionario público (era efectivo policial de la DIRANDRO), el vehículo que se utilizó fue incautada en la investigación policial por delito de tráfico ilícito de drogas, quedando probado que el procesado no tenía autorización para disponer de dicho vehículo, por lo que la sentencia condenatoria se encuentra arreglada ley*"[386].

- La otra variante del verbo rector es cuando "permite" que otro lo utilice, aquí el agente no lo utiliza de forma personal, sino que lo delega a otra persona, que puede ser otro funcionario

[386] Ejecutoria Suprema del 22/1/2003, Exp. N° 3201-2001-LIMA. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 401.

u otro sujeto particular. "Permitir que otro use" está referido a que otro se aproveche del bien, supone así un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente permiten (toleran, consienten, autorizan) el uso de dichos bienes por terceros. Tiene que haber una autorización expresa o hasta presunta por parte del agente hacia la otra persona, para que ésta utilice los vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hayan bajo su guarda.

En todo caso, debe existir una distracción cuando el agente por actos omisivos permite, tolera o facilita que un tercer o particular, realice actos de uso[387]. En el caso del particular que interviene en el uso indebido de los bienes públicos se requiere que actúe con el permiso o aceptación del funcionario, de lo contrario estaríamos ante un hurto de uso. Por ejemplo, el vehículo oficial, asignado a un funcionario público, quien permite que sea diariamente utilizado para que su esposa realice las compras en un centro comercial; el teléfono celular que es confiado al cargo de un funcionario, quien lo presta a su hermano para que aquel pueda ejecutar genocidios. Concordamos con Peña Cabrera cuando señala que el "otro" ha de responder a título de complicidad por el uso del bien patrimonial, siempre y cuando conozca que el bien detenta dicha naturaleza (dolo), si es el padre que da el celular a su hijo, sin mencionarse dicha cualidad, no habrá responsabilidad del descendiente, puesto que la participación delictiva sólo resulta incriminable a título de dolo, el cual depende del dolo del autor[388].

[387] SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2011, Pág. 363 nos dice que "...hay delito de peculado de uso por misión en aplicación del artículo 13ª del Código penal, pues el agente público en todo momento es garante del bien público que está a su disposición o bajo su guarda para el desempeño de sus funciones al interior de la administración".

[388] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo V, Lima, 2010, Pág. 376

2.5. El uso de objetos o instrumentos de propiedad del Estado con fines ajenos al servicio público.

Si el uso o utilización de los objetos o instrumentos de propiedad del Estado están en función al servicio específico del funcionario, a nuestro entender no existe ninguna conducta prohibida, desde el punto de vista jurídico- penal, ni mucho menos desde el punto de vista jurídico-administrativo; es más todo Estado moderno fomenta y promueve la respectiva utilización de sus instrumentos para el mejor desempeño de los funcionarios, por ello, más bien constituiría una verdadera falta el hecho que el funcionario público no utilice oportunamente por ejemplo los vehículos autorizados para su respectivo traslado para una diligencia determinada, y que por tal situación se frustre dicha diligencia.

En otras palabras, los *fines* a los cuales deben ser empleados toda la maquinaria estatal, ha de estar encaminadas a los objetivos privativos de los estamentos públicos, los cuales son gravemente distorsionados, cuando el *intraneus* da una aplicación privada a dichos bienes, generando una alarma legítima en la comunidad[389]. Por tal motivo, el delito de peculado de uso, en su versión actual, empieza (artículo 388° del Código penal) reprimiendo la conducta de la siguiente manera: *"El funcionario público que, **para fines ajenos al servicio**..."*.

En este sentido, los *fines ajenos al servicio* presuponen la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Tiene que existir un uso privado, que sería un acto de beneficiarse con las propiedades funcionariales de un bien, sin consumirlo. El uso debe ser privado, es decir, debe producirse con destinados fines ajenos a la función pública para la cual han sido destinados. Los casos de desviación del fin son subsumibles en el tipo de malversación de caudales.

---

[389] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo V, Lima, 2010, Pág. 375.

2.6. El objeto material del delito: que el vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenezcan a la Administración Pública o que se hayan bajo su guarda.

Se trata de una condición del tipo penal que los *bienes pertenezcan a la Administración Pública*, esto es, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento sean de propiedad de la Administración Pública o bajo su guarda; cuando se habla de propiedad del Estado, puede ser en un sentido amplio o de particulares bajo la custodia de la Administración Pública. El tipo no exige necesariamente relación funcional estricta con los vehículos, máquinas e instrumentos del Estado, bastando en varios supuestos que se hallen destinados al servicio en el ámbito de competencia de los funcionarios o servidores[390]. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto con los bienes o instrumentos de trabajo o tenerla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional[391].

No hay peculado de uso sobre bienes muebles fungibles. Como bien dice Portocarrero Hidalgo esta figura se refiere concretamente a las cosas y no al dinero[392]. En todo caso, si existe un bien inmueble o algún bien fungible, dinero por ejemplo, será tipificado en el delito de peculado por utilización del artículo 387° del Código penal[393].

---

[390] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 537.

[391] SALINAS SICCHA, 2011, Pág. 367.

[392] PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, Pág. 180.

[393] ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal peruano*, Lima, 2003, Pág. 372 Pág. 372 nos dice que el "peculado de uso" debe diferenciarse, en el CP peruano, del "peculado de utilización" del artículo 387. Y su única diferencia (artificial e insuficiente, pero obligatoria por imposición legal) estriba en que en el artículo 388 los bienes públicos usados son "instrumentos de trabajo" como vehículos, máquinas u otros, mientras que los bienes utilizados del artículo 387 son "caudales o efectos" distintos de aquellos (p. ej., dinero o documentos negociables). Por lo demás. Según ABANTO VASQUEZ, no se entiende esta diferencia, pues en ambos casos el injusto penal, no obstante lo cual la sanción penal es diferente".

Cuando el tipo penal señala sólo de "vehículo", "máquinas" o cualquier otro "instrumento de trabajo", se está refiriendo a aquellos bienes de carácter mueble que sirven para facilitar y/o complementar el trabajo del agente especial dentro de la Administración Pública. En consecuencia, se estaría excluyéndose la utilización por parte del agente de un bien inmueble perteneciente al Estado; por ejemplo sería atípica la conducta del agente cuando utiliza las instalaciones de la Institución pública donde labora, para realizar su cumpleaños.

Que en relación al objeto material del delito en estudio, esto supone los siguientes supuestos:

- En primer término que el vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo *pertenezcan* a la Administración Pública. Que el bien mueble sea de propiedad del Estado, y ello quedará acreditado con los papeles que deberán estar a nombre de la Institución Pública que representa el agente especial.
- En segundo término, que el vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo no le pertenezcan a la Administración Pública, sin embargo, que se hayan *bajo la guarda* de la Administración Pública. En este supuesto los bienes muebles no son de propiedad del Estado, sin embargo, están bajo custodia y vigilancia por parte del Estado; y puede estar encargado de la custodia el mismo sujeto que luego él mismo realiza el uso indebido del vehículo o instrumento.

Cuando la ley habla de **vehículo** se refiere a cualquier medio de transporte motorizado o no, inclusive la acémila, que sirve para trasladar personas o cosas, es indiferente la conducción personal o no del medio por el agente[394].

Cuando la ley habla de **máquinas** se refiere a todo aparato o medio que realiza un trabajo mecánico con ahorro de fuerza, máquina de

[394] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 1997, Pág. 182.

escribir, de tejer, o de operaciones aritméticas, eléctricas o mecánicas, computadoras, etc.[395]

La Ley luego de haber mención expresa a vehículos y máquinas se refiere en forma genérica a cualquier **otro instrumento de trabajo**, se trata de cualquier herramienta que sin ser vehículo ni máquina es útil para cualquier tipo de trabajo –teléfono, fax, instrumento musical, etc.[396].

2.7. Grados de desarrollo del delito

Se trata de un delito de resultado lesivo, pues el hecho de que el agente use los bienes del Estado, o permite que otro lo use, ya se ha producido una afectación material a los intereses estatales, concretamente a su patrimonio. Por lo tanto, puede admitirse la posibilidad de la tentativa (artículo 16°): al agente lo interviene la Policía Nacional y la Fiscalía Anticorrupción, en el preciso instante que dicho agente se disponía a su subir al vehículo oficial para llevar a sus hijos al Colegio.

Ahora bien, resultará irrelevante para los fines de la consumación, que luego que el agente especial haya utilizado o permitido que otro lo haya utilizado, el agente lo devuelva a la Institución Pública donde labora. Se trataría de un acto de agotamiento, relevante sólo para la determinación judicial de la pena.

En el llamado hurto de uso, del artículo 187° del Código penal, se prevé lo siguiente: *"El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer **uso momentáneo y lo devuelve**..."*, esto es, que en el hurto de uso el agente debe usarlo de modo momentáneo y luego lo devuelve el bien mueble, situación que no ha previsto el delito de peculado de uso, en la cual uso puede hacerlo de modo permanente.

[395] PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, Pág. 183.

[396] PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, Pág. 183.

2.8. Cláusula de exoneración típica prevista en el último párrafo del artículo 388° del Código penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de Abril de 2013, Exp. N° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el Caso "Roberto Torres Gonzáles".

El artículo 388° del Código penal peruano, en el último párrafo, incorpora una cláusula de exención o excepción de responsabilidad penal en los siguientes términos: "*No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo*". Cuando el tipo penal señala que no están "comprendidos" en este articulado (es decir, el peculado de uso), se está refiriendo a aspectos de exclusión de sanción penal enmarcados exclusivamente por "razón de cargo". Rojas Vargas[397], afirma que "Tal excepción obedece al sentido común de naturaleza del cargo y las necesidades del servicio imponen, en relación con un marco puntual de permisiones en beneficio del sujeto público. En vía de interpretación extensiva podría cubrir también a los que en relación de dependencia administrativa y funcional se hallen subordinado a dichos sujetos y hagan uso de dichos bienes por indicación".

Aquí se observa la alta investidura del agente especial por la condición que prevé este párrafo, en este sentido sólo podrían ser exonerados de la responsabilidad penal los Funcionarios públicos (investigados de poder de decisión dentro de su ámbito de función), por ejemplo, el Presidente de una Corte Superior, el Presidente de la Junta de Fiscales Superiores de un Distrito Judicial, un Alcalde de una Municipalidad, entre otros; excluyéndose en consecuencia los servidores o empleados públicos. Normalmente la utilización de los bienes por razón del cargo está normada en los estatutos internos de cada Institución Pública, en estos casos dichos funcionarios pueden utilizar (las 24 horas del día) los vehículos motorizados asignados por el Estado pe-

[397] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administración Pública*, 4° edición. Editorial Grijley. Lima, 2007, Pág. 543.

ruano; por ejemplo, para fines del traslado "personal" del citado funcionario desde su domicilio real hasta su Centro de Trabajo Estatal, o para una diligencia o visita oficial dentro o fuera de su Jurisdiccional; es lo que se conoce como "estar a su disposición" del funcionario un vehículo motorizado.

La exclusión de responsabilidad penal solo se presentará en el caso de vehículos, más no cuando se trata de otros instrumentos de trabajo; por ejemplo cuando el funcionario público se lleva computadoras portátiles que algunas instituciones públicas normalmente asignan sus trabajadores. En ese sentido, la exclusión "vehículos motorizados" del género "vehículos", a que se contrae el primer párrafo del artículo 388°, se justifica no por su adscripción a un servicio público sino *por criterio de funcionalidad:* "estar *destinados al* servicio personal por razón del cargo", excepción que como tal debe interpretarse en forma *restringida,* no pudiendo extenderse por ejemplo al concepto "servicio familiar por razón de cargo", pues esta salvedad se prevé por la ley como *intuito personae* (cfr. lo previsto por el artículo 10 del Código Penal: *"Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas \ en las leyes").*

En este punto debemos traer a colación el reciente caso "Roberto Torres Gonzales", conocido por el Tribunal Constitucional peruano, a través de una Acción de Amparo contra resoluciones judiciales, en la cual la Sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de Mayo de 2012, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque condena a Roberto Torres Gonzales, Alcalde la Municipalidad Provincial de Chiclayo por el delito de peculado de uso, por considerar que Torres Gonzales, en su condición de Alcalde permitió que se use indebidamente el vehículo oficial (camioneta) de la Placa PIO-62 Toyota, de propiedad de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, para trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo, donde realizaban actividades recreacionales.

Esta conducta, de acuerdo a lo señalado por Torres Gonzales no sería típica, pues de acuerdo a la excepción prevista en el tercer párrafo

del artículo 388 del Código Penal: "*No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo*". En efecto, de acuerdo a Torres Gonzáles, "basta con que la camioneta haya sido asignada a mi uso personal para que no sea aplicable el tipo penal de peculado de uso, independientemente de que se afirme que el vehículo haya estado siendo utilizando por mi persona o por mis hijos". (contestación de demanda, fojas 56)[398]

Los Jueces de la Sala Penal de Lambayeque (demandados en el presente proceso constitucional) han esgrimido el siguiente razonamiento, decantándose por una interpretación restrictiva de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal. Así, la Sala Penal emplazada ha expresado que: "La exclusión vehículos motorizados del genero vehículos a que se contrae el primer párrafo del citado artículo, se justifica no por su adscripción a un servicio público sino por criterio de funcionalidad: "estar destinados al servicio personal por razón del cargo", excepción que como tal debe interpretarse en forma restringida, no pudiendo extenderse por ejemplo al concepto "servicio familiar por razón del cargo", pues esta salvedad se prevé por la ley como *intuito personae* (cfr. Lo previsto por el artículo 10 del Código penal: "*Las*

[398] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales", el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli y el voto también singular en el que convergen los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, ambos que se agrega así como el voto dirimente del magistrado Eto Cruz. En dicha Sentencia el Tribunal Constitucional Declaró: **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de la resoluciones judiciales; en consecuencia, **NULA** la Sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, Expediente N° 1488-20111-96-1706-JR-PE-06, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que condenó a Roberto Torres Gonzales por delito de Peculado de Uso a dos años de pena privativa de libertad; y asimismo suspendió su ejecución, por lo cual **Dispuso** que la Sala emplazada emita nueva resolución, teniendo en cuenta lo expresado en los fundamentos 17 y 18 de la presente sentencia.

prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes")[399].

En tal sentido, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque da cuenta, que la razón de la norma es loable. Si ésta se aplica en toda su extensión y realidad, muy pocos agentes públicos se salvarían, pues es de público conocimiento que a diario se utilizan los vehículos del Estado. No hay duda del enorme perjuicio que ello ocasiona, si sumáramos todos los gastos ajenos al servicio (combustible, salario de chofer, pago de peajes, desgaste de vehículo, lavado y mantenimiento, etc.). Por eso, muchos sostienen que, para que esta figura no resulte lírica, hay que aplicar con todo rigor la norma y su excepción prevista en el art, 388 CP, sobre todo cuando están de por medio altos funcionarios públicos. Por tanto no se puede distorsionar tal excepción normativa diciendo, por ejemplo, que no está fuera del concepto de servicio y uso de un vehículo del Estado -asignado a un funcionario las 24 horas del día-, el llevar y traer por ejemplo a su esposa, hijos, conviviente, amigos y terceros en general, de una playa veraniega, aduciendo que su cargo, movilidad *y* seguridad, se extiende a toda su familia y parientes con el uso de vehículo oficial y chofer asignado a su jefatura".

El Tribunal Constitucional aprecia que si bien la Sala Penal de Lambayeque emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, en tanto el "uso personal del vehículo", excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso "familiar" o "amical" del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión. Puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo

[399] Véase la Sentencia Del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales".

de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al "uso personal" del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica[400].

Muchas veces el vehículo oficial de un alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el *"uso personal"* que el funcionario hace de él. Si tenemos en cuenta el círculo de familiares personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo prácticamente indesligable[401].

Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva efectuada por la Sala Penal emplazada, en el sentido de que la exención típica "servicio personal por razón del cargo", se llena de contenido, en exclusividad con los usos estrictamente ***individualizadas*** del funcionario, de modo que sólo éste puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en

[400] Véase la Sentencia Del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales".

[401] Véase la Sentencia Del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso Roberto Torres Gonzales, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli y el voto también singular en el que convergen los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, ambos que se agrega así como el voto dirimente del magistrado Eto Cruz.

una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso. Una exigencia de razonabilidad en la aplicación de la exención estipulada en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal se impone, por tanto, de modo que no mantenga a dichos funcionarios en un régimen de persecución desproporcionada, ni les abra posibilidades de abuso del referido bien público.

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional considera que si bien la interpretación restrictiva que efectúo la Sala emplazada fue correcta en cuanto al sentido de la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, dado que consideró que "el uso personal del vehículo" excluye "el uso familiar" del mismo, existe una **motivación insuficiente** en cuanto a los términos en los cuales cabe entender que un "uso familiar" del vehículo resulta excesivo y totalmente ajeno a las razones de funcionalidad de la excepción penal en cuestión, dado que, como ya se dijo existe la posibilidad de que en algunos casos dicho "uso familiar" no constituya una acción típica. No ha efectuado, pues, la Sala emplazada un examen de razonabilidad de los términos en los cuales cabe excluir ciertas acciones de la esfera de aplicación de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal o de los términos en los cuales cabe incluir dichas acciones[402].

Agrega el Tribunal Constitucional que en el caso específico del Alcalde de la Municipalidad de Chiclayo, don Roberto Torres Gonzales, la Sala Penal emplazada no ha precisado por qué es que el hecho de trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo en el vehículo oficial, ***un*** día en que el Alcalde había viajado a la ciudad de Lima, constituye un "uso familiar" del vehículo, ajeno a todo margen de razonabilidad, que se encuadre más bien como un uso **exclusivo *y* sistemático** del vehículo oficial por personas distintas del funcionario. En consecuencia, el Tri-

[402] Véase la Sentencia Del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales".

bunal Constitucional estima que la Sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de Mayo de 2012, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque (que condenó a Torres Gonzales), ha afectado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Sin embargo, resulta importante resaltar los votos singulares de los Magistrados Constitucionales, Drs. Urviola Hani y Calle Hayen, quienes han señalado lo siguiente: "No obstante la improcedencia de la demanda, advertimos que el caso de autos plantea algunas situaciones que merecen ser legisladas; pues si bien la disposición legal aplicada al favorecido no comporta problema alguno de constitucionalidad, con lo cual la decisión del juez se encuentra dentro de los márgenes permitidos; lo cierto es que conforme al tenor de la resolución judicial cuestionada, el uso personal de un vehículo otorgado en razón del cargo, estaría limitando a que los altos funcionarios puedan trasladar a su familia, (esposa, hijos, padres, etc.) quienes de una u otra forma al ser parte del núcleo familiar corren los mismos riesgos que el funcionario. Siendo que esta situación según la resolución cuestionada podría alcanzar inclusive a los funcionarios a que se refiere el artículo 99° de la Constitución Política del Perú, merece ser de conocimiento del Congreso de la República, para que de ser el caso se legisle al respecto"[403].

Además del Voto Singular del Magistrado Constitucional Dr. Vergara Gotelli quien ha señalado lo siguiente: "En otras palabras se advierte que en el caso concreto los jueces constitucionales referidos consideran que el dispositivo legal aplicado al demandante en el proceso subyacente (art. 388°, tercer párrafo, del Código Penal) debe ser puesto en conocimiento al Congreso de la República a fin de que aclare o legisle dicho artículo, pues de lo contrario se estaría limitando a los funciona-

[403] Véase la Sentencia Del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales". Por estas consideraciones, nuestro voto es por: 1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos; 2. Poner en conocimiento del Congreso de la República, lo señalado en el fundamento 8 del presente voto.

rios públicos. Al respecto debo presentar mi oposición a dicha premisa pues si bien las leyes son creadas por el Poder Legislativo (Congreso), es el Juez quien debe aplicar el Derecho, no pudiendo dejar de aplicarlo por un vacío de la Ley. Por ello siendo una obligación del Juez interpretar y aplicar el Derecho, me parece contraproducente en el caso de autos notificar al Congreso con el argumento de que tome conocimiento de esta problemática, a fin de que legisle lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 388° del Código Penal, cuando dicha situación es una facultad natural del Juez ordinario"[404].

Así las cosas la Ley penal prevé que el servicio dado al vehículo debe ser "personal", no que la Autoridad puede usar el vehículo **para fines personales o familiares** (esto es, fines privados). Una finalidad personal incluso puede atentar contra las buenas costumbres (lo que nunca podría suceder con el **servicio personal** pues, al establecerlo la ley es siempre **lícito)**, como cuando la autoridad sostiene relaciones sexuales en un automóvil oficial o cuando -como ya ha pasado que un General lleva a su pareja a un motel en el auto a él asignado; de todo lo cual se concluye que el concepto "fin personal" es incompatible con la **ratio legis** de la norma que garantiza a los ciudadanos que los bienes públicos deben someterse a un uso conforme al interés público[405].

Finalmente una Ejecutoria Suprema ha establecido que la autorización para utilizar las camionetas destinadas a Servicio Oficial no constituye delito de peculado de uso. En efecto: "*No se acredita el delito de*

---

[404] Véase la Sentencia Del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales".

[405] CALDERON VELARDE, Leonardo; *"El delito de peculado de uso: comentario a la Sentencia que condena al alcalde de Chiclayo Roberto Torres Gonzáles"*, en: Gaceta Penal Nro. 36, Junio, 2012, Lima, Pág. 141. Este mismo autor señala qué es "servicio personal" en función a la decisión de la Sala Penal de Apelaciones, quienes han respondido a dicha interrogante en el cuarto considerando de la Sentencia de Vista: "Servicio personal no puede implicar la puesta a disposición de terceras personas, por más que se trate de los familiares o allegados de la autoridad, pues el concepto de persona excluye al "otro", es decir, a quien no ostentad cargo" (Pág. 140).

peculado de uso, por cuanto se ha determinado que el procesado tenía autorización -acreditado con los oficios e instrumentales que obran autos- para realizar viajes con las unidades automotoras a su cargo a determinados lugares de trabajo. La acusación contra el acusado radicó que en su condición de Director del Centro de Desarrollo Rural de Chuquibamba y dentro del ejercicio de sus funciones tenía a su cargo dos camionetas destinadas para el servicio oficial; sin embargo, las utilizaba para visitar, generalmente, los sábados y domingos sus predios, sin autorización, ni presentar informe respectivo al Director Regional de Agricultura, siendo que en uno de dichos viajes sufrió una volcadura quedando la camioneta severamente dañada"[406].

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Tenemos que advertir que sólo la conducta incriminada en el peculado de uso es la del primer párrafo, los dos párrafos siguientes son de definición típica y de exclusión penal respectivamente. En ese sentido, en el primer párrafo es esencialmente de comisión dolosa por parte del agente, donde se requiere que el sujeto activo debe usar los bienes señalados en el tipo conociendo que son del Estado y con voluntad y conciencia de infringir la prohibición implícita en el tipo penal"[407].

Es más se exige la presencia del dolo directo o de primer grado, pues el tipo penal señala en la parte inicial: ""*El funcionario público que, **para fines ajenos al servicio**...*", esto es se exige una finalidad específica y puntual en el agente especial, que utilice o permite que otro lo utilice para fines que no se condice con la Institución pública en la cual está laborando; por el contrario, si se tratase de un uso de los bienes en el

[406] Ejecutoria Suprema del 26/3/98, Exp. N° 4279-96-AREQUIPA. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 446.

[407] Ejecutoria Suprema del 26/3/2009, R.N. N° 149-2007-CAÑETE. VOCAL PONENTE: NEYRA FLORES, José, *Gaceta penal*, tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2010, p. 231.

marco de una finalidad institucional, no habrá presencia del dolo, y por ende, de tipicidad de la conducta.

En el agente, no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en propio beneficio o de tercero. Como bien sostiene Salinas Siccha "Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal a los bienes sin consumirlos, para regresarlos o reintegrarlos luego a la esfera de la administración"[408].

Por último, no se reprime en el Código penal el uso indebido de terceros originado en el comportamiento culposo del funcionario.

4. EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL PECULADO DE USO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA

Los casos específicos de error de prohibición o error sobre la norma de prohibición (véase, el artículo 14° del Código penal, segundo párrafo), es decir, aquellos errores o desconocimiento que afectan seriamente los niveles de cognición en el ámbito de la culpabilidad o responsabilidad subjetiva, son también frecuentes en el terreno del peculado de uso, para precisamente excluir –total o parcialmente– la responsabilidad penal del funcionario o servidor público. En efecto, una Ejecutoria Suprema ha señala que *"Los cargos efectuados por el representante del Ministerio Público no se han acreditado de modo alguno, puesto que el encausado al efectuar las llamadas de larga distancia de carácter personal, en su condición de Director del Hospital, lo hizo pensando que era uno de sus derechos y que le era permitido, al no tener ninguna comunicación que estableciera lo contrario, por lo que actuó en error de prohibición, ya que consideró que estaba procediendo por la condición de jefe y desconocía que al efectuar las llamadas telefónicas a larga distancia nacional constituía delito de peculado de uso, no existiendo material probatorio que haya*

[408] SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2011, Pág. 363.

conocido y querido causar perjuicio a la entidad agraviada; más aún si asumió el pago por las llamadas efectuadas; en consecuencia, declararon no haber nulidad en la sentencia recurrida que absuelve al procesado"[409].

5. ¿ES CONVENIENTE LA INCORPORACIÓN DE UNA CLÁUSULA DE GRAVEDAD DE LOS BIENES O INSTRUMENTOS UTILIZADOS EN EL PECULADO DE USO?

Resulta innegable la existencia de lesividad material en el delito de peculado de uso, pues lo que se daña es el patrimonio del Estado. La magnitud del perjuicio patrimonial en el peculado de uso puede verse reflejada en el desgaste natural del bien que se produce por su uso, así como el hecho de que al no estar el bien a disposición del servicio público, este se ve afectado temporalmente[410].

Así lo tiene señalado una Ejecutoria Suprema: "El peculado de uso sanciona la conducta mediante la cual el funcionario o empleado público usa o permite que otro use para fines ajenos al servicio vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública o que se encuentre bajo su guarda, y en buena cuenta, lo que pretende es sancionar la conducta de un funcionario o servidor público que al usar o permitir que otra use las maquinarias, vehículos o instrumentos del Estado, pueda producir un desgaste que refleje una *considerable depreciación del bien por su uso continuo, y que, a través de ella, produzca un beneficio ilegal o indebido,* ***es decir necesariamente se debe dar un perjuicio,*** *traducido en la desvalorización del patrimonio del Estado; se requiere además que la conducta sea dolosa, esto es que actúe con conciencia y voluntad de estar dándole al bien un uso distinto al oficial*"[411].

---

[409] Ejecutoria Suprema del 21/3/2003, R.N. N° 1522-2002-AYACUCHO. URQUIZO OLAECHEA, José, CASTILLO ALVA, José, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 664.

[410] SALINAS SICCHA, 2011, Pág. 367.

[411] Ejecutoria Suprema del 20/4/2010, R.N. N° 4595-2008-LA LIBERTAD. VOCAL PONENTE: BARRIOS ALVARADO, *Gaceta penal*, tomo 21, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2011, Pág. 183. Las negritas son mías.

La gravedad del perjuicio sobre los bienes o instrumentos utilizados en el peculado de uso es tenida en cuenta por el Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010) en el artículo 442° en los siguientes términos: "*El funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículo, máquinas u otros instrumentos de trabajo* ***afectando gravemente el servicio o la función encomendada...***" *(las negritas son mías)*. De la misma manera el mismo Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010) en el artículo 442°, en el segundo párrafo, señala en los siguientes términos la gravedad de la afectación de la obra: "*Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los bienes indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública,* ***independientemente del grado de afectación de la obra***". *(las negritas son mías)*.

En esta misma lógica, el Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo, para reformar precisamente los delitos contra la Administración Pública en nuestro Código penal, señalaba que en el Artículo 388°, sobre el delito de Peculado de uso, se tenía de incorporar una cláusula de gravedad en afectación del bien jurídico, así: "*El funcionario o servidor público qua para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, maquinas u otros instrumentos de trabajo,* ***afectando gravemente el servicio o la función encomendada,*** *será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados en el* ***párrafo anterior*** *pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública* ***independientemente del grado de afectación de la obra***". *(las negritas son mías)*.

CAPÍTULO SÉPTIMO
EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

«Los corruptos son delincuentes que no tienen necesidad de huir de nada. Nadie les agarrara el cuello. Están más allá de algún inexorable envilecimiento aunque algún juez molesto los haga comparecer para una cierta denuncia. Es una incomodidad, pero finalmente no ocurre nada". NEUMANN, Elías; "La pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los Derechos Humanos", en: Libro Homenaje a Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, 1997, Pág. 362

"Cuando se han corrompido los principios del gobierno, las mejores leyes se hacen malas y se vuelven contra el Estado; cuando los principios se mantienen sanos, aun las leyes malas hacen el efecto de las buenas: la fuerza del principio suple a todo".

MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, Buenos Aires, 1984, Pág. 154

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CORRUPCIÓN

La corrupción en el pensamiento de los griegos clásicos y especialmente en el de Aristóteles, es la línea divisoria entre las formas de gobierno puras y las desviadas: "Cuando el dueño único, o la minoría, o la mayoría, gobiernan consultando el interés general, la constitución es pura necesariamente; cuando gobiernan en su propio interés, sea el de uno, solo sea el de la minoría, sea el de la multitud, la constitución se desvía del camino trazado por su fin, puesto que, una de dos cosas, o los miembros de la asociación no son verdaderamente ciudadanos o lo son, y en este caso deben tener su parte en el provecho común" (La política, Capítulo V, División de los gobiernos).

La corrupción en el Perú liderada por el ex presidente Alberto Fujimori y su asesor Vladimiro Montesinos Torres se ha caracterizado porque se asentó en el centro mismo del poder estatal. Definiti-

vamente algo que no debemos de sorprendernos ya que en la mayor parte de los países latinoamericanos el fenómeno de la corrupción (en la administración pública) se ha gestado por quienes tienen y ocupan el más alto y dignísimo cargo público de una nación. Así los supuestos de corrupción y otros delitos conexos de los presidentes de Brasil[412], Venezuela[413], Guatemala[414], El Salvador[415], Honduras[416],

---

[412] **Fernando Collor de Mello (1990-92):** en septiembre de 1992 fue acusado de complicidad en corrupción, tráfico de influencias y extorsión a empresarios. Tras agotar todos los mecanismos para mantenerse en el poder, renunció a la Presidencia antes de ser destituido por el Senado.

[413] **Carlos Andrés Pérez (1974-1979, 1989-93):** terminó abruptamente su segundo período en la presidencia al ser destituido para ser juzgado por delitos de corrupción. Condenado a 28 meses de arresto domiciliario por malversación de fondos y peculado, recuperó su libertad en septiembre de 1996 y se encuentra asilado en República Dominicana.

[414] **Jorge Serrano Elías (1991-1993):** prófugo de la justicia guatemalteca después de un fallido auto-golpe que ocurrió en medio de acusaciones de enriquecimiento ilícito, peculado, malversación, fraude, usurpación de funciones, apropiación y retención indebido de fondos del Estado, incluyendo la utilización de los gastos confidenciales de una partida a su disposición que en ocasiones llegaba a un poco más del millón de dólares al mes; y su involucramiento en sistemas ilegales de compras públicas, que pudieran haber alterado, sobre todo en aspectos de salud, los abastecimientos de los hospitales. Ha vivido como empresario exiliado en Panamá; autoridades allá han rechazado los pedidos de extradición presentados por Guatemala.

[415] **Alfredo Cristiani (1989-94):** ocultó y nunca admitió cuál fue el paradero de un informe sobre una investigación de más de 100 casos de corrupción en su gobierno, realizada por una comisión presidencial (CONSEFIP). Continua siendo uno de los hombres con mayor influencia política y económica en El Salvador. Es líder político del partido ARENA. Cabeza de un grupo económico cuyos miembros han sido acusados de beneficiarse de las privatizaciones de entidades gubernamentales, principalmente la de los bancos, y de ser responsables de otros delitos de "cuello blanco". La mayoría de estas acusaciones permanecen sin investigarse y en la impunidad debido al encubrimiento de su partido, que ha controlado el gobierno desde 1989 hasta la fecha.

[416] **Rafael Callejas (1990-1994):** altos funcionarios de su gobierno fueron procesados en 1995 por su vinculación con el tráfico de pasaportes oficiales, y otros fueron acusados por el desvío de millonarias cantidades de dinero del Fondo de Estabilización Petrolera a la partida confidencial de casa presidencial. La Suprema Corte revocó la inmunidad del ex presidente Callejas para que declarara sobre falsificación de documentos y apropiación de fondos públicos. Las denuncias en contra de él permanecen en la impunidad.

México[417], Ecuador[418], ...

[417] **Carlos Salinas de Gortari (1988-1994):** Salinas desapareció del país en medio de graves acusaciones de corrupción como el blanqueo de dinero, enriquecimiento inexplicable, y entre otras, de fraude electoral y hasta por conspiraciones para cometer asesinatos. Otro factor que precipitó su salida fue la detención de su hermano Raúl por corrupción y asesinato. **Ernesto Zedillo (1994-2000):** Considerado por muchos como la persona que más ha endeudado a México, está señalado por organizar el rescate bancario a FOBAPROA, considerado como el mayor fraude en la historia del país y una posible fuente de recursos para su campaña, y entre otros casos, por su involucramiento en el presunto desvío de mil millones de pesos dentro de PEMEX para beneficiar la campaña (2000) del ex candidato del PRI a la Presidencia, Francisco Labastida. Actualmente, el gobierno está investigando la gestión de Zedillo, especialmente de su último año, la de sus ex funcionarios y aún de sus hermanos y familiares, ya que se rumora que se enriquecieron al amparo del poder público.

[418] **Alberto Dahik Garzón Vicepresidente de Ecuador (1992-96):** en 1995, fue acusado de malversación de fondos del Estado, abandonó el país tras ser absuelto y recibió asiló político en Costa Rica, donde aún permanece. Precisamente el mismo día en que abandonó a Ecuador, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) le dictó auto de prisión por mal uso de los gastos reservados. **Abdalá Bucaram (1996-97):** en medio de una protesta generalizada, fue destituido el 6 de febrero 1997 por el Parlamento al ser declarada su incapacidad mental para gobernar. Huyó a Panamá donde pidió y recibió asilo político; meses más tarde la Corte Suprema de Justicia de Ecuador ratificó una orden de prisión contra Buaaram. A este ex mandatario se le tramitan seis causas y está involucrado en cinco juicios penales, por delitos de malversación de fondos relacionadas a irregularidades en el contrato para un programa de ayuda a los estudiantes y en el manejo de las aduanas, peculado y enriquecimiento ilícito. **Fabian Alarcón Rivera Presidente Interino (11 de febrero de 1997 al 10 de agosto de 1998):** La Comisión Anticorrupción encontró que 2.089 personas fueron contratadas irregularmente en el Congreso, mientras Fabián Alarcón era su presidente. Estas personas nunca cumplieron labores en el Congreso, pero sí cobraron sus salarios durante el período de 1995 a 1998. El perjuicio al Estado alcanzó la suma de 32 mil millones de sucres. La Corte Suprema de Justicia ordenó la detención preventiva del ex-Presidente Interino Alarcón en marzo de 1998, habiendo permanecido en esa condición durante seis meses, pero recuperó su libertad al amparo del informe de la Contraloría que le liberó de responsabilidades. Como el juicio subió hasta la etapa sumarial y del plenario, ahora la ley le impide a Fabián Alarcón ser candidato a cargos públicos. **Jamil Mahuad (1998 -2000):** fue involucrado en muchos casos de corrupción que incitaron protestas masivas y su huida del país en enero 2000. El 13 de julio la Corte Suprema de Justicia de Ecuador dictó una orden de prisión en contra Mahuad acusándolo de "malos manejos administrativos" en referencia a los decretos de congelación de depósitos bancarios y de dolarización de la economía. Mahuad buscó la embajada de Chile

Paraguay[419], República Dominicana[420], Bolivia[421],.....

para refugiarse y terminó saliendo a Estados Unidos, donde se mantiene como catedrático de Harvard. **Gustavo Noboa (2000-2003):** en julio de 2003 la Fiscalía General investigaba a Noboa y a dos ex ministros de economía por incurrir presuntamente en el delito de peculado (uso fraudulento de los recursos estatales) al aprobar la utilización ilegal de una porción de títulos de la deuda externa con un valor nominal de 126 millones de dólares para inyectar capital a los bancos del Pacífico y Filanbanco. El ente solicitó a la Corte Suprema de Justicia que ordene la prisión preventiva del ex presidente, quien pidió y en agosto 2003 recibió asilo político de la República Dominicana.

[419] **Raúl Cubas (1998-99):** durante una insurrección popular en marzo 1999, desatad` por el asesinato del vicepresidente Luis María Argaña, la Cámara de Diputados aprobó por mayoría de dos tercios iniciar el juicio político en el Senado al presidente Cubas por "mal desempeño de sus funciones". Pocos días después la Fiscalía General lo denunció por el uso ilegal de fondos públicos para financiar una campaña de agitación y la retirada de 700.000 dólares del Banco Nacional de Fomento y su transferencia a la Presidencia de la República en los días previos a la dimisión y partida de Cubas hacia Brasil. En febrero 2002 regresó a su país. **Juan Carlos Wasmosy (1993-98):** en abril 2002 fue condenado a cuatro años de prisión por el auxilio financiero de 42.500 millones de guaraníes otorgados ilegalmente al Banco de Desarrollo en julio de 1996. También ha sido acusado de involucramiento en otros casos de corrupción, como las operaciones "fraudulentas" vinculadas con la construcción de la represa de Itaipú, la mayor central hidroeléctrica del mundo. **Luis González Macchi (1998-2003):** el 23/enero de 2003 la Cámara de Senadores inició su juicio político por mal desempeño de funciones y delitos comunes. Los diputados acusaron al primer mandatario de corrupto e incapaz y pidieron su destitución. Además señalaron que es responsable de la calamitosa situación social que vive el país, de las torturas a Juan Arrom y Anuncio Martí, del desvío de los 16 millones de dólares de bancos en liquidación, de las irregularidades en el proceso de privatización de Copaco y de negarse a informar al Congreso. Por una decisión política, el Senado lo exoneró de los cargos. Sin embargo, el día que dejó el mando, el 14 de agosto 2003, un juez prohibió a González Macchi salir del país ya que se iniciaría un juicio en su contra por ese caso corrupción.

[420] **Leonel Fernández (1996-2000):** unos 25 ex funcionarios de su administración han sido sometidos a la justicia acusados de corrupción; 4 recibieron sentencias de prisión. Entre los casos en los cuales está implicado el mandatario se encuentra una malversación millonaria a través del Programa Eventual Mínimo de Empleos (PEME) y en torno a una cuenta especial, utilizada durante su gestión para la reparación y reconstrucción de obras prioritarias, luego del paso del huracán Georges en 1998. En una encuesta sobre la corrupción dominicana, publicada en agosto 1999, el 61% consideraron que en su gobierno existía igual o más corrupción que en la anterior.

[421] **Hugo Banzer (1997-2001):** en julio de 2003 la Fiscalía General investigaba a

Argentina[422] sólo son algunas muestras de la corrupción que existe a nivel estatal.

El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín *rumpere*, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición. *Corrumpere*, entonces, debería significar: "romper con", "romper en unión de", pero en realidad quiere decir "echar a perder, pudrir". Por lo tanto, la expresión corromper siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir la fuerza que corrompe y aquella persona sobre el que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre.

El fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia. El poder y corrupción se asocian cuando el primero no es considerado como un hecho regulado por el Derecho, entendiéndose a éste como un sistema normativo regulativo de conductas humanas. Por otro lado, no habría inconveniente de orden semántico que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes "corruptos", en el mismo sen-

---

Noboa y a dos ex ministros de economía por incurrir presuntamente en el delito de peculado (uso fraudulento de los recursos estatales) al aprobar la utilización ilegal de una porción de títulos de la deuda externa con un valor nominal de 126 millones de dólares para inyectar capital a los bancos del Pacífico y Filanbanco. El ente solicitó a la Corte Suprema de Justicia que ordene la prisión preventiva del ex presidente, quien pidió y en agosto 2003 recibió asilo político de la República Dominicana.

[422] **Carlos Saúl Menem (1989-99):** actualmente procesado como presunto jefe de una "asociación ilícita" que vendió armas a Ecuador y Croacia. Casi 50 ex funcionarios de su administración han sido vinculados en casos de corrupción y muchos argentinos y observadores internacionales lo responsabilizan de haber iniciado el proceso que llevó el país a la bancarrota, al aumentar enormemente el gasto público durante su último año en el gobierno.

tido podría hablarse de gobernantes o congresistas corruptos. Empero, lo que sí es cierto es que en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un decisor.[423]

En la actualidad la lucha contra la corrupción es uno de los desafíos de mayor importancia en nuestro país y en América Latina y, por qué no decirlo, en el mundo entero. Se trata de un reto que debemos enfrentar para construir una sociedad más justa y eficaz, pero sobre todo donde exista bienestar y confianza recíproca. La corrupción en el Perú en gran medida ha sido propiciada por la estructura y el funcionamiento del Estado y por la forma como este interactúa con los ciudadanos. Ha existido una pronunciada debilidad en los mecanismos de control de la gestión pública, lo cual ha permitido que funcionarios, ciudadanos, instituciones oficiales y empresas privadas desarrollen actividades que en lugar de ser de interés general, benefician exclusivamente intereses particulares.

Las debilidades de nuestro sistema de administración de justicia y el manejo de los espacios democráticos por parte de algunos actores de la vida política-los cuales han utilizado los espacios de poder para su beneficio personal o el de grupos políticos-han alimentado la corrupción y han llevado con el tiempo a validar y aceptar socialmente los comportamientos deshonestos. La corrupción genera desconfianza y desmoralización entre la ciudadanía y no permite que esta actué como contrapeso frente al Estado al ejercer un control democrático sobre su desempeño, con lo cual se disminuye la capacidad del Estado de funcionar, adecuadamente y se reducen las posibilidades de que nuestra sociedad prospere en general, la corrupción en el mundo actual ya no es un problema local, nacional o regional; se trata de un problema de escala mundial. Solo podremos enfrentarla con políticas de Estado permanentes e integrales y con el respaldo de la cooperación internacional.

Lord Acton decía que el "...poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente" o como decía Montesquieu "La

[423] GARZÓN VALDES, Ernesto; *"Acerca del concepto de corrupción"*, en: Varios Autores, La corrupción política, Madrid, 1997, Pág. 42 y 43

constante expectativa demuestra que todos los hombres investidos de poder son capaces de abusar de él y de hacer su autoridad tanto como puedan". La influencia de la corrupción ha alcanzado a todos los países del orbe, y aún la corrupción alcanza a buen número de países europeos con sistemas políticos de los convencionalmente denotados *democracias consolidas*; aunque en sociedades menos desarrolladas, los efectos de la corrupción suelen ser más graves, que en países desarrollados; en la medida en que dificulta el crecimiento económico y pone en tela de juicio la percepción de la soberanía[424].

La corrupción instalada como sistema en una sociedad presupone un desprecio generalizado a la que se asocia la centralización de la toma de decisiones en el Poder Ejecutivo, la falta de autonomía en el poder jurisdiccional y en el Legislativo por los dictados del Ejecutivo con argumentos que se fundan en la emergencia o eficiencia económica. Por ello, llegamos a un punto donde lo único que importa es la riqueza y el mantenimiento de las ganancias como motores del progreso social. Sus defensores creen en que aspectos de moral, de espíritu o de mística para el progreso económico sin límites hallan campo propicio para la corrupción, y se suele instalar en este modelo político en que vivimos para formar parte de la llamada criminalidad no convencional acompañada por el abuso de poder. Pero no sólo por el abuso gubernamental que pueda existir, sino también el económico, el financiero, el industrial, el bancario, el tecnológico y el científico.

El problema del fenómeno de la corrupción es esencialmente político, y su consecuencia más relevante es que desemboca en un proceso de exclusión[425]. Pero también –y de ahí su complejidad- que existe una relación de funcionalidad entre la corrupción y el modelo económico que se siga. Así, por ejemplo, la corrupción hace a la esencia de la socie-

---

[424] MURIEL PATINO, María Victoria;"*Economía, corrupción y desarrollo*", en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000, Pág. 27

[425] VIRGOLINI, E. S. Julio; *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, 2004, Pág. 258

dad capitalista actual y es especial manifestación de la crisis del sistema. Por otro lado, hay información histórica que permite fundar la sospecha de que hubo formas de criminalidad funcionales a determinadas etapas del desarrollo capitalista, tal caso de la esclavitud, la piratería, el contrabando, las guerras de mercado, el narcotráfico, etc[426].

Didácticamente Hurtado Pozo prefiere hablar de dos tipos de corrupción: de una parte, la corrupción directa y de la otra parte, la corrupción institucionalizada. Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente (...) Esto es posible, sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las tareas de los funcionarios y servidores de este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios.

En cuanto a la corrupción institucionalizada se caracteriza por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es difícil establecer un vínculo entre las causas y los efectos[427]. De igual forma, resulta interesante poner de relieve una característica de la corrupción en un sentido criminológico. En tal sentido, según Cruz Castro "En la sociedad, prácticamente, no existe ninguna persona, organización o instancia oficial que desarrolle una acción sistemática contra la corrupción, excepto, en algunas ocasiones, los medios de comunicación social colectiva. Se trata de un delito sin víctima, por esta razón difícilmente el conocimiento de estos hechos llegará a conocimiento de las autoridades competentes mediante la denuncia común[428].

---

[426] SIMONETTI, José María; *"Notas sobre la corrupción"*, en: Pena y Estado, Año 01, Número 01, Buenos Aires, 1995, Pág. 177.

[427] HURTADO POZO, José; *"Corrupción: el caso peruano"* en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995, Pág. 156.

[428] CRUZ CASTRO, Fernando;*"La Investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos"*, en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995, Pág. 80.

II. CORRUPCIÓN Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. CUESTIÓN PREVIA

A la corrupción y su impacto en la administración pública la podemos definir como aquella desviación por parte de la administración de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, que no es otro que el "interés público". Puede encontrarse definiciones muy generales como la de Andrés Ibáñez que indica que la corrupción son "...aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaliéndose de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobprecio, obtienen a su vez un privilegio"[429].

Sin embargo, la definición más utilizada por los científicos sociales –en este punto- es la elaborada por el profesor de la Universidad de Harvard Joseph S. Nay; de acuerdo con su explicación la corrupción, pero siempre vinculado de alguna forma a la administración pública es una "conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales. Esta definición incluye conductas tales como el cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)"[430].

---

[429] ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto; *"Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial"*, en: Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires, Pág. 425.

[430] Citado por BERALDI, Carlos Alberto; *"Control de la corrupción mediante la desregulación"*, en: Pena y Estado, Año 01, Número 1, Buenos Aires, 1995, Pág. 36 y 37.

La *ratio* fundamental de la corrupción radica entonces en una desviación de ciertos parámetros de comportamientos. Debe destacarse también que el sustrato fáctico de la corrupción reside, fundamentalmente, en la actividad económica de la Administración y, habitualmente, en la atribución del control y aplicación de fondos públicos a cargos políticos (corrupción política) o funcionariales (corrupción funcionarial).[431] La imputación hacia una persona como "corrupto" va asociado a la idea de que aquel esté en vinculación directa con la administración de los poderes del Estado, y no podría hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública, esto es, en términos domésticos, familiares o cotidianos: un particular persuade, a través de dinero, al presidente de un club privado para hacerlo ingresar en calidad de socio.

Así las cosas, se pueden diferenciar nítidamente una corrupción que se presenta en el campo de las *acciones privadas* de la que afecta a la *administración pública*, privilegiándose a esta última como una cuestión de mayor importancia[432]. Al respecto, Mariano Grondona afirma "que la corrupción en el sector público es más grave que la privada, pues mientras ésta es susceptible de ser corregida por el Estado, si los mecanismos del Estado están infiltrados por la corrupción, el sistema queda sin apelaciones"[433]. A esta última es la que los romanos llamaron *crimen repetundarum*, los ingleses *bribery*, los españoles *cohecho*, los portugueses *peita o soborno*, y los italianos *baratería*.

En el Perú, a través de los medios de comunicación principalmente, se conoció el *"Caso Montesinos"* donde aquel 14 de Septiembre del 2000,

---

[431] CARBAJO CASCON, Fernando; *"Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción"* en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000, Pág. 55.

[432] BERALDI, Carlos Alberto;*"Control de la corrupción mediante la desregulación"*, cit. Pág. 36.

[433] Citado por SANDLER, Héctor Raúl; *"La corrupción legislativa"*, en: Sandler/ Rajland (coord.), Corrupción. Una sociedad bajo sospecha, Buenos Aires, 1997, Pág. 167.

en las pantallas de Canal N se propaló el ya famoso video en el que aparecía el ex asesor de la Alta Dirección de Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos entregando quince mil dólares al congresista Kouri. Lo que vendría después es historia conocida. Sin lugar a dudas, los límites de la corrupción en el Perú han rebasado excesivamente los niveles de racionalidad. A raíz de los hechos de corrupción sucedidos en las altas esferas del poder en el Perú, se expidió todo un "paquete legislativo" para la lucha contra la criminalidad organizada movido por un factor común: la multicitada corrupción. Así, la primera ley, la N° 27378 del 21 de Diciembre del 2000, que establece beneficios de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada y la segunda Ley, la N°27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares. Modificaciones sustanciales que aluden principalmente al Derecho policial, Derecho penal material y premial por colaboración eficaz: exención de pena, suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, entre otras y el Derecho procesal penal (limitaciones de derechos).

Existe un documento internacional llamado la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, de fecha 29 de Marzo de 1996. (Reunidos en la ciudad de Caracas). Esta convención contra la corrupción también fue ratificada por la República Argentina el 17 de enero de 1997, entró en vigor definitivamente un año después de la conferencia interamericana, es decir el 6 de marzo de 1997. El Estado peruano también la aprobó mediante Resolución Legislativa 26757 de fecha 5 de marzo de 1997 y ratificada por Decreto Supremo 012-97-RE del 21 de marzo del mismo año. Me pregunto: ¿Los Convenios internacionales sobre la lucha contra la corrupción en los que el Perú y Argentina son firmantes, y por tanto vinculante en su aplicación, son instrumentos idóneos para complementar la eficacia represiva?; y ¿Si el Derecho penal de la corrupción respeta los límites que la Convención establece?

Se puede percibir que existe una incertidumbre con respecto a la eficacia de las normas de la Convención para su aplicación dentro de un Derecho interno, pues existen dos tendencias: la primera sostiene que se apliquen directamente las normas de la Convención. La segunda,

en cambio, requiere que las normas internas (principalmente el Código penal) se adecuen a la Convención, especialmente a las conductas típicas de corrupción. La segunda postura parece la más razonable. En todo caso, deben compatibilizarse las normas internas con los postulados de la Convención, mas todavía cuando en el artículo VII de dicha Convención, se establece que deben incorporarse los actos de corrupción en la medida que la legislación penal interna no contemple tales delitos: caso como el soborno internacional que no existe como modalidad típica en el Código punitivo peruano.

Cabe resaltar que el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito propuso excluir los actos de corrupción de la topología de delito político, especialmente para facilitar la extradición e igualmente el decomiso de los bienes adquiridos con dinero de origen espurio. La corrupción, tan igual a los casos conocidos como del terrorismo o "terrorismo especial", tráfico de drogas, violación sexual, seguridad ciudadana, presentan en el campo del Derecho penal un problema en cuanto a su funcionamiento, legitimación y eficacia. Entonces cabe preguntarnos: ¿La eficacia del Derecho penal en la mayoría de veces está en función a decisiones coyunturales, temporales?; ¿Cómo solucionar los múltiples problemas de la corrupción desde la óptica del Derecho penal, si la corrupción es un problema estructural, de base?

III. ASPECTOS ESENCIALES DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO. A PROPÓSITO DE LA REFORMA PRODUCIDA POR LA LEY 28355 DEL 4-10-2004

1. APUNTES PRELIMINARES

La expresión *cohechar*, según la Real Academia española, significa "sobornar, corromper con dádivas al juez, a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo que se le pida"[434]. Un término ligado

[434] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Tomo I, Madrid, 1992, Pág. 501.

al cohecho es la "coima" que en el siglo pasado la Real Academia española modificó el contenido con la aclaración que en la Argentina, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay se utiliza como cohecho. Históricamente era el delito del juez que traficaba con su función y cuya comisión autorizaba la repetición del dinero recibido con el juez corrupto. Criminológicamente el delito de cohecho está en el centro de los delitos llamados "de guante blanco".

Históricamente el cohecho tenía su origen, según Soler, en los abusos de ciertos funcionarios, especialmente de los que gobernaban en lugares alejados, y sobre todo la dificultad de la prueba de un acto concreto de corrupción, determinaron que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento, pudiera pedirse tanto lo que el funcionario había logrado por venta de un acto de autoridad, como lo que hubiese logrado por vía extorsiva[435]. Por eso se entendía que existían puntos de conexión entre el delito de cohecho y la concusión. Actualmente, estas figuras típicas son necesariamente autónomas, no obstante que responden a la protección de un mismo bien jurídico-penal institucionalizado (administración pública). Esto sucede en el Derecho peruano donde la figura básica del delito de cohecho está en el art. 393 y ss.; y la de concusión en el art. 382 y ss del Código penal[436].

---

[435] SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo 5, (actualizado por Manuel Bayala Basombrio), Reimpresión total, Buenos Aires, 1992, Pág. 206.

[436] El ilícito penal de concusión se encuentra tipificado en el artículo 382° del Código Penal señalando expresamente lo siguiente: *"el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años"*. De acuerdo a la norma glosada y teniendo en cuenta los elementos aportados en el proceso, los hechos denunciados e investigados no resultan congruentes con los elementos del tipo penal imputado. En efecto, para la configuración del tipo penal es necesario que la acción de "inducir" u "obligar" provenga directamente del ejercicio abusivo del cargo del funcionario. ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2007. p. 369 sostiene que "entre los componentes materiales de tipicidad del comportamiento establecido en el precitado tipo penal, debe contemplarse preliminar y esencialmente la concurrencia de los elementos "abuso de cargo" que pudiera haber ejercido el funcionario o servidor

El núcleo fundamental del delito bajo estudio reside en la obtención de un "acuerdo injusto", momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional. El delito de cohecho se caracteriza por consistir en un acuerdo –o intento de acuerdo- entre un funcionario público y un particular dirigido al intercambio de prestaciones recíprocas: las dádivas o presentes, por un lado, y el acto propio del cargo, por otro[437]. De manera tal que el pago del particular por una conducta que el funcionario público haya realizado, no es el delito de cohecho porque no obedece al "pacto". Lo que caracteriza al injusto en examen es el compromiso venal que constituye su contenido; cuando ese pacto se perfecciona, recién ahí se consuma el ilícito penal. Por otro lado, José Peco sostenía que en "...el auténtico cohecho hay una captación de la voluntad del funcionario público sobre la base de una dádiva que muestra por modo inequívoco el apetito descompuesto de codicia"[438].

El tipo dentro de sus características tiene dos supuestos, uno unilateral, por el cual el funcionario solo solicita un bien y otro bilateral

público, incluso más allá de sus atribuciones conferidas, así como la "obligación o inducción" efectuada sobre la persona sometida al ámbito de su actuación ilícita, teniéndose en cuenta que el dar y el prometer tienen como presupuestos típicos necesarios la existencia previa de un uso abusivo del cargo expresado en el obligar o inducir que operan o actúan sobre la voluntad de la víctima". El citado autor precisa que, "en el caso del primer elemento normativo, el *abuso del cargo* es conceptuado por la doctrina penal como un ejercicio arbitrario de la función pública, (...) comprendiendo varias formas, pero sólo cuando incide en la voluntad del sujeto pasivo, convirtiéndose en constreñimiento o inducción, constituye elemento esencial del delito de concusión" (Op. Cit., p. 365 citando a Bernal Pinzón y Riccio). Respecto a los medios comisivos *obligar* e *inducir*, estos elementos deben de reunir las condiciones de idoneidad y suficiencia "no bastando para tipificar el delito las simples declaraciones, consejos desprovistos de intencionalidad o indirectas de las que haga uso el sujeto activo. Se requiere, como dice Pagliaro, seriedad y eficacia de la coacción e inducción, (siendo) la calidad del sujeto activo y las circunstancias de vulnerabilidad que rodean a la víctima (los) referentes más usuales" (Op. Cit., p. 374).

[437] RODRÍGUEZ PUERTA, Mº José; *El Delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Madrid, 1999, Pág. 183.

[438] PECO, José; *"Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho"*, en: La Ley, 71, 1953, Buenos Aires, Pág. 845.

que exige que el sujeto activo acepte el bien ofrecido por otro. En resumidas cuentas es la declaración del funcionario de querer vender la función pública. Se tiene que considerar que en estos delitos mientras el cohecho pasivo precisa del cohecho activo, éste no precisa del primero, pues se concreta con el simple ofrecer esto en supuesto del aceptar. Y en la modalidad del cohecho pasivo del solicitar, éste precisa del cohecho activo, consumándose sin que el particular acepte la oferta de venta de la función pública.

En el cohecho siempre hay contractualidad, siempre hay dos partes, de las cuales una de ellas tiene que ser el funcionario público que "vende" la función pública; de esta co-delincuencia se desprende que si hay "cohecho pasivo", usualmente existirá "cohecho activo", pues para que alguien "acepte", (cohecho pasivo), tiene que haber alguien que ofrezca.

Una Ejecutoria Suprema señaló que el acuerdo de voluntades entre el funcionario y el agente corruptor consuma el cohecho sin ser necesario el cumplimiento de la dádiva[439]

---

[439] Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia A.V. N° 14-2001-Lima (Data 45 000) Denunciado: Máximo Agustín Mantilla Campos Agraviado: El Estado Asunto: Cohecho pasivo propio Fecha: 16 de mayo de 2003, señaló que: *"Se denunció a un alto funcionario público por haber acordado con otro ex funcionario en asesoría presidencial realizar actos que se traducían en una grave violación de sus obligaciones como Congresista de la República, esto es, que por los "tratos" o "acuerdos" que convino en realizar aceptó como donativo una suma dineraria. Este hecho se realizó luego de que el procesado acudiera espontáneamente a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional. Finalizado el juicio oral, se elevaron los autos a la Sala Suprema por el recurso de nulidad interpuesto por el procesado contra la sentencia condenatoria por el delito cohecho pasivo propio, por la parte civil en el extremo de la reparación civil otorgada. La Sala Suprema analiza el delito de corrupción de funcionarios-cohecho pasivo propio, definiéndolo como la aceptación hecha por un funcionario público, o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público. Y debe tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, que es un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo, el cual está dentro de su competencia funcional. Finalmente, es una de las características de dicho tipo penal la consumación solo*

Concretamente, en las conductas de corrupción que sanciona el Derecho penal se puede encontrar tres estadios de gradiente: primero el agasajo, los cortes presente y el fino obsequio, segundo encontramos las acciones donde ya el funcionario, en mérito a su autoridad, exige cobros injustos; y finalmente en orden de gravedad, las acciones de sobornar o corromper al magistrado o funcionario para que, contra justicia o derecho, haga o deje lo que se le pide[440].

2. SISTEMÁTICA LEGISLATIVA: EL CASO DE ARGENTINA Y PERÚ

En el Derecho penal argentino, los actos de corrupción de funcionarios son tratados sistemáticamente en el Capítulo VI del título undécimo, Libro Segundo del Código Penal. La Ley 25.188 (B.O. 1/11/99)

---

el acuerdo de voluntades, no siendo necesario con el cumplimiento del pago, de la promesa, ni la realización de\ acto indebido.
Valorados los hechos descritos en autos, la Sala determina de forma fehaciente la responsabilidad penal del alto funcionario público en el delito imputado, en base al reconocimiento que hace el propio encausado al prestar su declaración instructiva. Además, los hechos se hallaban plenamente acreditados con la captación de las imágenes de la ¡lícita reunión en las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional, las cuales aparecen registradas en los vídeos visualizados que se acompañaron al presente proceso, resultando evidente que el sentenciado en forma deliberada y consciente aceptó el mandato del agente corruptor para efectivizar un "acuerdo ¡legal", incurriendo de esta manera en la comisión del delito instruido. En contra de la imputación, el sentenciado alegó a su favor que la suma de dinero recibida en ningún momento sirvió para realizar u omitir actos propios en violación de sus obligaciones como congresista y menos aún para su beneficio personal. Además, que en ningún momento consideró que estaba incurriendo en delito por el hecho de asistir a una dependencia del Estado y menos recibir el apoyo de un funcionario público que tenía solvencia económica; y que el dinero recibido sirvió para promocionar la campaña política de su partido y la suya propia. La Sala Suprema considera desvirtuados los argumentos de defensa señalados con la propia declaración del funcionario en el acto oral, aunado ello a las declaraciones testimoniales formuladas por otros integrantes del partido político al que pertenecía. Así, estos declararon en forma coincidente que desconocían la procedencia de los fondos que el encausado dice haber utilizado en la campaña política de su partido. Por esas consideraciones la Sala Suprema declara no haber nulidad en la sentencia condenatoria por el delito instruido".

[440] MIKKELSEN - LÖTH, Jorge Federico; *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, 2001, Pág. 10.

-Ley de Ética de la Función Pública- modificó la rúbrica de este capítulo, que con antelación a ella se denominaba simplemente *Cohecho*, para pasar a titularse, con un alcance mucho más amplio (a causa de la reforma introducida por la ley, fundamentalmente por la incorporación del artículo 256 *bis*), *Cohecho y Tráfico de Influencia*[441]. La principal novedad que introduce la nueva legislación 25.188, es hacer extensiva el marco de punibilidad, antes exclusivamente reservado a los jueces, a los funcionarios del Ministerio Público. Con la reforma constitucional acontecido en 1994, mediante el art. 36 de la Constitución Nacional, párrafo quinto que a la letra dice: *"Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurre en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos"*.

La reforma se acentúa en el párrafo sexto de dicho artículo 36 al establecer que el Congreso sancionará una Ley sobre Ética Pública para el ejercicio de las funciones, con lo cual revela su preocupación de que se reglamente en todos sus aspectos la labor de los funcionarios y empleados públicos, para reducir la corrupción funcional. En fin, la reforma constitucional resultó de suma importancia no solamente para efectos de encontrar algún punto de apoyo "constitucional" en el siempre polémico delito de enriquecimiento ilícito, sino que también dicho artículo le es aplicable a determinados delitos contra la administración pública (relacionados fundamentalmente con la venalidad de los funcionarios públicos). En tal sentido, aquí estarían los supuestos típicos de cohecho y en los Capítulos VII, VIII, IX del Código penal argentino.

---

[441] Los tipos penales de tráfico de influencia se conocen desde el Derecho romano, concretamente cuando uno de sus amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante éste: Al descubrirlo el emperador, lo condenó a morir ahogado por el humo; de allí el nombre de "*venta de humo*". En términos tradicionales, se ha entendido al delito de tráfico de influencias como un negocio en el cual una de las partes se compromete con la otra, mediante pago, a influir sobre un funcionario público, en asuntos de su competencia, para obtener de éste algún beneficio a favor de quien paga la influencia. Es un acuerdo de voluntades sobre un servicio que promete el traficante y por el cual recibe dinero, dádiva o promesa remunerativa.

Por otro lado, los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano están sistemáticamente regulados en cuatro secciones. La primera: delitos cometidos por particulares; la segunda: delitos cometidos por funcionarios públicos, que en la sección IV se regula la "corrupción de funcionarios"; la tercera: delitos contra la administración de justicia. La cuarta y última contiene las disposiciones comunes referidas al concepto jurídico-penal de los funcionarios y servidores públicos aplicable a todo el capítulo XVIII.

Como es sabido, en el marco del Derecho peruano, los delitos de corrupción de funcionarios están inmersos dentro de un catálogo mucho más amplio que es el de los delitos contra la administración pública (Título XVIII). En tal sentido, se colige que necesariamente cualquier acto de corrupción tiene que estar en vinculación con la actividad estatal donde se desempeña el sujeto activo. Esto es, que todas las figuras delictivas situadas en el Título XVIII tienen como bien jurídico común la "correcta función pública", y más concretamente los principios esenciales a cada una de las actividades prestadas por el Estado, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. De manera que si se llegara a evidenciar un comportamiento en donde se vulnerará el principio de veracidad con la consiguiente imparcialidad que ésta genera para alguna de las partes involucradas, definitivamente se está causando un perjuicio en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas. La actividad administrativa que está al servicio de la sociedad en general no puede ser influenciada a través de bajos intereses lucrativos que están reñidos con la lealtad y la moral.

Ahora bien, ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito de corrupción de funcionarios públicos? Ante todo, debemos tener en consideración que la corrupción responde a una realidad criminógena peculiar y diferente a los delitos contra la administración pública. ¿Será verdaderamente el correcto funcionamiento de las instancias de la administración pública, o el principio de imparcialidad, lo que al final de cuentas le interesa proteger al legislador? En cuanto al delito de cohecho existe una postura jurisprudencial que indica que el bien jurídico-penal es la *moralidad* y corrección que debe imperar en la administración

pública[442]. Empero, lo que definitivamente en la infracción penal bajo estudio se castiga –fundamentalmente- es la venalidad del funcionario o servidor público, buscando proteger jurídico-penalmente el normal funcionamiento de la administración[443]. Esto proviene de aquellas con-

---

[442] En este sentido, véase: CNCCorr, sala I, 18-9-96, "W.C, y otro", LL 1998-F. 838, PJN Intranet, extraído de: DONNA, Edgardo Alberto (Dir), *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, 2004-I, Pág. 390

[443] SOLER, tomo 5, 1992, Pág. 207: "...resulta que el objeto tutelado por esta clase de infracciones es el funcionamiento normal y correcto de la administración, el cual es puesto en peligro por el solo hecho de la existencia de actos de corrupción". NÚÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo Quinto, Vol. II, Parte Especial, Córdoba, 1992, Pág. 97: "Todas las figuras de cohecho implican un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios públicos o a la incitación en el ejercicio de sus propias funciones, incluso para cumplirlas con arreglo a su deber legal". FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo VII, Buenos Aires, 1993, Pág. 290: "Específicamente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados. Lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo". LAJE ANAYA, Justo/ GAVIER, Enrique Alberto; *Notas al Código penal argentino*, tomo III, Parte Especial, Córdoba, 1996, Pág. 142: "Las disposiciones de este capítulo protegen la administración pública frente a los actos de corrupción venal de sus funcionarios y contra los comportamientos de los particulares que atentan contra la dignidad, normalidad y corrección de las conductas funcionales de sus integrantes". MOLINARIO, Alfredo J.; *Los delitos*, tomo III, (actualizado por Aguirre Obarrio), Buenos Aires, 1999, Pág. 354: "El bien jurídicamente protegido es la corrección e insospechabilidad de los funcionarios públicos y su decoro". DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, Santa Fe, 2000, Pág. 211, correctamente sostiene que: "De modo que se protege, además del normal funcionamiento de la administración, que los funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del Estado". ESTRELLA, Oscar Alberto /GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, tomo 3, Buenos aires, Pág 386. Por otro lado, GIL LAVEDRA, Ricardo; *"Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo"*, en: DP, N 15 a 20, Buenos Aires, 1982, Pág. 710 sostiene que el correcto desenvolvimiento de la función administrativa aparece mediatamente tutelado, dado que no es necesario que el acto prometido se lleve a cabo, y que bien puede tratarse de la conducta que legalmente corresponda. No es posible que acá se vea afectado la administración, lo que se protege directamente en los capítulos es la probidad del funcionario público en el ejercicio de su cargo. CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte Especial*. Tomo 2, Buenos Aires, 1997, Pág. 270 apunta que lo que se protege es "la venalidad, aun ejercida en relación con un acto

cepciones que entienden que el Estado es un fin en sí mismo y una afirmación de que él es un medio para el bienestar de los individuos.

3. CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL COHECHO Y LA LEY 28355

En el Derecho penal peruano, cabe destacar la modificatoria que introduce la Ley 28355 (04-octubre-2004) en diversos artículos del Código penal y legislación penal complementaria. En efecto, según el artículo primero de la citada Ley modifica diversos artículos del Código penal, específicamente a tres delitos: 1) Asociación ilícita, 2) Corrupción de funcionarios públicos (cohecho, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito) y 3) La Ley penal contra el Lavado de Activos. El legislador se ha mantenido fiel a la codificación de 1991 y no ha tenido en cuenta la incorporación como figura delictiva del soborno internacional, es decir, los casos por ejemplo, de soborno en las transacciones internacionales

---

que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento."
Así, también, entiende la jurisprudencia argentina: *"El bien que protege este artículo es la pureza de la función pública, por lo cual es indiferente la legalidad o ilegalidad del acto del funcionario, ya que lo que interesa es u competencia para realizarlo"*, Cám. 2 Crim, Mendoza, 6 de junio 1953, JA, 1953-IV Pág., 347.
Por otro lado, en cuento al tema de titularidad del bien jurídico protegido en este delito, que es importante para efectos de determinar hacia quien y a dónde va dirigido la reparación civil, la jurisprudencia peruana ha tomado posición al respecto. Así, en el Expediente Nro. 97-191601-JP-01-Loreto se anuncia: *"En el delito de corrupción de funcionarios, el titular del bien jurídico es el Estado, correspondiéndole a éste la reparación civil y no a las personas que integran los donativos al funcionario público, los que no pueden figurar como agraviados"* en: Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia, 4, Lima, Pág. 420. En tal línea de pensamiento, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, de fecha 29 de Marzo de 1996, se legisla en el artículo VI sobre supuestos de hecho de corrupción y beneficios ilícitos por razón del cargo (conductas, medios), así como de la autoría y participación (implícitamente se menciona la organización criminal), grados de desarrollo del delito, y un artículo ligado a este tema es el XII donde se prescribe que: *"Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado"*, se destaca, asimismo meros actos preparatorios y de peligro abstracto.

de negocios y otros (Convención interamericana contra la corrupción, art. VIII[444]).

En cuanto al delito de cohecho, la Ley 28355 respeta la clasificación tradicional, es decir, *cohecho pasivo,* (art. 393, art. 394, art. 395, y art. 396 del Código penal) constituido por la acción del funcionario o servidor público que recibe, acepta o solicita una ventaja o beneficio por la ejecución u omisión de un acto funcional. Por el otro lado, se conserva el *cohecho activo* (art. 397 y 398 del Código penal) integrado por la acción de un particular o hasta de un funcionario público que es el que ofrece, da, entrega, promete o corrompe a través de un medio corruptor que prevé la ley al funcionario o servidor público para obtener de él algún tipo de beneficio. En lo que aquí respecta –esto es al delito de cohecho-, considero conveniente y necesario realizar una valoración general del mismo poniendo énfasis en los aspectos novedosos de suma importancia:

- ***Reubicando y reformulando*** algunas figuras delictivas ya existentes: el art. 394-A –corrupción de funcionarios en programa de apoyo- a la sección de los delitos de abuso de autoridad, (ahora en el art. 376-A). La reubicación del cohecho activo genérico (ahora en el art. 397) diferenciándolo si es para un cohecho pasivo propio o impropio. Asimismo, la reubicación del cohecho activo específico (ahora en el art. 398) que a su vez puede diferenciarse: por la "*calidad del agente*": si es un agente común (párrafo primero) o si es un agente en calidad

[444] La Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, Artículo VIII Soborno transnacional, establece: "*Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores promesas o ventajas, a cambio de los que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que no hayan tipificado el delito de soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan*".

de abogado o perteneciente a un estudio de abogados (párrafo tercero); y por la "*calidad del receptor*" –siendo indiferente en este caso la calidad del agente- que a su vez puede estar agrupado, por una parte en Magistrados, Fiscales, Perito, Arbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo (párrafo primero) y por otra en secretarios, relatores, especialistas, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor e intérprete o análogo (párrafo segundo).

Por otro lado, la reformulación abarca la *creación* de tipo penales nuevos (aunque en realidad serían formas agravadas del cohecho pasivo): art. 393 "cohecho pasivo propio a petición del funcionario" en el párrafo segundo y el "cohecho pasivo propio condicionado" en el párrafo tercero; art. 394 "cohecho pasivo impropio a petición del funcionario" en el párrafo segundo.

- ***Derogando***: el art. 398-A y 398-B, "corrupción activa de magistrados y auxiliares por letrado" y la "inhabilitación del ejercicio de la abogacía" respectivamente. También entra aquí el art. 395 segunda parte. Es acertada la derogación porque la inhabilitación en el caso del art. 398-B resultaba un contrasentido, pues según el art. 36 del Código penal, se prevé que la inhabilitación se extiende por igual tiempo que la pena principal, y el último párrafo del art. 398-A (hoy derogado), decía que la inhabilitación tenía que ser puesto en conocimiento a la Corte Superior de Justicia y del fiscal Superior Decano para que proceda a *anular* el asiento de inscripción en el Libro de Registros, asimismo se disponía poner en conocimiento a la Universidad que otorgó el Título Profesional de Abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días, proceda a su *cancelación*. Se establecía una inhabilitación perpetúa, una especie de "pena de muerte en la profesión".
- Por último, en el ***marco de la punibilidad*** se pueden encontrar algunas modificaciones, siempre –lamentablemente- con el ob-

jetivo de *agravarlos*[445]: en el art. 393 antes de 3 a 6 años, ahora de 5 a 8 años más inhabilitación en el primer párrafo, de 6 a 8 años en el párrafo segundo, y de 8 a 10 años más inhabilitación en el párrafo tercero; en el art. 394 antes de 2 a 4 años, ahora de 4 a 6 años más inhabilitación en el párrafo primero, de 4 a 8 años más inhabilitación en el párrafo segundo, y de 5 a 8 años más inhabilitación en el párrafo tercero; en el art. 396 antes no menor de 4 años, ahora de 5 a 8 años más inhabilitación; en el art. 399 (hoy art. 397), antes 3 a 5 años, ahora de 4 a 6 años, en el primer párrafo y de 3 a 5 años en el segundo párrafo. Aunque también en forma mínima se ha tratado de *conservar* el marco punitivo: el art. 395 establece la misma penalidad: antes de 6 a 15 años más inhabilitación y multa, ahora también es de 6 a 15 años más inhabilitación y multa, con la creación de un nuevo marco penal en el segundo párrafo: 8 a 15 años más inhabilitación y multa.

[445] Aún cuando los demás delitos reformulados no sean objeto de nuestro análisis debe decirse:
El delito de negociación incompatible del cargo (ahora ubicado en el art. 399), en lo que respecta al supuesto típico se le ha agregado un elemento subjetivo específico: "*en provecho propio o de tercero*". También fue agravado el marco penal: antes era sólo de 2 a 5 años, actualmente es de 4 a 6 años más inhabilitación.
En el delito de tráfico de influencias (art. 400) se le agregan las siguientes frases: "*...o teniendo influencias...*" y "*...que ha de conocer*"; además se le agrega una circunstancia agravante en el segundo párrafo: "*Si el agente es un funcionario o servidor público...*". En ambos párrafos se agrava la pena.
En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito (art. 4. 1), este ha sufrido cambios sustanciales en la redacción típica. Ahora prescribe: "*El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente*"; además la novedad también está en que se le agrega en segundo párrafo: "*Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresa estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional...*" En ambos párrafos se agrava la pena.

3.1. Cohecho pasivo propio

El delito de cohecho pasivo propio reformulado está regulado en el art. 393[446] del Código Penal peruano. Veamos sus aspectos esenciales:

a) En el primer párrafo del art. 393 (tipo básico) se pueden desprender en cuanto a los elementos objetivos en una conducta *antecedente* y una *subsiguiente*. En la primera, los elementos son: 1.- Solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja y 2.- Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja. Lo "pasivo" del *nomen juris* está precisamente en la descripción de los verbos rectores, el funcionario público "acepta" o "recibe" que implica indudablemente una actitud receptora, nunca puede –para éste delito en particular- "exigir" ni "coaccionar" porque sino sd estaría entrando al terreno típico de la concusión (art. 382 CP). Recibir implica una efectiva dación, traspaso, o entrega de: donación, promesa cualquier otra ventaja o beneficio. Aceptar, en cambio, implica un pacto, *cerrar trato,* con alguna expectativa de recepción de algún medio corruptor, sea en forma verbal o por escrito, en forma explícita o implícita.

   En el cohecho pasivo el funcionario público se limita a recepcionar lo que el cohechante activo le da, o lo acepta simplemente. En estas circunstancias el funcionario público es literalmente "comprado" por el otro, autor de cohecho activo (art. 397 CP) Por definición, el cohecho pasivo supone un convenio, explícito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario o servidor público[447], y es lo que lo diferenciaría,

[446] Art. 393º *"El funcionario o servidor público que acepta o recibe 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.."..*

[447] Véase, en este sentido, DONNA, tomo III, 2000, Pág. 243 "La oferta debe surgir del tercero, no del funcionario público". Asimismo, el fallo de la Cám. Acusación Córdoba, 8/8(89, "Sosa, Ramón A", LLC, 1990-504: *"El cohecho pasivo es un delito de acción bilateral, supone una codelincuancia del funcionario con el tercero cohechante, un acuerdo, explícito o implícito,* ***propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario"*** (extraído de: ESTRELLA /GODOY LEMOS, tomo 3, 1996, Pág. 389).

por ejemplo de la concusión que las cosas transitan al revés: es el funcionario público el que pretende algo del tercero, que es quien, víctima de la intimidación, es el exigido para dar o prometer un bien o beneficio patrimonial.

Los medios corruptores para este delito pueden darse de muchas formas: "donaciones", "promesas" o cualquier otra "ventaja" o "beneficio"[448]. Las donaciones son la liberalidad de una persona que trasmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra que la acepta; la promesa es la expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa; una ventaja podía ser: al sueldo del funcionario "sobreañadirle" al común que gozan otros. En el Código penal argentino, en cambio, los medios corruptores son más específicos: "dinero", "promesa directa o indirectamente" o "cualquier otra dádiva". Cabe indicar que tanto los medios corruptores para que sean capaces de consumar formalmente el delito de cohecho tienen que tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora. Por consiguiente quedarán como tentativas inidóneas[449] todas aquellas conductas que teniendo significación en términos de donativos o similares

[448] En el delito de tráfico de influencias (art. 400 CP peruano) también se prevé los mismos medios corruptores: "*...donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio...*".

[449] Se presenta en dos casos:
a) Cuando es ineficaz absolutamente el **medio empleado**: un medio puede ser tanto los "instrumentos" como a la "conducta" del sujeto. Ej. Una persona quiere matar a otra, y creyendo que le pone veneno a la sopa, le pone azúcar. O quien pretende causar un aborto aplicando a la mujer inyecciones analgésicas en la creencia que son idóneas.
b) El otro caso, por la impropiedad absoluta del **objeto:** Ej. El autor dispara sobre la víctima, que está durmiendo en la cama, cuando en realidad ésta ya había fallecido. O la tentativa de aborto de una mujer no embarazada, o tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario.

En conclusión: el art. 17 del Código Penal peruano, no castiga esta clase de tentativa en función a que los actos ejecutivos *no crean peligro alguno* para el bien jurídico protegido, puesto que siendo *inidóneos* estos actos, la posibilidad del riesgo queda descartada desde principio.

no tengan relación de causalidad con el acto violatorio de su función. En cuanto a los medios corruptores, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública de Argentina, menciona textualmente como regla general: (art. 18) "*Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere*".

En cuanto a la modalidad subsiguiente del cohecho pasivo – una vez que el funcionario o servidor público haya aceptado o recibido cualquiera de los medios corruptores que prevé el tipo penal- ésta tendrá una finalidad específica: 1.- Para hacer (acción) u omitir (omisión simple) una actividad que es propia de su función "infringiendo su deber funcional" que es lo que lo va a diferenciar del cohecho pasivo impropio, o 2.- Acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes funcionales.

En la primera finalidad, el acto ha de ser futuro ("*...**para** hacer u omitir...*"), no interesando para efectos consumativos que se cumpla tal finalidad. Al respecto, Soler señala, que debe existir un "...trato anterior al acto y entre aquel y el mismo debe mediar una relación de carácter interno, psicológico: el pago o la promesa han de ser recibido *para*, es decir, en consideración a una conducta futura del funcionario"[450]. En la segunda finalidad, en cambio, el agente público ha debido ejecutar el acto infringiendo sus obligaciones funcionales. En otros términos se trata de los casos de "pago posterior al cumplimiento del acto". Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si un funcionario pú-

[450] SOLER, tomo 5, 1992, Pág. 211.

blico no interviene en un asunto y acepta o recibe una merced corruptiva para recomendar ese mismo asunto al colega que entiende de él, cometerá otra infracción penal (delito de tráfico de influencias), pero no cohecho pasivo. Asimismo, si el funcionario carece de facultades o competencia y aún así acepta o recibe una merced corruptiva, la conducta puede desplazarse al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) o a la estafa (art. 196). Este razonamiento se debe a que la misma ley lo precisa: art. 393 "... *un acto en violación* ***de sus*** *obligaciones (...) a consecuencia de haber faltado* ***a ellas***...", párrafo primero y segundo. En suma, la infracción a las obligaciones debe producirse a un acto determinado relativo a las funciones y facultades del agente público, que es precisamente el factor motivante para la iniciación de las maniobras corruptivas por parte del cohechante activo.

b) Lo más relevante del segundo párrafo del art. 393, producido a través de la reforma, es que el funcionario o servidor público *solicita* la oferta corruptora en forma indirecta o indirecta (delito de cohecho pasivo propio a pedido del funcionario). Solicitar significa "pretender, pedir o buscar una cosa con diligencia y cuidado" o "pedir una cosa de manera respetuosa"[451]. En principio, la acción de "solicitar" estaba anteriormente en la fórmula originaria, pero adicionado –con el mismo marco penal- al verbo "aceptar". Ahora se ubica como una circunstancia agravante –por mayor *disvalor* de la acción- del tipo básico del art. 393 (la pena resulta superior –ahora- al tipo básico, que es no menor de 6 ni mayor de 8 años más inhabilitación). El texto modificado admite –correctamente- que las conductas peticionarias sobornantes que realiza el funcionario público resulta ser más reprochable ético-socialmente que simplemente recibir o aceptar algún medio corruptor. Habíamos dicho que los verbos "recibir" y "aceptar" pueden ser realizadas en forma directa o

[451] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, tomo 2, Madrid, 1992, Pág. 1899.

por persona interpuesta. Aquí, en cambio, la solicitud implica una actitud personal por parte de quien lo hace. En esta parte el legislador ha empleado unos términos lo suficientemente firmes como para que se respete de forma obligada su lenguaje (por ejemplo: *solicitar directamente)*, pero, al mismo tiempo, utiliza expresiones flexibles como para que se pueda determinar su contenido y esencia en forma plural. Aquí entraría lo que el legislador peruano ha incorporado en el segundo párrafo: "... *solicita, directa o* ***indirectamente...***".[452] Esta última expresión puede interpretarse de dos maneras: puede admitirse "terceras personas" –particulares o funcionarios- en la ejecución del ilícito, o puede admitirse "solicitudes incubiertas" pero buscando la finalidad de que el cohechante activo haga la oferta –ofrecer, dar o prometer- corruptora. La primera interpretación resultará innecesaria a la luz del principio de economía legislativa, pues se entiende que, aún existiendo personas ajenas al "pacto venal" pero que colaboran o auxilian en la ejecución típica, estarían abarcadas por las reglas de la autoría y participación criminal.

En cuanto a la segunda interpretación habrá que decir, en principio, que cuando el funcionario público formula la propuesta nos apartamos del cohecho. Sin embargo puede existir la posibilidad de ciertas actividades facilitadoras del funcionario, previa a la formulación concreta de la propuesta corruptora por parte del cohechante activo. Estas actividades facilitadoras o solicitudes indirectas para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones es denomina, según la doctrina y jurispru-

[452] En este punto, se ha seguido en líneas generales, la redacción de la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción. Así, el art. VI, actos de corrupción, se establece: *"1) La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a)* ***El requerimiento*** *o la aceptación, directa o* ***indirectamente,*** *por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas..."*

dencia argentina, como "puente de plata". "Bajo este concepto –según Rimondi- quedarán comprendidas las insinuaciones o sugestiones más o menos hábiles o encubiertas, silencios y gestos sugerentes que pueda hacer el funcionario público para que la oferta corruptiva sea efectuada por el particular. Es decir que, dentro de la figura del cohecho, quedarán también atrapados los casos en lo que, previo a la propuesta del corruptor, el funcionario público tiende un "puente" de unión con éste, dejando de lado formalidades propias de su labor, acortando la distancia entre ambos para facilitar la conducta posterior de su interlocutor"[453].

Se trataría, entonces, de actos preparatorios de mera expectativa realizado por el funcionario, destinada a que la otra parte inicie la ejecución del cohecho (activo). En ese sentido, lo que sanciona el legislador peruano es que la solicitud corruptora la comience el funcionario o servidor público, no importando cómo la haga –directa o indirecta, explícita o implícita-. Entonces la pregunta que surge sería: ¿habrá cohecho pasivo una vez que el funcionario hizo la solicitud y el otro no efectiviza la contra-propuesta de ofrecer, dar o prometer? La respuesta es positiva. Entonces, en el Código penal peruano puede existir cohecho pasivo (propio, impropio, y específico), sin que exista la calificación de cohecho activo.

El hecho de que el funcionario público inicie las maniobras corruptivas, a través de la solicitud o pedido –que podría entenderse una actitud "activa"-, no le quita el calificado de "pasivo" en el

[453] Véase, en este sentido: RIMONDI, Jorge Luis; "*La doctrina del "puente de plata" en el cohecho*", en: La Ley, Buenos Aires, 1999-B, Pág. 309. Este autor (Pág. 308), sumamente crítico en la doctrina que afirma que en el cohecho la propuesta corruptora debe surgir siempre del particular: "La autoridad pública que detenta el funcionario *"per se"* lo coloca en una situación de prevalencia frente al particular. De tal modo, de surgir del primero la iniciativa de acuerdo, la voluntad del segundo se encontraría viciada por el dominio de la situación del funcionario público".

delito de cohecho, pues aquel se caracteriza por la capacidad en la *recepción* de los objetos materiales corruptores: el funcionario público no podrá (auto) recibir ni (auto) aceptar –por más que lo haya pedido directamente- donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio si no existe *el otro* que lo haga realidad. En suma, se trata de un pedido, solicitud o sugerencia *para dejarse* corromper. Lo que sí la solicitud (pasiva del funcionario) no debe transforme progresivamente en una "exigencia", "obligación", porque de ser así caería bajo uno de los verbos rectores de la concusión y entraríamos a una relación concursal[454].

La incorporación típica de la "solicitud" como forma agravada del cohecho pasivo trae consigo una incongruencia sistemática insalvable, porque como se ha dicho, el cohecho y la concusión –siendo ésta por tradición más grave- tienen puntos obviamente diferentes en cuanto al supuesto de hecho, pero ahora, al elevarse la pena del delito de cohecho a petición del funcionario resulta casi idéntica la penalidad en estas figuras (art. 382 no menor de 2 ni mayor de 8 años y el art. 393 –párrafo segundo- no menor de 6 ni mayor de 8 años y el art. 394 –párrafo segundo- no menor de 5 ni mayor a 8 años). Resultaría, entonces, lo mismo –a efectos penológicos- "pedir" que "exigir" por parte del sujeto activo algún tipo de beneficio económico.

c) Finalmente en el art. 393 –tercer párrafo- del CP, y sin duda lo más destacable de la modificatoria legal es la incorporación de la figura del "cohecho pasivo propio condicionante o condiciona-

[454] Así, lo ha entendido la jurisprudencia argentina: "*El nombre de esta figura no solamente proviene de la consideración del sujeto del delito (el corrupto), sino de que la acción de éste consiste generalmente en una actitud pasiva: cuando el funcionario sale de esa actitud para entrar a requerir, imponer o procurar el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión, e inclusive para ciertos autores este detalle muestra una línea divisoria entre ambas infracciones*" CNCas. Pen, sala IV, 29-8-2000, "V.C.E s/Recurso de casación", c 1626, PJN Intranet, extraído: Donna, Edgardo Alberto (Dir.) Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública, 2004-I, Buenos Aires, Pág. 391.

do". Esto es, que el funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional, que puede ser acciones u omisiones, derivada precisamente del cargo o empleo que desempeña a la *entrega o promesa* de algún medio corruptor. Esto sería lo que ordinariamente se conoce como "me pagas y luego actúo". Definitivamente, constituye una agravante del cohecho pasivo simple no por la calidad del agente sino por la forma que adquiere la solicitud del funcionario para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Aquí necesariamente el cohechante activo tendrá que realizar materialmente –por la exigencia típica- la entrega o simplemente prometerle algún medio corruptor. Nótese que aquí los medios corruptores resultan ser más restrictivos: sólo donativo o ventaja. Esta figura delictiva nuevamente produce una zona gris entre el cohecho pasivo y la concusión (implícita).

(Art. 393°): *El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad* ***no menor de tres ni mayor de seis años.***"

La fuente extranjera al que se remite el legislador nacional es la Suiza, el artículo 279° C.P., federal de 1918, que manteniendo la descripción del Art. 349° del C.P., de 1924.

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 15), en el punto de Soborno de funcionarios públicos nacionales, señala expresamente:

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

El tipo solicita la calidad de funcionario público, para el sujeto activo y a decir de Manuel Abanto no puede ser sujeto pasivo cualquier funcionario público sino sólo aquel que actúa en el ámbito de sus propias funciones[455].

El verbo rector del tipo es solicitar o aceptar, estos para ser considerados como modalidad de cohecho tienen que ir acompañado de un ofrecimiento de venta de la función pública[456]. Por lo cual será solicitar será requerir que consistirá en solicitar y aceptar, esta deber ser expresa y directa, no tiene que haber engaño.

El acto tiene que estar ubicado en un tiempo, esta será la ventaja que el funcionario solicita y acepta como contraprestación de un acto ilícito futuro o incluso pasado (cohecho antecedente y subsiguiente).

El tipo penal establece que el pago se realiza **para** practicar un **acto propio de su cargo**, que se entiende como el que por Ley, mandato o delegación legal y superior le compete al agente en el desarrollo de su rol funcional dentro del marco general de la administración pública[457]. Es decir con esto lo que se quiere decir es que en toda sociedad organizada las instituciones que forman parte de un Estado desempeñan un rol o una función pero esto no se hace de cualquier modo o forma, sino que estas están reguladas por normas que la circunscriben de ahí que el hecho de informar de lo que ocurre dentro de una bancada congresal de ninguna manera pueda ser catalogada como función de una congresista, menos de una congresista electa, Es por todos conocido que el Derecho Penal solo interviene como ***última ratio*** esto cuando las otras

[455] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. p, 375.

[456] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. p, 378.

[457] Rojas Vargas, Fidel; Ob. Cit. p. 486, en esta el autor cita una Ejecutoria Superior de fecha 11 de junio de 1998, (Sala de Apelaciones con Reos Libres de Lima) un caso de cohecho pasivo impropio consistente en haberle dado dinero el particular a la secretaria de un Juzgado para efectos de practicar una inspección ocular. Proceso que finalmente quedó sólo a las puertas del Poder Judicial por haberse confirmado la Resolución que declara no ha lugar a la instrucción, al no haber podido la denunciante individualizar al destinatario de la dádiva.

formas de control social han fracasado y esto se hace cuando se pone en peligro o se afecte un bien jurídico.

3.2. Cohecho pasivo impropio

El delito de cohecho pasivo impropio está regulado en el art. 394[458] del Código penal peruano, y lo que se reprime es la conducta del funcionario o servidor público que si bien está acorde con el ejercicio de su función, es decir no está prohibido su actuación, el origen de tal comportamiento está en una actitud forzada anteladamente por un factor corruptor que le propinó un particular o hasta otro funcionario. La impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta sus obligaciones fencionales, es decir, la realización de la acción u omisión se produce dentro del marco legal y reglamentario. Es más, no interesa finalmente que el funcionario o servidor público haga o deje de hacer de acuerdo a su competencia. Este delito requiere definitivamente –como en el anterior- de un trato previo. Alcanzará con la aceptación de una promesa o con la recepción por ejemplo del dinero u otra dádiva encaminada a los objetivos establecidos en la ley. En otras palabras, se trata que los objetos corruptores: donativo, promesa o cualquier otra ventaja envilezca y desprestigie la función pública.

Se destaca, asimismo, en el segundo párrafo del art. 394 la figura del cohecho pasivo impropio a petición del funcionario, entonces vale lo dicho anteriormente. Por otro lado, en el Derecho argentino, el cohecho pasivo del art. 256[459] del Código penal no diferencia entre la

---

[458] Art. 394: "*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..... El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado....*

[459] *Art. 256.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones*".

propiedad e impropiedad de la obligación funcional, de manera que la calidad de legal o ilegal del acto resulta indiferente. Igualmente la Convención del 26 de mayo de 1997 relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, al definir la corrupción pasiva en el artículo 2 dice que se da cuando "... *un funcionario público, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto de su función o un acto en el ejercicio de su función*".

3.3. Cohecho pasivo específico

Se encuentra tipificada en el art. 395[460] -primer párrafo- del Código penal existiendo una delimitación del ámbito de la autoría que es casi exclusiva: Magistrados, Fiscales (éstos comprenden a todas las instancias) Peritos, Miembros del Tribunal Administrativo y el tipo comprende también otros sujetos activos dentro del marco de la interpretación analógica. Como puede apreciarse la calidad especial del sujeto activo está enfocada aquellos que tienen conocimiento (funcional y territorial) y facultad para resolver determinadas situaciones confrontacionales, y se soslaya, por ejemplo, a otros tipos de funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública. En este contexto, ¿Será más grave el cohecho del Juez que el del Presidente de la República, Ministro o el de un Congresista?

---

[460] *Art. 395. "El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia....*
El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directamente o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento.....

Puede decirse que estos altos funcionarios encontrarían tipificación en el cohecho pasivo del art. 393, por lo de "funcionario público" pero la pena resulta ínfima: en el primer supuesto, es no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación. En cambio, en el cohecho pasivo específico (art. 395) que es donde debería estar el cohecho del Presidente, Ministro, etc. –y porque sería mucho más grave- la pena es no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación. Definitivamente, no resulta proporcional la pena del cohecho pasivo "genérico" aún el supuesto típico más grave (art. 393 –tercer párrafo) para los "altos funcionarios".

La conducta típica está circunscrita, en el segundo párrafo, a que el funcionario (específico) *solicite* los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador la prevé, como en todas las anteriores, como una circunstancia agravante. Sin embargo, en el art. 395 CP –primer y segundo párrafo- se destaca que la aceptación o recibimiento de los medios corruptores pueden darse "*bajo cualquier modalidad*".

Se hubiera preferido quizá una tipificación integral del artículo 396[461] -corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales- con el artículo 395 que venimos comentando en razón de que ambos responden a una misma finalidad política criminal: "cautelar los niveles de parcialidad en el ámbito de la administración de justicia". En todo caso, el legislador ha creído conveniente que por razones de organización, estructura y jerarquía judicial, en uno existe un mayor *disvalor* del injusto penal expresado en su condición de sujetos que conocen y están facultados para administrar justicia, y de otro lado, un menor *disvalor* del injusto expresado en su condición de sujetos que prestan apoyo o auxilio a la función jurisdiccional, cuando en realidad son los secretarios judiciales los que por su cercanía y proximidad a los litigantes, cometen inescrupulosamente malos actos, en términos de estadísticas "ocultas", en contra de su función pública. En este sentido, en el Derecho argentino también

[461] *Art. 396. - "Si en el caso del artículo 395º, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a las anteriores.....*

se contempla el cohecho pasivo específico agravado por la calidad del agente receptor en el art. 257 del Código penal[462].

IV. EL DELITO DE COHECHO COMO FORMA DE "ENCUENTRO" EN LOS TIPOS PLURIPERSONALES

En existe una "codelincuencia" necesaria entre el funcionario y el otro que a practicado el cohecho activo. Especialmente complicada es la participación, ya que no se ha previsto una figura específica para los demás intervinientes o intermediarios (los llamados terceros ajenos), en este caso, el tercero ajeno "que colabore con el funcionario" (generalmente son otros funcionarios en competencia funcionarial) puede ser considerado "partícipe" de cohecho pasivo, dada la interpretación basada en la perspectiva del bien jurídico y de la lesividad de las conducta típicas, si el cohecho pasivo se reprocha al funcionario la "venta" de la función pública, todos los que colaboren con esta "venta" deben ser autores o cómplices, según su aporte.

El cohecho pasivo, que es un delito de acción bilateral, supone una codelincuencia del funcionario con el tercero cohechante, un acuerdo, explicito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario. Para que el funcionario incurra en cohecho, es indispensable que el particular cometa el delito de darle y ofrecerle una dádiva. Al respecto, invocamos la posición que unívocamente asume la doctrina y jurisprudencia argentina en relación a la llamada codelincuencia necesaria del delito de Cohecho, la misma que plasmamos en las siguientes citas: «...la codelincuencia necesaria.- el delito de cohecho pasivo es de codelincuencia bilateral y necesaria. Para que exista tiene que haber un cohechante activo.

[462] *Art. 257 Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia".*

En otras palabras: para que alguien haya vendido, alguien ha querido comprar...» Breglia Arias señala que «...es que el perfeccionamiento en el cohecho pasivo se logra con la aceptación o recepción, y esto exige dos personas...»[463]; por su parte Buompadre apunta que «A diferencia de las exacciones ilegales, debemos puntualizar que el cohecho pasivo es un delito de acción bilateral, de modo tal que la receptación por parte del sujeto activo forma parte de un convenio o pacto venal entre el cohechante y el funcionario»[464].

La doctrina ha clasificado en cuanto a los sujetos activos se refieren en: tipos unipersonales y tipos pluripersonales. En los primeros creo que no habrá mayores problemas ya que constituyen la mayoría de los tipos de la Parte Especial, es decir, aquellos que para la consumación se necesita de la intervención de un solo sujeto un activo que lleva adelante la conducta típica. En cambio los segundos –tipos pluripersonales- sí merecen especial consideración. Sus características generales son: a) varias conductas que componen el tipo penal; b) la estructura típica necesita de la intervención de dos o más personas; c) que dichas conductas formen parte del total del acontecer lesivo descrito en el tipo penal; d) que se trate de una única figura delictiva y de un mismo bien jurídico protegido (único delito); e) el reproche tendrá que ser personal, de manera que no tienen por qué correr idéntica suerte los demás intervinientes.

A los tipos pluripersonales también se le suele llamar "participación necesaria" o simplemente "codelincuencia". La expresión participación necesaria no es del todo exacta, porque puede tratarse en el caso concreto de una coautoría y porque la cooperación en cualquiera de sus formas con otra persona no precisa haber alcanzado el grado de participación criminal[465]. También no faltan autores que piensan que existen

---

[463] BREGLIA ARIAS, Omar; *Código Penal y Leyes complementarias*, Buenos Aires, 2003, Pág. 632 y 633.

[464] BUOMPADRE, Jorge E.; *Delitos contra la Administración de Pública*, Corrientes, 2001, Pág. 186.

[465] En igual sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho penal. Parte General. Volumen Segundo*. Traducción y notas de Derecho español por Mir

tipos en que se requiere necesariamente la intervención de sujetos que actúan como partícipes necesarios y, sin embargo, son impunes, junto a otros cuya intervención también es necesaria, pero que pueden ser tanto autores como víctimas (Vg. art. 97 Código penal argentino)[466]. Por otro lado, la expresión codelincuencia tampoco resulta conveniente ya que tiende más a comprender una terminología de la escuela positivista desprovista del verdadero alcance que debe tener.

A mi entender, la mejor expresión es la de tipos *pluripersonales* y a su vez éstas pueden ser de dos maneras: delitos de "convergencia" y delitos de "encuentro". En los primeros, las conductas se dirigen unilateralmente a un mismo fin, por Ej. las asociaciones ilícitas. En los delitos de convergencia en virtud de la ley penal todos los intervinientes en la ejecución del hecho punible serán considerados como autores directos, coautores, según el grado de su intervención. Cabe resaltar que en estos delitos no se plantea el verdadero inconveniente de la intervención pluripersonal.

Donde sí habrá que tener especial interés es en los delitos de encuentro, que existe cuando hay varias acciones que son coincidentes con la dirección volitiva, ya que esas coincidencias se impelen recíprocamente entre sí, de tal manera que el "encuentro" produce el efecto consumativo del respectivo tipo penal. En los delitos de encuentro las conductas se cruzan, dando lugar de este modo a la tipicidad, en forma tal que es necesario determinar en muchos casos cuál es el papel que juegan los distintos protagonistas. Estos delitos se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo *colabore* con el sujeto activo para llevar adelante

---

Pug y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, Pág. 969. STRATENWERTH, Gunther; *Derecho Penal. Parte General. El Hecho Punible. I,* Traducción de Gladys Nancy Romero de la 2da. Edición (1976), Buenos Aires, 1999, Pág. 282. En la doctrina argentina: BREGLIA ARIAS, Omar/ GAUNA, Omar R.; *Código Penal y Leyes Complementarias*, 2, Buenos Aires, 2001, Pág. 632, sostienen que el cohecho se trata de una codelincuencia necesaria.

[466] Así, en este sentido: ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, Pág. 762.

las exigencias típicas, por Ej. el delito de cohecho pasivo[467], porque para que exista como tal tiene que haber un cohechante activo, más allá de que resulte o no punible con arreglo a las demás categorías dogmáticas del delito; otro delito sería el de bigamia, entre otros.

En el Derecho alemán, los delitos de encuentro se refieren a los supuestos del favorecimiento de acciones sexuales de menores (parágrafo 180 del Código penal), donde la ley únicamente señala pena, en preceptos particulares para determinados intervinientes, mientras que deja a los demás impunes. En tales casos lo problemático en si de la esencia de la participación o del sentido del correspondiente precepto penal se deduce que el interviniente necesario tampoco pueda ser castigado por inducción o por complicidad aunque desborde el papel que le atribuye el tipo de que se trate.

En esta línea de pensamiento, Jakobs comentando los pormenores de los delitos de encuentro, distingue varias modalidades: por un lado, en algunos delitos sólo la interacción de varias personas de distinta trascendencia social hace posible un comportamiento delictivo frente al interviniente situado en posición de inferioridad. Por otro lado, distingue en la medida en que los partícipes son del mismo rango, en la cual habrá que distinguir de nuevo varias modalidades: cuando se trata de la prohibición de lesionar a otro incluso a pesar de la colaboración del lesionado; determinadas personas no pueden ser autores de un delito; si el motivo no excluye la responsabilidad por autoría es válido también para la responsabilidad del partícipe, también la participación es impune; entre otros[468].

---

[467] En contra, para el Derecho argentino: DONNA, tomo III, 2000, Pág. 214, quien sostiene que el delito de cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo. LAJE ANAYA / GAVIER, tomo III, 1996, Pág. 144, indican que la recepción o la `ceptación de la promesa por parte del funcionario, es *subjetivamente convergente* con el fin perseguido por el autor del cohecho activo. Existen autores que explican que se trata de un delito bilateral. Así, SOLER, tomo 5, 1992, Pág. 207. NÚÑEZ, tomo V, II, 1992, Pág. 98.

[468] JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 1997, Pág. 840 y ss.

La jurisprudencia alemana propugna la punibilidad del interviniente necesario, cuando el mismo induce al hecho a la otra parte o le ayude en una "forma que sobrepase su papel"[469]. Es decir, según el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana: a) Si la intervención del sujeto pasivo *no sobrepasa* la participación que requiere el tipo, permanece impune la conducta; b) Si el sujeto pasivo *sobrepasa* la intervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma innecesaria, su conducta debe castigarse. En España, Mir Puig se aparta de este planteamiento y sostiene que si el sujeto pasivo constituye siempre el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar *en todo caso impune*[470].

V. LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO EN EL CONTEXTO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Hemos visto las dificultades que plantean la intervención de un sujeto o varios sujetos cuando la estructura típica necesariamente exige tal "colaboración" para la respectiva consumación. Ahora nos enfrentamos con el siguiente inconveniente: cuando todas esas intervenciones se realizan en un contexto donde existe una estructura jerarquizada, con férreas normas de funcionamiento interno, donde el poder decisorio recae en su cúpula, que tiene además una multitud de medios y sujetos dispuestos para llevar a cabo sus fines no necesariamente lícitos, sino que lindan con lo delictivo, cumpliendo simplemente las ordenes dictadas desde arriba.

Sabido es que la distinción entre autoría y participación se complica gravemente cuando el delito es cometido ya no por varias personas cada uno con distinto grado de intervención en su realización delictiva, sino que esas mismas personas son integrantes de grupos u organizaciones en cuyo seno se han diseñado planes conjuntos o han decidido la reali-

[469] JESCHECK, Volumen 2, 1981, Pág. 969.

[470] MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, Pág. 208 (las cursivas son del texto original).

zación de acciones delictivas. En consecuencia la palabra "organización" resulta esencial en toda definición del llamado crimen organizado[471]. Empero, organización no significa necesariamente cierta ordenación jerárquica de sus integrantes, ni una clara delimitación de funciones y competencia interna en un esquema rigurosamente estructurado. Es decir, puede darse el caso que dichas normas y estructura organizativa no sean tan rígidas, sino que existe, más o menos, un grupo de individuos que se juntaron sobre la base de un reparto de roles y tareas, y que se elija a uno de ellos como su jefe o cerebro de grupo, seguramente por su capacidad y destreza técnica, con lo cual se plantea el discutido tema del "jefe de la banda" y su responsabilidad jurídico-penal en hechos ilícitos que cometan sus subordinados. Debe quedar fuera de la concepción de "criminalidad organizada" el concepto de "banda" que sería un grado menos en la organización.

Las Conclusiones del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, en el listado de delitos figuran diecinueve modalidades de la delincuencia organizada, entre ellos figura el soborno y cohecho de funcionarios público, soborno y cohecho de funcionarios de partidos políticos y soborno y cohecho de representante elegidos[472]. Existe, entonces, una criminalidad organizada para realizar delitos de cohecho, o mejor, asociaciones ilícitas para el soborno. En este sentido, en el contexto peruano la mencionada Ley 28355 también modificada la redacción del delito de asociación ilícita (art. 317 del Código penal) sancionando ahora al que "*...forma parte de una **organización**...*", cuando antes sólo se mencionaba el hecho de "*... ser miembro de la agrupación*".

---

[471] Es innegable el parentesco que existe entre las nociones próximas de delito de cuello blanco, económico o corporativo con el crimen organizado. Este parentesco ya estaba en el pensamiento de su fundador, Edwin SUTHERLAND, quien había señalado que, en el fondo, delito de cuello blanco siempre era crimen organizado (Así, VIRGOLINI, 2004, Pág. 187).

[472] En este sentido: BAIGÚN, David; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Buenos Aires, 2000, Pág. 12.

Siguiendo en el Derecho peruano, cobra relevancia la temática de la criminalidad organizada en el ámbito funcionarial, pues la aplicación de algunas de las "Leyes anticorrupción" tienen como presupuesto la existencia, precisamente de una criminalidad organizada que se gestan "desde el Estado", por parte de sus integrantes (sobre todo la legislación anticorrupción apunta aquellos funcionarios públicos que tienen la prerrogativa de acusación constitucional). En tal orden de ideas, por ejemplo, la Ley 27378 lleva como título *"Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la* ***criminalidad organizada****"*. Asimismo, el art. 1 de la referida Ley tiene su ámbito de aplicación en la medida que sean: "*1) Perpetrados por una pluralidad de personas o por* ***organizaciones criminales,*** *siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o* ***hayan intervenido funcionarios o servidores públicos*** *o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos*". En otro contexto, la Ley 27379 establece que las medidas limitativas previstas en la Ley podrán dictarse, entre otros casos: (art. 1 numeral 1) a delitos perpetrados "*...por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o* ***hayan intervenido funcionarios o servidores públicos...****"*. Reitera la misma Ley (art. 1 numeral 2) que "*...siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una* ***organización criminalidad****"*.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El sistema de tipificación en el delito de cohecho llevado a cabo tanto en Argentina como en el Perú está pensado en modelos que ya no responden a tiempos actuales, esto es, que los funcionarios y servidores públicos eran fundamentalmente catalogados como honestos, que nunca podría dudarse de su honestidad, y que los particulares eran los verdaderos corruptos dentro de la administración pública y quienes, en definitiva, impulsaban al acometimiento ilícito de la "coima". Así, el empeño de algún sector doctrinal de seguir sosteniendo como regla general que en el cohecho como acuerdo vanal, debe necesariamente surgir de la iniciativa del particular corruptor, parece –actualmente- colapsar. Por tal motivo, el esquema de análisis del cohecho en los textos penales

responden a una dualidad de *nomen juris* desfasada: "activamente" al particular (quien lleva adelante la conducta corruptora) y "pasivamente" al funcionario o servidor público (que es quien se deja corromper). Pero esta realidad ha cambiado, y ahora en muchas ocasiones, es el mismo funcionario público quien toma la iniciativa y solicita directamente algún medio corruptor previsto por la ley.

La criminalidad organizada es todavía una grave asignatura que casi todos los Estados aún tienen pendientes, que debe ser resuelto a través de un género cuadro de medidas para hacer frente a dicho fenómeno social y criminógeno. La criminalidad organizada es en el fondo un concepto criminológico, que abarcaría desde las manifestaciones mafiosas tradicionales a modernas formas de criminalidad características de la sociedad de riesgos: la criminalidad medioambiental, la economía financiera, o incluso el fenómeno de la corrupción. En tal virtud, en la criminalidad organizada pueden cometerse hechos punibles que tengan como objetivo afectar intereses de la administración pública. En consecuencia, actualmente los actos de corrupción no se producen, generalmente, en virtud de partes individuales, sino en virtud de "partes organizacionales" (empresas y organismos públicos), donde lo "activo" y "pasivo" de la realización típica del cohecho responden a intereses de grupos. En todo caso, habría que hacer la distinción entre un "acto" o un "caso" de corrupción que en líneas generales resulta compatible con la redacción del modelo penal de definir actos individuales, con la de "sistemas" de corrupción.

Hay una diferencia social y política fundamental entre los delitos vinculados con la corrupción y la comisión de algunos delitos convencionales, como el homicidio. En este caso, salvo situaciones excepcionales, no es habitual que los habitantes de una sociedad maten a otros. El Estado previene esa violencia y finalmente las agencias de control formal se ocupan de detectar y en su oportunidad de sancionarlos. En el fenómeno de la corrupción el punto de vista gira en torno diferente, por que las conductas que tienen como objetivo sobornar (a funcionario público) tienen como característica la habitualidad y son, muchas veces, tolerados socialmente que otros delitos.

La autoría y la participación en el seno de organizaciones (como en el caso Eichmann) sin lugar a dudas, trae a colación la figura de "autores de detrás del autor" (autor mediato con ejecutor directo doloso, o mejor dicho: "arriba del autor"). En otras palabras, unos de los problemas que debe enfrentar la autoría mediata en estructuras jerárquicas, es cuando el instrumento humano –el subordinado- obra consciente y voluntariamente en el hecho criminal. Esto nos lleva a la temática, aún no resuelta en la doctrina con claridad, del denominado "instrumento doloso" *(doloses werkzend)*[473]. Como bien señala Rodríguez Mourullo, una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto de autor mediato y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediata[474]. Pues el recurso de la autoría mediata acabaría sustituyendo la responsabilidad individual por una difusa responsabilidad colectiva.

---

[473] En el instrumento doloso se distinguen dos situaciones:

a) Si el ejecutor directo actúa con la voluntad requerida por el dolo pero sin la especial intención o elemento subjetivo distinto del dolo o del injusto que requiere el tipo penal (***"instrumento doloso sin intención"***). Son razones subjetivas que lo impiden Para suplir esto, se propuso considerar autor mediato al instigador y cómplice al ejecutor inmediato.

b) Si el ejecutor directo, actúa con pleno conocimiento, pero no concurre la cualidad personal que el tipo exige para ser autor idóneo (***"instrumento doloso no cualificado"***). Son razones objetivas. A su vez cabe distinguir dos casos: posible autoría mediata del sujeto no cualificado (*extranues*), que se sirve de un cualificado (*intraneus*) para realizar un delito especial y posible autoría mediata del *intraneus* que se sirve del *extraneus* para realizar el delito. En el primer caso, se parte de la premisa que los delitos especiales no pueden ser cometidos por cualquier persona, vale decir, quien no puede ser autor directo, no puede ser autor mediato. En delitos especiales propios, como el instrumento no realiza un hecho principal en el que fundamentar la responsabilidad del extraño no cabe acudir a la inducción ni a la complicidad, por la que la conducta del instigado sería impune. En los delitos especiales impropios, por el contrario, no habría problema en considerarlo autor mediato o indirecto del delito común básico que aparece conectado con el delito especial. En el segundo caso, nada impide que un sujeto cualificado utilice a otro no cualificado como instrumento para cometer un delito especial. Acá impera el principio inverso del caso anterior, quien puede cometer un delito por sí mismo, puede realizarlo a cabo también mediante un instrumento. Queda exceptuado los delitos de propia mano.

[474] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *"El autor mediato en Derecho penal español"*, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1969, Pág. 467.

Lo que sí es claro, es que en la autoría mediata en estructuras jerárquicas puede admitirse una coautoría, ya que no debería existir ninguna contraposición entre uno y otro concepto (coautoría entre autores mediatos). Ahora bien, cada actividad del aparato que se prolongue de modo no autónomo puede tener el efecto de fundar una participación. Quien solamente actúa en función de consejo, quien proporciona medios de existencia será considerado cómplice. De la misma forma el denunciante que está fuera del aparato sólo es un instigador, porque él, puede influir en la decisión de otro a cometer delitos[475]. El dominio de la organización necesita, en definitiva, una mejor fundamentación (¿se trata de una fungibilidad "abstracta posterior" en vez de "concreta"?), que entienda normativamente el principio de la responsabilidad. No debe olvidarse, además, que en el autor mediato –no en el instrumento- también deben concurrir todos los elementos de la culpabilidad como en cualquier supuesto de imputación individual.

VII. ALGUNOS ASPECTOS EN TORNO A LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO (ART. 393° DEL CÓDIGO PENAL)

1. LO QUE SE REPRIME EN EL DELITO DE COHECHO (ACTIVO Y PASIVO) ES EL "PACTO VENAL"

Por lo tanto tiene que definirse a efectos de determinar una imputación jurídica penal, si se trata de "aceptación" o una "solicitud", ya que la iniciativa o la oferta corruptora también puede provenir de cohechante activo. Al respecto, también es importante la definición de la imputación en los extremos mencionados, ya que la solicitud es una conducta activa, mientras que la "aceptación" es una conducta pasiva.

[475] ROXIN; *"Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados"*, cit. Pág. 407.

Finalmente, el momento consumativo en el delito de cohecho resulta importante no sólo para imputar la comisión del ilícito del autor, sino también para determinar en que momento del *iter criminis* ha tenido lugar la participación del cómplice y, de esa manera, medir el grado de participación del mismo. El tipo penal en cuestión alberga dos supuestos claramente diferenciados: uno de carácter "unilateral", mediante el cual el funcionario solicita una "ventaja", y uno de "cohecho" que exige del sujeto pasivo que "acepte" la ventaja ofrecida por otro, en ambos casos existe una contractualidad en sentido amplio, no necesariamente como acuerdo perfeccionado de voluntades, sino como una "declaración" de parte del funcionario de querer perder la función pública.

Lo que reprime el delito de cohecho es el pacto que ha realizado el funcionario público con el cohechante activo. Al respecto, Rimondi anota que "...la licitud o no de la actividad comprometida carece de relevancia a los fines de la configuración del cohecho. Ello es asó, en atención a que lo que reprime este delito es la venalidad en el manejo de la cosa pública. En consecuencia, no es necesario para su tipificación que la conducta acordada sea lícita, dado que el fundamento del reproche penal corruptor"[476]. Este mismo autor sostiene que "...el contenido del acuerdo venal debe consistir en un acto u omisión que el funcionario se encuentre facultado a realizar; es decir, que, para que se configure el cohecho, el acto u omisión deben encontrarse dentro de la competencia material y territorial del funcionario público[477]. Esto ya fue dicho en su momento por Alcocer Povis/Reátegui Sánchez en el sentido que "...el núcleo fundamental del delito bajo estudio reside en la obtención de un acuerdo injusto, momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional"[478].

---

[476] RIMONDI, Jorge Luis; *Calificación legal de los actos de corrupción en la Administración Pública*, Buenos Aires, 2005, Pág. 69.

[477] RIMONDI, 2005, Pág. 69.

[478] ALCOCER POVIS, Eduardo / REATEGUI SÁNCHEZ, James; *"El delito de cohecho en el Perú. Comentarios a propósito de la Ley N° 28355"*, en. Actualidad jurídica, tomo 134, Enero, 2005, Pág. 271.

Este pacto venal no tiene generalmente porqué efectivizarse en una contraprestación de los medios corruptores. Así, la Sentencia, Expediente Numero 0131-21-2002, San Salvador, del 24 de abril del 2002 tiene dicho que "El núcleo fundamental del injusto en el delito de cohecho reside en la obtención del **"acuerdo injusto"**, porque es el momento en el que se conculca el principio de imparcialidad, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a la futura adopción de un acto propio del cargo, el legislador ha equiparado el acuerdo a su intento, que desde la perspectiva del bien jurídico propuesto integra una mera puesta en peligro. La solicitud del funcionario no seguida de una aceptación de la propuesta por el particular no es capaz de cercenar el principio de imparcialidad, aunque sin duda pone de manifiesto la voluntad del funcionario, que intentó el pacto, de adoptar una posición parcial de mediar una gratificación. El cohecho es un delito de conductas mixtas alternativas".

En otras palabras, si nos adherimos a la tesis –mayoritaria[479]- que el delito de cohecho es un delito de mera de actividad y delito de peligro abstracto y que, en realidad, lo que sanciona el cohecho es el "pacto venal"; podemos afirmar que mera la "solicitud" o la "aceptación" de la promesa por parte del funcionario público constituiría el acto consumativo del delito de cohecho pasivo propio. El injusto penal del delito de cohecho es un injusto formal, agotable en el acto de solicitar o aceptar. Cabe también recalcar que el delito de cohecho en general, no admite tentativa y que todos los actos anteriores a la consumación de la acción típica, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes, ya que el delito en mención, sea cohecho activo o pasivo, es de pura actividad.

La doctrina del pacto venal al ser apreciado –correctamente a nuestro entender– como un acuerdo de voluntades, trae como consecuencia inevitable que el delito de cohecho pasivo –propio e impropio– se "agote" con el mero consentimiento de las partes involucradas (cohechante

[479] Véase por todos: REATEGUI SÁNCHEZ, James; *"Delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada"*, en: Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública, Santa Fe, 2004-II, Pág. 317.

activo y pasivo). La influencia del pacto venal es de tal magnitud en el delito de cohecho que hace que se hable de "participación necesaria". Por otro lado, aún cuando en los hechos concretos aparezcan muchos pagos por ejemplo ejecutados en distintos momentos, no se debe perder de vista que la consumación del delito de cohecho pasivo es única e intransferible; es decir, el cohecho, y así lo ha reconocido la mayor parte de la doctrina se trata de un delito instantáneo, y el efecto inmediato de esta modalidad es que se agota en un solo acto. Ahora bien, esta instantaniedad del pacto venal no resulta incompatible con la presencia de una continuidad delictiva en la ejecución del delito de cohecho (delito continuado o concurso real homogéneo o heterogéneo).

Asumir la tesis del pacto venal, como concepto general en el delito de cohecho, implica asumir para la dogmática jurídico-penal que se esté hablando de dos consecuencias relevantes:

- Primero, que estamos ante un delito de mera actividad y no de un delito de resultado lesivo; y
- Segundo, que estamos hablando subjetivamente de un delito de intención o llamados también de tendencia interna.

2. LOS SUPUESTOS TÍPICOS DEL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO DEL ARTÍCULO 393° DEL CÓDIGO PENAL. ESPECIAL MENCIÓN AL MEDIO CORRUPTOR "ACEPTAR"

Si la tentativa es la conducta punible que se halla entre la preparación no punible y la consumación del delito, la consumación supone la completa realización del tipo penal, pues de la configuración del respectivo tipo dependerá en qué medida el autor deba realizar su resolución criminal para alcanzarla. Por ello como bien sostienen Zaffaroni/Alagia/Slokar "...la determinación del momento consumativo presenta dificultades que deben ser resueltas por lo regular en la parte especial"[480].

[480] ZAFFARONI; Eugenio Raúl /ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General,* Buenos Aires, 2002, Pág. 820.

Los supuestos típicos hasta antes de la reforma penal de octubre del 2004 son los siguientes:

a) Primer supuesto delictivo:

Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar ***(a futuro)*** un acto en violación de sus obligaciones. Dentro del primer supuesto delictivo, hay que destacar, además, dos modalidades conductuales que, alternativamente, pueden ser ejecutadas por el sujeto activo:

- El funcionario o servidor público que "solicita".
- El funcionario o servidor público que "acepta".

B) Segundo supuesto delictivo:

Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja para omitir ***(a futuro)*** un acto en violación de sus obligaciones.

Las modalidades conductuales que, alternativamente, pueden ser ejecutadas por el sujeto activo:

- El funcionario o servidor público que "solicita".
- El funcionario o servidor público que "acepta".

C) Tercer supuesto delictivo:

- Aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja a consecuencia de haber faltado ***(en pasado)*** a sus deberes.
- El funcionario o servidor público que "acepta".

Las modalidades conductuales del cohecho pasivo propio, primer párrafo, del artículo 393 del Código Penal (según la última modificatoria de la Ley 28355 del 06 de Octubre del 2004) son las siguientes:

a) El funcionario o servidor público que "acepte" donativo, "promesa" o cualquier otra ventaja o beneficio.

b) El funcionario o servidor público que **"recibe"** donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

c) El funcionario o servidor público que **"acepte"** a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

Las modalidades conductuales del cohecho pasivo propio, segundo párrafo, del artículo 393 del Código Penal (según la modificatoria de la Ley 28355 del 06 de Octubre del 2004) son las siguientes:

a) El funcionario o servidor público que solicita **"solicita"** promesa o cualquier otra ventaja.

b) El funcionario o servidor público que **"solicita"** a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

Ahora bien, el panorama presentado a los rigores de la doctrina penal dominante, en lo que respecta a la "promesa" o la "otra ventaja" solicitada o aceptada por el autor, el tipo penal en cuestión solamente exige la "aceptación" o la "solicitud" de cualquiera de ellas, las que pueden aplazarse o incumplirse, pero ello no impide la consumación del delito; su cumplimiento solamente constituye el "agotamiento" del delito[481].

Bernal Pinzón apunta que: "de otra parte, es evidente que, en cuanto hace a la conducta que consiste en la "aceptación de la promesa", es suficiente que el funcionario haya aceptado; basta con el simple acuerdo de voluntades para que el delito se consume" [482]. Abanto Vásquez manifiesta que: "aceptar" se refiere tanto a la entrega inmediata de un bien como a la promesa de un cumplimiento futuro. El primer caso es lo que se conoce en otras legislaciones como "recibir", o sea entrar en la tenencia material del objeto que la otra parte ofrece con la voluntad de hacerlo suyo (traslado físico de bienes). La "aceptación" no requiere ninguna formalidad propia del derecho civil. p. ej. si se trata de un inmueble, no es necesaria la inscripción en los registros públicos. También hay

[481] ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, 2003, Pág. 433.

[482] BERNAL PINZON, Jesús; *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Temis, 1965, Pág. 124.

"aceptación" cuando el funcionario recibe los bienes con la reserva de devolverlos eventualmente..."[483].

Por parte Frisancho Aparicio / Peña Cabrera afirman que "cuando el tipo de cohecho pasivo se refiere a la aceptación se dádivas, promesa o cualquier otra ventaja, significa que el agente aprueba la solicitud venal de un tercero. En este supuesto, el funcionario pretende cerrar el acuerdo injusto con la intención de obtener la ventaja. No se exige la efectiva recepción de la ventaja sino únicamente que entre el funcionario y particular se haya alcanzado un acuerdo sobre las prestaciones a intercambiar: la dádivas, promesa o ventaja y la realización u omisión de un acto en violación de las obligaciones funcionales"[484]. También Olaizola Nogales sostiene que: "La mayoría de la doctrina distingue la aceptación de la recepción desde un punto de vista temporal. De forma que aquella conducta típica consistiría en aceptar la futura dádiva o presente. Así mientras en la recepción el funcionario recibe algo de carácter material, en la aceptación el funcionario recibe una declaración de voluntad del particular en la que se compromete a darle algo en el futuro"[485].

Donna, opina que "en cambio, acepta el funcionario público que admite que en un futuro va a recibir lo que se le promete. De todas formas, ambas actividades tiene un común que se trata de una actividad pasiva del funcionario, que tiene directa relación con el nombre del delito"[486] así Bernal Pinzón apunta que "de otra parte, es evidente que, en cuanto hace a la conducta que consiste en la "aceptación de la promesa", es suficiente que el funcionario haya aceptado; basta con el simple acuerdo de voluntades para que el delito se consume"[487].

---

[483] ABANTO VASQUEZ, 2001, Pág. 379.

[484] FRISANCHO APARICIO / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública,* Lima, 1999, Pág. 319.

[485] OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho,* Valencia, 1999, Pág. 257.

[486] DONNA, Edgardo Alberto; *Delitos contra la administración pública,* Santa Fe, 2002, Pág. 215.

[487] BERNAL PINZON, 1965, Pág. 124.

La Segunda Sala Penal Transitoria (R.N. 1091-2004 de fecha 22 de Marzo del 2005) tiene dicho lo siguiente:

> "Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventitrés del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario".

La "solicitud"-"aceptación" de los medios corruptores hace que el delito de cohecho se trata de un tipo penal alternativo. Las modalidades típicas incriminadas en el artículo 393 del Código Penal, es decir, la "solicitud" o la "aceptación" que realiza el funcionario y servidor público es ya la consumación típica del cohecho pasivo propio. Por lo tanto, tiene que definirse, para efectos de determinación una imputación jurídico-penal, si es "aceptación o si es "solicitud", pues si hubo antes aceptación esto no implica que antes hubo solicitud, ya que la iniciativa y la oferta corruptora lo pudo tener el cohechante activo. También es importante la definición de la imputación en los extremos mencionados ya que la solicitud es una conducta activa, mientras que la aceptación es una conducta pasiva.

3. EL *ITER CRIMINIS* DEL DELITO DE COHECHO PASIVO (PROPIO COMO IMPROPIO). A LA VEZ UNA FUNDAMENTACIÓN A TRAVÉS DEL DELITO DE MERA ACTIVIDAD

El Derecho penal en correspondencia con su misión fundamental de protección de bienes jurídicos, no sólo debe actuar cuando se ha producido el daño (lesión del bien jurídico), sino que debe hacerlo también

cuando existe un inmediato peligro para éste. Peligro que puede tener dos momentos puntuales: en primer lugar, referido a la "tentativa" y en segundo lugar, al "peligro". El momento consumativo en el delito de cohecho resulta importante no sólo para imputar la comisión del ilícito al autor, sino también para determinar en qué momento del *iter criminis* ha tenido lugar la participación del cómplice, y de ésta manera medir el grado de participación del mismo. Todo delito doloso recorre distintos grados en su realización, desde que aparece la primera idea de cometer el delito hasta su consumación. Este proceso de realización del delito es denominado comúnmente por la doctrina como: *"iter criminis"*. El delito es un fenómeno psíquico-físico, ya que puede surgir en la mente del autor, se exterioriza a través de la ejecución de una acción que puede producir un resultado típico.

El problema se complica cuando se trata de delitos de mera actividad y de peligro abstracto, que son punibles los estadios previos a la consumación. Es aquí donde surge la pregunta, ¿Desde que momento es punible una conducta que no logra consumar un delito?. Por el contrario, si se tiene en cuenta que se exige dentro del tipo penal el peligro potencial, por tratarse ahora de un delito de peligro, se considera que no cabe la tentativa. En suma, estimamos que la aceptación o no de las formas del *iter criminis* anteriores a la consumación en los delitos de mera actividad no puede realizarse sino partiendo de las singularidades de cada una de ellas presentes en el Código, no ya de las singularidades de los delitos de mera actividad[488].

La consumación formal es la plena realización del tipo en todos sus elementos, significa que el agente alcance el fin típico planeando mediante los medios que utiliza. La consumación sólo estaría dada por el pacto venal, es decir con la **mera actividad** del acuerdo ilícito. La consumación del delito se producirá con independencia de la efectiva práctica del acto objeto de cohecho, incluso cuando ni siquiera se ha

[488] ACALE SÁNCHEZ, María; *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000, Pág. 301.

dado inicio a la ejecución de la acción u omisión constitutiva de delito. Los delitos de mera actividad (que pueden ser tanto conductas activas como pasivas) se realizan generalmente con movimientos externos del sujeto activo. No necesitan proyectar un resultado lesivo en los bienes jurídicos tutelados para definir su perfeccionamiento típico.

Abanto Vásquez sostiene que: "Es cierto que la consumación se produce ya con la mera "solicitud" o con la "aceptación" (de promesa o de la entrega de un bien) debido a que lo que en realidad se pena es el pacto venal"[489]. Del mismo modo, Bernal Pizón afirma que: "La verdad es que toda la esencia del cohecho está en esa especie de *pactum sceleris* celebrado entre el *extraneus* (particular) y el *intraneus* (funcionario); sin esa especie de pacto no es dable la configuración del cohecho. Si el cohecho, en su esencia, no es más que la venta de un acto público –tal como lo sostienen hoy todos los doctrinantes del derecho..."[490].

Castillo Alva sostiene que "...no debe olvidarse que el delito de cohecho es un delito de **simple actividad** que se consuma con la sola realización de una conducta que, en este caso, es el solicitar o aceptar el donativo"[491]. Agrega además, que el "...delito de consuma cuando el funcionario público pide una suma de dinero o cualquier otra ventaja, independientemente de si el tercero a quien va dirigida dicha solicitud acepta o no el pedido. Existe un delito perfecto cuando el funcionario público pide una suma de dinero a pesar de que la otra persona rechace el pedido ya sea por estar en desacuerdo completamente con él o porque lo considera una suma muy elevada"[492].

---

[489] ABANTO VASQUEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, Pág. 540 y 452.

[490] BERNAL PIZON, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Bogotá, 1965, Pág. 111.

[491] CASTILLO ALVA, José Luis; *"El caso Kouri – Montesinos. Algunas pregunta sin responder: ¿Un candidato al congreso es un funcionario público?, ¿Existe el acuerdo previo?"*, en: Diálogo con la jurisprudencia, Especial sobre los funcionarios públicos y el delito de corrupción de funcionarios, Lima, Pág. 37.

[492] CASTILLO ALVA; *"El caso Kouri – Montesinos. Algunas pregunta sin responder: ¿Un candidato al congreso es un funcionario público?, ¿Existe el acuerdo previo*, cit., Pág. 37

Por su parte, la doctrina nacional e internacional ha dicho enfáticamente que el delito de cohecho pasivo propio es un delito de mera actividad y la técnica legislativa empleada, generalmente es la de delito de peligro abstracto: Portocarrero hidalgo dice: "en el primer caso el delito se consuma cuando el agente solicita o acepta el donativo o la promesa, no es necesario que la petición sea aceptada ni recibida la dádiva, el pago puede haberse inclusive después que el cohechador realizado el comportamiento, ni menos que empiece la ejecución del acto comisito u omisivo;..."[493]. También Frisancho Aparicio / Peña Cabrera sostienen que el "...delito se consuma -para el funcionario- con el mero hecho de solicitar, aunque el destinatario no acceda a su demanda, y también, con aceptar el ofrecimiento o promesa aunque no llegue a concretarse. este delito alcanza la plenitud con el solicitar, aceptar o recibir y no se necesita verificación del delito acordado. Se trata de un delito de mera actividad, lo que hace imposible la tentativa. Como en todos, los delitos de mera actividad, la acción y la perfección del tipo se confunden, por lo que en el acto típico, va ínsita la perfección típica"[494]. Parra Gutiérrez afirma que en el "...cohecho en la modalidad de "aceptar una promesa remuneratoria, es un delito de carácter formal, pues no se requiere para su perfeccionamiento, que el servidor público reciba lo prometido, pues basta que simplemente acepte la promesa remuneratoria, de una parte, y de la otra, que el servidor público retarde u omita un acto contrario a sus deberes, pues bata que haya una acuerdo de voluntades entre el servidor, y el particular"[495].

La consumación es meramente jurídico-formal y se realiza en el instante mismo en que el sujeto activo externaliza los movimientos. Rojas Vargas dice que "el delito instantáneo es aquel cuya consumación se identifica con la terminación del mismo, es decir, no es posible

[493] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública*, Lima, Pág. 208.

[494] FRISANCHO APARICIO / PEÑA CABRERA, 1999, Pág. 321.

[495] PARRA GUTIERREZ, Wiliam René; *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, 1998, Pág. 132.

una progresión consumadora...lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico dure en el tiempo o sea susceptible de reiteración en la misma fase consumatoria"[496]. Por su parte, la consumación material o terminación del delito, es aquella en la que el autor no sólo realiza todos lo elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía. En la medida en que esta consumación material está más allá de las previsiones típicas carece de relevancia jurídico penal; es el llamado delito agotado.

La consumación es una cuestión que afecta solamente a la tipicidad. Si el tipo penal exigiera ocasionar un perjuicio efectivo (esto es el perjuicio como un elemento del tipo), por tratarse de un delito de resultado, sí sería posible hablar de tentativa, puesto que hay tentativa cuando el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo. Cabe también recalcar que el delito de cohecho en general, no admite tentativa y que todos los actos anteriores a la consumación de la acción típica, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes, ya que el delito en mención, sea cohecho activo o pasivo, es de pura actividad (no requiere resultado alguno, ni siquiera la aceptación de la propuesta).

Como hemos dicho, esto es compartido por gran parte de la doctrina penal, y algunas legislaciones penales ya incorporan que los delitos de cohecho pasivo son delitos de mera actividad. Así: El Código Penal colombiano del 2000 prescribe que: *"El servidor público que reciba para sí o para otro dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente,* ***para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales...".*** Como puede verse, no hay aquí tampoco ningún tipo de resultado material, es un delito de mera actividad. Asimismo, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción, en su artículo VI establece que: *"1.- La presente Convención es aplicable a los siguientes*

[496] ROJAS VARGAS, Fidel: Ob. Cit. p. 423.

actos de corrupción. a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad ***a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas...*** ".

Habrá que destacar también que los Miembros de la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria sostienen (Junio 2005), en el caso "Jorge Mufarech", dijo lo siguiente: "...el delito de cohecho propio siendo de mera actividad es de tendencia interna trascendente (Reaño, Jus et Veritas, 2001, n 23, Pàg. 288), pues es ese sentido de la preposición "para", no resultativo, se consuma a propósito de realizar el verbo rector correspondiente, no siendo necesario el resultado efectivo o la materialización de la "contraprestación" por parte del funcionario involucrado, siendo así lo que haya ocurrido en el caso que nos ocupa, en el trámite posterior al audio, del expediente que afecta al contertulio Croussillat López Torres y su empresa televisiva, al no integrar el tipo, no debe servir de base al señalamiento de responsabilidades".

Resulta ilustrativa la sentencia de la Corte Suprema, Sala Penal Especial, en el expediente N 14-2001, de fecha 13 noviembre 2002, Caso "Mantilla Campos" cuyo considerando décimo tiene sentado lo siguiente: "Que en este acuerdo corruptor bilateral, se sanciona tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo, siendo suficiente para su consumación la expresa aceptación o acuerdo entre el oferente y el aceptante, descrito ya individualmente para cada caso, por lo que, siendo un delito de peligro concreto, *de mera actividad, no requiere que el resultado de la acción indebida prometida sea analizado en su estado final, siendo irrelevante que se haya producido o no conforme al de sus contratantes*".

Siendo consecuentes con lo afirmado de que la consumación formal del delito de cohecho se realiza con la solicitud-aceptación de los medios corruptores, lo que venga posteriormente, sólo tiene efecto en la determinación judicial de la pena. Es decir, el injusto penal ya está afirmado y por lo tanto consumado, y la posterior entrega de lo acorda-

do en el pacto venal formará parte de la mensuración de la pena. Quizá mayor pena, pero dentro del marco legal que impone el art. 393 del Código Penal. El efectivo pago de lo acordado tiene relevancia ya no en el "delito", sino más bien en la "pena". En este sentido, el artículo 46 del Código Penal dice al respecto: *"Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad..."*. Específicamente el inciso 4 del mismo artículo 46 precisa que *"La extensión del daño o peligro causados"*.

4. SUBJETIVAMENTE EL DELITO DE COHECHO PASIVO (PROPIO E IMPROPIO) ES UN DELITO DE TENDENCIA INTERNA TRASCENDENTE, O LLAMADO TAMBIÉN DELITOS DE INTENCIÓN

Según Villavicencio Terreros los delitos de tendencia interna trascendente (delitos de intención) se diferencian en: delitos de resultado cortado y delito mutilados de dos actos[497]. Estos delitos quedan consumados cuando se produce el resultado típico, no siendo necesario que el agente consiga realizar su específica tendencia trascendente. Los delitos de intención son aquellos en los cuales se reconocen la presencia de un mayor elemento subjetivo en la tipicidad. El elemento subjetivo concerniente a lo ilícito sirve para caracterizar el tipo legal precisando sus relaciones con el bien jurídico protegido o determinando mejor la acción, el objeto del delito, el *animus* del agente[498]. Los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son intenciones que exceden del puro querer y conocimiento de la realización del tipo objetivo. Los delitos de intención también son llamados delitos incongruentes, porque lo que el legislador reprocha es la intención que tiene el sujeto (funcionario o servidor público).

---

[497] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006, Pág. 375.

[498] HURTADO POZO; José; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, I, Lima, 2005, Pág. 452.

Tipos congruentes Tipos incongruentes

El tipo objetivo y tipo subjetivo están Hay tipos que tiene mucha carga objetiva

iguales. (error de tipo)

Hay tipos que tienen mucha carga subjetiva

(tentativa, delitos de intención como el cohecho)

Específicamente, en el delito de cohecho pasivo, al margen de que el funcionario público haya realizado las violaciones a sus obligaciones funcionales, el momento punitivo lo constituye el pacto venal, y dicho pacto está relacionado con el elemento subjetivo. Así, Creus dice que el "...dolo prácticamente se determina en el acuerdo"[499]. En este punto también Buompadre afirma que en el "...aspecto subjetivo del delito se conforma con el conocimiento por parte del funcionario y la voluntad de actuar en función del acuerdo venal, al recibir el dinero del soborno o aceptar la promesa directa o indirecta del tercero corruptor, en el marco de un verdadero pacto ilícito, que compromete la actividad de aquel (hacer, retardar u omitir algo relativo a sus funciones), según lo acordado. no es condición necesaria la predisposición del agente de cumplir con lo pactado"[500]. Terragni dice que el delito de cohecho "se trata de una intencionalidad, que desde un punto de vista lógico y quizá también temporal, está en primer lugar en el ánimo del particular corruptor, pero también en la del agente corrupto, que debe ser consciente de que aquello que se le entrega o acepta constituye una contraprestación y responde a una causa fin: el cumplimiento por su parte de una conducta positiva u omisiva relacionada con su función pública"[501].

---

[499] CREUS; ob. Cit., Pág. 288.

[500] BUOMPADRE, Jorge E.; *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, 2001, Pág. 190 y 191.

[501] TERRAGNI, Marco Antonio; *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Mendoza, Pág. 157 y 158.

Siendo consecuentes con lo afirmado de que la consumación formal del delito de cohecho se da con la solicitud-aceptación de la promesa, los actos posteriormente, sólo tiene efecto en la determinación judicial de la pena. Quizá mayor pena, pero dentro del marco legal que impone el art. 393 del Código Penal. El efectivo pago de lo acordado tiene relevancia ya no en el "delito", sino más bien en la "pena".A lo sumo merecerá mayor pena, pero es sí, dentro del marco penal que establece el propio artículo 393 del Código Penal. Es lo mismo, por ejemplo, cuando se sanciona aquel que ha vendido la cosa hurtada. El hecho de vender la cosa hurtada no cambia en nada la tipicidad de la conducta imputada, pero sí tendrá algún efecto en la determinación de la pena.

En tal sentido, la única forma de relevancia jurídico-penal que cumple el agotamiento o la consumación material sería en la determinación judicial de la pena. El art. 46 del Código Penal dice al respecto: *"Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad..."*. Específicamente el inciso 4 del mismo artículo 46 del Código Penal precisa: "*La extensión del daño o peligro causado*".

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las conclusiones a la que hemos arribado en la presente contribución son las siguientes:

- En el delito de cohecho (pasivo y activa) lo que se reprime es el pacto venal del manejo de la cosa pública, en consecuencia, resulta irrelevante a los efectos de la tipificación la licitud del acto que constituye el contenido del acuerdo venal. El acto puede ser lícito, pero si el funcionario o servidor público comprometió onerosamente su dictado con un particular, se ha configurado los ilícitos penales de cohecho pasivo y activo.
- Efectivamente, si nos adherimos a la tesis –mayoritaria– que el delito de cohecho es un delito de mera de actividad y deli-

to de peligro y que, en realidad, lo que sanciona el cohecho es el "pacto venal"; entonces debemos afirmar que la "solicitud" y la "aceptación" por parte del funcionario público constituiría el acto consumativo del delito de cohecho pasivo propio. Sin embargo, acá debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Es la solicitud del funcionario público constitutiva del pacto venal, no obstante que el Código penal reprime sólo la mera solicitud sin esperar "cerrar trato" con el cohechante activo?

- Sólo a través del verbo "aceptar" se puede hablar de un verdadero pacto venal en el delito de cohecho (pasivo o activo), ya que en el supuesto concreto de "aceptar" existe por una parte, una oferta del cohechante activo y por el otro lado, la aceptación del funcionario o servidor público. En cambio, con el verbo típico "solicitar" el funcionario público tiene la iniciativa criminal y se consuma el delito de cohecho en formal unilaterial con lo cual se "rompe" el pacto venal, en todo caso, se tendría que hablar –en cuanto al verbo rector solicitar– de "decisión unilateral venal". Como concepto jurídico-penal el cohecho es un pacto venal, pero cuando entramos a analizar los verbos típicos el **pacto venal se *relativiza*** y en entra en una etapa crítica. Al parecer los intentos reformista del legislador peruano tergiversan los conceptos ya que doctrina penal hace algún tiempo viene admitiendo con meridiana unanimidad.
- Generalmente el delito de cohecho se trata de un delito de **mera actividad en forma activa u omisiva**, que se consuma formalmente en el instante mismo en que el funcionario o servidor público "solicita" o "acepta" –y en alguna medida también cuando "recibe"– los medios corruptores.
- El delito de cohecho, como técnica legislativa empleada, se trata de un delito de **peligro abstracto**, es decir, que no necesitan lesionar efectivamente al bien jurídico "administración pública". Sólo se necesita una presunción *jure et de jure* del peligro enjuiciado.

- El delito de cohecho se trata de un delito de **intención**, a raíz que éste delito tiene una mayor carga subjetiva, de manera que lo que reprime el derecho penal, es que el funcionario pública "venda" sus obligaciones, aún cuando éste no haya recibido los medios corruptores.
- La combinación de los elementos de "mera actividad", de "peligro abstracto" y delito de "intención" tiene como resultado inmediato que se hable, en el delito de cohecho del **"pacto venal"**, pero éste concepto sólo puede hablarse en función al medio corruptor "aceptar", pues el de "solicitar" implica una decisión unilateral del funcionario público, con lo cual impide hablar de un verdadero "pacto".
- La influencia del pacto venal es de tal magnitud en el delito de cohecho –activo y pasivo– que hace que se hable de **"participación necesaria"**. En tal sentido, si no hay cohechante activo no existe el delito en comentario; por el contrario, si no hay cohechante pasivo, o sea, el funcionario o servidor público no hay tampoco cohecho, salvo en los casos de cohecho pasivo donde el medio corruptor sea "solicitar".

VIII. EL AGRAVIADO/PARTE CIVIL POR EXCELENCIA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS ES EL "ESTADO" Y NO LOS PARTICULARES AFECTADOS POR EL DELITO

Al respecto tenemos que precisar lo siguiente: que el agraviado –como parte integrante del concepto de sujeto pasivo del delito- en los ilícitos de corrupción de funcionarios públicos es el Estado, y nadie más. En otras palabras, quien tiene, en principio, la legitimidad procesal para solicitar, dentro de la investigación preliminar o judicial, de determinados actos de investigación y/o medios probatorios es el Procurador Públicos encargado precisamente de los intereses del Estado, tal como lo señala su propia Ley; pues conforme a lo previsto en la Ley N° 17537, art. 14 inc. 2, acápite (a) le corresponde participar en las investigaciones

preliminares o complementarias llevadas acabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú, bajo la conducción de aquél.

Una persona natural o jurídica si bien es cierto puede resultar afectada por un delito de corrupción de funcionarios, éste debe hacerlo por intermedio de quien sí puedo hacerlo en forma legal, es decir, por intermedio de la Procuraduría Pública, ya que sólo ella puede constituirse en parte civil dentro del proceso penal. El concepto de "agraviado" descrito en la primera parte del artículo 54° del Código de Procedimientos Penales está reservado exclusivamente para aquél caso donde el titular del bien jurídico-penal resulte afectado –ya sea por lesión o por peligro-. Así, por ejemplo, en un delito de homicidio, serán los familiares directos, en un delito patrimonial será aquella persona que le han sustraído sus bienes, y en igual sentido en un delito de cohecho, el agraviado directo resulta ser el Estado.

CAPÍTULO OCTAVO
EL DELITO DE COHECHO PASIVO

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO-PENAL

Según la ubicación sistemática del delito de malversación fondos en el Código penal peruano, éste sería una modalidad o especie del delito de peculado doloso o culposo, pues éste encabeza la Sección Tercera; además el peculado siempre será mucho más grave que la malversación de fondos, porque en aquella –en el peculado– los caudales o efectos salen de la esfera de custodia de la Administración Pública, habiendo un beneficio particular del funcionario o servidor público. Mientras que en la malversación de fondos, los caudales permanecen al interior de la Administración Pública, habiendo lo que se conoce como un desvío de fondos, con lo cual en sentido estricto no habría un perjuicio netamente económico hacia el Estado, desde que el dinero o bienes se quedan al interior del Estado.

El tiempo de gravedad es la afectación del servicio es igualmente invocado en el delito de malversación de fondos, según la versión peruana; máxime si dentro del contexto de una moderna administración de los recursos públicos es usual y hasta tolerado la aplicación distinta de una partida para salvar urgencias; circunstancias que han llevado incluso a la posición intermedia como la propuesta es la de limitar la intervención penal a los casos de grave afectación del servicio[502]. Por

[502] Véase, Proyecto de Ley, presentado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República.

todo ello, un buen sector del Derecho penal comparado, la malversación de fondos se reduce más por un ilícito administrativo que por ilícito penal, dado su escaso nivel de lesividad del bien jurídico protegido, ya que lo que se viola o infringe en tal supuesto son deberes administrativo[503].

En contra de quienes sostienen la descriminalización de esta figura delictiva, el profesor Abanto Vásquez, afirma "...que, en la práctica, algunos casos de "desvío de destino" pueden ser tan graves como los de "aplicación privada" (peculado). Y es que todo depende de la finalidad para la cual estaban destinados los bienes públicos; no es lo mismo que en vez de construir una escuela, un hospital o atender una emergencia pública (terremoto, plagas, epidemias, etc.), se apliquen los fondos para la construcción de una piscina pública o para mejorar el ornato público. Además, muchos casos de "malversación" pueden ocultar verdaderos favorecimientos del funcionario público a terceros interesados; p. ej. en vez de construir la carretera A, cuya licitación había ganado una empresa X, se invierten los fondos para la prestación del servicio B, en manos de una empresa amiga del funcionario y mediante "adjudicación directa" (de conformidad con la ley)".[504]

Abanto Vásquez agrega que "...el "patrimonio" de la administración pública no es igual al de los particulares, pues, además de su contenido económico, reúne otros elementos específicos, tal como ha destacado Tiedemann: el concepto contiene su orientación hacia un destino planificado y la utilización planificada de los medios. Por eso aquí también existen un bien jurídico y un "objeto concreto" que el Derecho penal debe seguir protegiendo: la "correcta aplicación de los fondos públicos" que puede formularse también como el principio de "legalidad presupuestal" (disciplina y racionalidad funcional en el servicio)".

Etimológicamente malversar deriva del latin *male* y *versare*, que significa invertir mal. Lo que se sanciona en el delito de malversación

---

[503] ROJAS VARJAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, Pág. 549.

[504] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal*, Lima, 2003, Pág. 380.

es, en realidad, la mala y deficiente administración y manejo del funcionario y servidor público en relación a los bienes y dinero que están a su cargo[505], los mismos que están presupuestados legalmente, para ser invertidos adecuadamente y en un tiempo determinado en una Comunidad o Sociedad en general; por ello el Estado se ve seriamente afectado, más que en su patrimonio, la afectación radica en la legalidad presupuestal en cuanto a los bienes o dinero de la Institución pública, donde iban asignados dichos recursos previamente.

En otras palabras, este tipo delictivo requiere que el agente cualificado (funcionario o servidor público) -con facultad para disponer y administrar bienes públicos- dé una aplicación definitiva diferente -a la que legalmente estaban destinados- al dinero o bienes públicos cuya administración le ha sido confiada, generando una afectación del servicio o la función encomendada; v. gr. una cierta cantidad de dinero presupuestada para ejecutar una determinada obra pública se usa para pagar asesorías externas.

El término malversación se ha entendido como sinónimo de desfalco, que es el acto en el que uno o más individuos se apropian indebidamente de valores o fondos a los que éstos les han sido confiados, en razón de un cargo funcional. Se trataría, en realidad, de una especie de *fraude financiero en el ámbito de la Administración Pública* para el caso peruano *(cuando se trate de caudales o fondos públicos)*; sin embargo, nada impediría que la malversación –y la represión del mismo– se pueda realizar en caudales, fondos o bienes privados, es decir, entre un empleado y su Jefe inmediato, y esto podría ser configurado como un delito de orden financiero o en el ámbito de los delitos patrimoniales. En otras palabras, lo que se sanciona penalmente en el delito de malversación sería la utilización indebida del dinero o bienes ajenos o del Estado

[505] En palabras, de ROJAS VARJAS, 2007, Pág. 551 "5e entiende de modo genérico que el administrador que malversa es técnicamente un mal administrador, no obstante pueda tratarse de un funcionario sensible y humanitario. Esta dicotomía explica en parte porque otras legislaciones dejan al ámbito administrativo la exclusividad de sustanciar dicha problemática".

en cosas diferentes a las que iban destinadas, generalmente en beneficio propio o de tercero vinculado a un funcionario o servidor público.

Sin embargo, como la Administración Pública como organismo estable y duradero en el tiempo, tiene una serie de reglas y normas estrictas que deben cumplirse, y una de ellas es el presupuesto que está previamente asignado por cada Institución pública precisamente para invertir en obras y servicios de los propios trabajadores, y obviamente que estén al servicio de la Comunidad; y si alguien –es decir un funcionario o servidor público– realiza una decisión, que implica una aplicación distinta a la debida en cuanto a la asignación de dinero o bienes, se estaría afectando un bien jurídico, quizá menos lesivo de la correcta administración de los fondos públicos, que es lo que se protege en el peculado doloso o culposo. En efecto, en el delito de malversación de fondos lo que se protege es la *legalidad presupuestal.*

La jurisprudencia peruana, a través de la Ejecutoria Suprema de fecha 21 de setiembre de 2007 (Recurso de Nulidad N° 2764-2006), expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, ha señalado lo siguiente: "Tercero: Que, en principio, debido a que en la sentencia recurrida y en el proceso penal se hace mención insistentemente al delito de Malversación de Fondos como una modalidad de Peculado, es necesario precisar, que tales conducta típicas si bien protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación pública a los bienes públicos, mientras que, el Peculado consiste en una apropiación en provecho privado del funcionario o servidor público o de terceros ajenos al Estado, siendo una de las características más relevante, el hecho de que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no salen de la esfera patrimonial del Estado, como si sucede en el caso de Peculado, por lo que, debe aclararse que la Malversación de Fondos es una modalidad de delito contra la Administración Pública. *Cuarto:* Que, en tal sentido el marco jurídico protegido por el delito de Malversación de Fondos es la racional ejecución del gasto y en la utilización o empleo de los dineros o bienes públicos, sustentado sobre todo, en el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio,

constituyendo presupuestos fundamentales para su configuración *"la aplicación definitiva"* y *"la afectación del servicio o función encomendada"* del dinero o bien público".

Antes de cerrar con el tema de consideraciones generales, creo que resulta apropiado y necesario iniciar un debate alturado en el sentido si es posible la tipificación penal de la llamada Malversación de fondos en el ámbito privado, esto a colación de que la propia Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 22), en el punto de *Malversación o peculado de bienes en el sector privado*, recomienda y señala expresamente:

> *"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo".*

Según Villavicencio Terreros, Felipe, en el Informe de Adecuación (en el punto 76) de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción (Lima, mayo del 2000), la Convención Interamericana incorpora la Desviación de la Finalidad de los Bienes, el artículo XI, 1.d., que refiere al delito de malversación de fondos, en los siguientes términos:

> *La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.*

La acción requerida por el XI, 1.d., de la Convención Interamericana contra La Corrupción, en referencia a los bienes pertenecientes al Es-

tado o a un particular, que se hubieran percibido por el sujeto activo es precisada como *"la desviación ajena a su objeto"*. Por su parte el artículo 389 del Código Penal peruano establece que la acción típica consiste en *dar al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada*. La fórmula nacional da contenido a la frase "desviación ajena a su objeto" de la Convención, integrando con mayor precisión la acción típica, por lo que es conveniente mantenerla.

Para Frisancho Aparicio "El bien jurídico genéricamente protegido es el normal desenvolvimiento de la Administración pública, pero, en el caso de la malversación de fondos, se vulnera, específicamente, el orden legal que rige las inversiones de la renta pública"[506]. Según Nolasco Valenzuela / Ayala Miranda sostienen que "El delito de malversación tiene como bien jurídico protegido u objeto jurídico de tutela uno de carácter supraindividual y de tipo funcional, concretado en el eficaz desarrollo de la Administración Pública, referida específicamente a la integridad del funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, con un claro sentido instrumental para que esta pueda cumplir los fines que le son propios correcta gestión del patrimonio público"[507].

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

En el artículo 389 del Código Penal se sanciona el delito de Malversación de Fondos de la siguiente manera:

> *"El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada...".*

[506] FISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la Administración pública*, Lima, 2002, Pág. 345.

[507] NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika; *Delitos contra la Administración Pública*, tomo I, Lima, 2013, Pág. 607.

2.1. Legislación penal comparada

El vigente Código penal argentino, en el Capítulo VII, regula el delito de Malversación de caudales públicos, bajo los siguientes supuestos:

> **ARTICULO 260.** - Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.
>
> **ARTICULO 261.** - Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.
>
> **ARTICULO 262.** - Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.
>
> **ARTICULO 263.** - Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
>
> **ARTICULO 264.** - Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 17), en el punto de *Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público,* señala expresamente:

> *"Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo y Sujeto pasivo

El delito de malversación exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas. En primer lugar ha de ser un funcionario o servidor público. En segundo lugar, ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración del dinero o bienes que se malversan, esto es, el manejo y disposiciones del dinero y bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos[508].

El Sujeto pasivo lo será el Estado.

3.2. Aspectos generales sobre la conducta típica

La acción típica se centra fundamentalmente en cambiar el destino del dinero o bienes asignándole otro, dentro de la esfera de la administración pública, lo que lo diferencia del delito de peculado, debido a que

[508] NOLASCO VALENZUELA / AYALA MIRANDA, tomo I, 2013, Pág. 609.

ello implica una aplicación arbitraria[509] de los bienes o dinero. En el delito de malversación de fondos no se produce lesión real al patrimonio público, por cuanto este cumple de todas maneras sus finalidades sociales pero en forma no debida[510]. La conducta es típica si el dinero recibido se aplica a otra obra pública, distinta de la encomendada[511].

Constituye premisa de partida necesaria para imputar objetivamente malversación de fondos que exista legalmente la partida presupuestal, esto es que se halle expresa y normativamente contemplada en la ley de la materia o en norma complementaria. Dinero o bienes que no tengan asignados una partida presupuestal de origen o derivada hace difícil objetivamente configurar malversación[512].

En ese sentido, existe una Ejecutoria Suprema en la cual se condena a un funcionario por malversación de fondos al haber utilizado de los Fondos de Compensación Municipal para gastos corrientes. En efecto: "Que, los pruebas actuadas durante el proceso conducen a la convicción de la responsabilidad penal del procesado [...] quien en su condición de ex alcalde de la comuna agraviada utilizó indebidamente el presupuesto del Fondo de Compensación Municipal para gastos corrientes; injusto penal previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal"[513].

---

[509] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *"Delitos Contra la Administración Pública,* Buenos Aires, 2001. Pág. 239.

[510] ROJAS VARGAS, Fidel. Obra citada. Pág. 389.

[511] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Obra Citada. Pág. 333.

[512] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 552.

[513] Véase, Recurso de Nulidad N° 3276 - 2001 Sala Penal Tacna, de fecha Lima, veintitrés de setiembre de dos mil dos.- **VISTOS;** de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal Supremo; interviniendo como ponente el Vocal Señor Julián Rodolfo Garay Salazar; y. **CONSIDERANDO:** Primero.- que, conoce del presente proceso esta Suprema Sala al haber interpuesto recurso de nulidad el procesado Hernán Flores Vela contra la sentencia que lo condena a dos años de pena privativa de la libertad por el delito de Peculado - Malversación de Fondos; Segundo.- que, las pruebas actuadas durante el proceso conducen a la convicción de la responsabilidad penal del procesado José Hernán Flores Vela,

En esta misma lógica, podemos citar otra Ejecutoria Suprema de nuestro país, que tiene dicho que: "Los encausados en sus condiciones de Inspector, Tesorero y Presidente, habiéndose asignado por parte del Fondo, ciento treintiocho mil seiscientos ochenticinco nuevos soles, más los intereses generados al ser depositados en una cuenta del Interbank; sin embargo, pese a haberse dispuesto de la totalidad de los fondos asignados, la obra en mención no se encuentra concluida, habiéndose efectuado *gastos no presupuestados,* incumplido con dar debida cuenta de los gastos efectuados en los plazos fijados y no sustentar gran parte del presupuesto no obstante los requerimientos documentados que obran en autos[...]"[514].

---

quien en su condición de ex alcalde de la comuna agraviada utilizó indebidamente el presupuesto del Fondo de Compensación Municipal para gastos corrientes: injusto penal previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, lo que se encuentra corroborado con el informe pericial Contable de fojas ciento noventidós, así como su propia instructiva donde reconoce y acepta en parte el acto delictivo; declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas doscientos doce, su fecha primero de agosto del dos mil uno, que condena a José Hernán Flores Vela por el delito de Peculado - Malversación de Fondos-, en agravio de la Municipalidad Distrital de Samegua, a dos años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente por el período de prueba de un año; fija en un mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá pagar el sentenciado a favor de la Municipalidad Distrital de Samegua, e inhabilitación por el término de dos años de conformidad con el artículo treinta y nueve del Código Penal, para que no pueda ejercer cargo público político alguno; con lo demás que contiene; y los devolvieron.- S.S. SIVINA HURTADO / BIAGGI GOMEZ / GARAY SALAZAR / LECAROS CORNEJO / CABANILLAS ZALDIVAR.

[514] Recurso de Nulidad N° 1454-02 Sala Penal Permanente JUNÍN, de fecha diecinueve de mayo de dos mil tres.- **VISTOS;** con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; por sus propios fundamentos; y, **CONSIDERANDO:** que conoce del presente proceso este Supremo Tribunal por haberse concedido el recurso de nulidad :interpuesto por los sentenciados José Pedro Ismael, Mariano Pérez Barrientos y Edmundo Severo Herrera Vega; que durante la secuela de la instrucción el Juicio Oral, se ha llegado a establecer fehacientemente tanto la comisión ¿- delito materia de acusación, así como la responsabilidad penal de los rasados Quevedo Vela, Pérez Barrientos y Herrera Vega, los mismos que remaron parte del núcleo ejecutor para la construcción del canal y reservorio e Qochapampa, en sus condiciones de Inspector, Tesorero y Presidente, respectivamente, habiéndose asignado por parte del Fondo Nacional de Compensación

En ese sentido, si no existe destino expreso de determinados fondos estatales, el funcionario o servidor público administrador puede dar aplicación pública de los bienes a su libre arbitrio, pues se entiende que se ha dejado a su criterio dicha aplicación, siempre para fines públicos[515].

3.3. Facultades de Administración en relación al dinero o bienes por parte del funcionario/servidor

La Ley penal no requiere de percepción o custodia, tan sólo de administración, y ello supone que el sujeto activo; además de poseer los fondos tiene facultades legales de disposición de los mismos, de conformidad con los planes trazados por la administración pública[516]; por esta razón, la relación funcional que exige el tipo de malversación es así

---

y Desarrollo Social - Foncodes - ciento treintiocho mil seiscientos **ochentícinco** nuevos soles, más los intereses generados al ser depositados en una cuenta del Interbank; sin embargo, pese a haberse dispuesto de la totalidad de los fondos asignados, la obra en mención no se encuentra concluida, habiéndose efectuado gastos no presupuestados, incumplido con dar debida cuenta de los gastos efectuados en los plazos fijados y no sustentar gran parte del presupuesto no obstante los requerimientos documentados que obran en autos, hechos que se encuentran debidamente corroborados con el resultado de la pericia de fojas cuatrocientos y la inspección judicial de fojas cuatrocientos diecinueve, fundamentos por los cuales, la resolución materia del grado se encuentra arreglada a Ley; declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas seiscientos ochentísiete, su fecha veintidós de Enero del año dos mil dos, que condena a José Pedro Ismael Quevedo Vela, Mariano Pérez Barrientos y Edmundo Severo Herrera Vega como autores del delito contra la Administración Pública -Peculado-Malversación de Fondos-, en agravio del Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social - Foncodes -, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año, sujeto a las reglas de conducta que se indican en la sentencia y fija en mil quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar cada uno de los sentenciados a favor del agraviado; con lo demás que dicha sentencia contiene; y los devolvieron. S.S. VÁSQUEZ VEGARANO / PALACIOS VILLAR / CABANILLAS ZALDÍVAR / BALCÁZAR ZELADA / LECAROS CORNEJO

[515] SALINAS SICCHA, Ramiro; *"El delito de malversación de fondos"*, en: Gaceta Penal, Nro. 32, Febrero, 2012, Lima, Pág. 111.

[516] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 551.

más estricta que en el caso del peculado[517]. En ese sentido, si el sujeto activo sólo tiene facultades de custodia o de percepción y dispone del dinero y bienes para otro uso oficial el sujeto activo no cometerá delito de malversación sino abuso de autoridad (art. 376° Código penal). En otras palabras, se requiere en la malversación de fondos, como es fácil colegir, de relación funcional con el dinero o los bienes en función a la posesión en administración y además que ello implique la posibilidad de aplicación de los mismos a los fines oficiales.

En tal sentido, administrar no implica que el sujeto deba siempre detentar la posesión directa del dinero o bienes bajo su cargo. Estos pueden estar lejos de él. Lo importante es que tenga la disponibilidad jurídica. Por ello, se afirma que es necesario que el agente público tenga dominio sobre el dinero o bienes debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego[518].

3.4. El objeto material del delito

En cuanto a los objetos materiales del delito, el tipo penal señala a sólo dos formas concretas: al dinero y a los bienes. El dinero tendría que tener eficacia real y verdadera en el mercado para la compra y venta de bienes y servicios. En cuanto a los bienes, puede tratarse de bienes muebles como a bienes inmuebles.

El problema se presenta respecto a los "bienes". Así, hay bienes con valor económico y otros que no tienen valor. A efectos del delito de malversación, se entiende que los bienes a que hace referencia el tipo penal son los que tienen valor económico. El valor económico puede incluso ser mínimo[519].

---

[517] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 550.

[518] SALINAS SICCHA, *"El delito de malversación de fondos"*, cit., Pág. 109.

[519] SALINAS SICCHA, *"El delito de malversación de fondos"*, cit., Pág. 108.

3.4. La relación funcional del dinero o bienes

La condición para la tipicidad es que dicho "dinero" o "bienes" no estén librados a la liberalidad o discrecionalidad del funcionario, sino que estén bajo una evidente y estricta administración del funcionario o servidor público en una determinada Institución pública. En otras palabras, los objetos materiales deben estar en una relación o vinculación jurídica con el funcionario o servidor público (algo que también se exige en el delito de peculado doloso y culposo). La administración que puede ejercer el funcionario o servidor debe provenir de dos fuentes: en primer lugar, mediante una *posesión directa o inmediata* (pero siempre en el marco de una juridicidad), o en su defecto, mediante una *posesión indirecta*, es decir, mediante actos jurídicos de delegación.

Ahora bien, el artículo XI de la Convención Interamericana contra la Corrupción, incluye como objeto de la acción, no sólo los bienes del Estado y organismos descentralizados, sino también los de particulares que hubieren sido confiados a un funcionario, en razón de su cargo, ya sea para administración, depósito u otra causa[520]. Al respecto, el artículo 389° del Código Penal peruano al referirse el objeto de este delito sólo se refiere "al dinero o bienes" que administra el funcionario público, sin limitar su alcance a los que son de propiedad del Estado. Consecuentemente el sentido literal permite incluir en la protección a los bienes de particulares encomendados a la administración pública.

Esta interpretación es confirmada por el artículo 425° del mismo cuerpo legal, que establece: "Se consideran funcionarios o servidores públicos: Inciso 4°.- Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, **aunque pertenezcan a particulares**". En consecuencia, dada la claridad

[520] Véase, en este sentido VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000, en el punto 125, se señala que:

de nuestra legislación penal en este aspecto, no resulta necesaria su adaptación a lo establecido por la Convención Interamericana contra la Corrupción[521].

3.5. La aplicación pública definitiva diferente de los bienes o dinero por parte del funcionario o servidor público

En el artículo 389 del Código Penal se sanciona el delito de Malversación de Fondos de la siguiente manera: "*El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una* ***aplicación definitiva*** *diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada...*". Conforme a la tipicidad el delito de Malversación de Fondos presupone que el sujeto activo se trate de un funcionario público con la función de administrar bienes y de darles una aplicación pública determinada, con lo que llegamos a la conclusión de que no pueden malversar los funcionarios que accidentalmente ejercieran la administración de los bienes. En tal sentido, la malversación de fondos que carece de carácter de definitivo no posee relevancia *pe*nal, y solo constituye un ilícito administrativo. Por ende, penalmente no basta pues una aplicación diferente a los bienes si *estos* retornaron o estaban programados para ser devueltos al patrimonio estatal.

Los bienes o el dinero que administra el funcionario o servidor público, debe darle una aplicación de carácter definitiva diferente de aquellos a los que están destinados. El tipo penal es clarísimo en esta parte: tiene que darse una aplicación definitiva, y puede darse mediante una decisión personal de funcionario, o mediante una decisión colegiada, mediante votaciones, todo ello amparado normalmente en documentos, por ser éste el régimen normal dentro de la Administración. Caso contrario, si existe una aplicación momentánea o de carácter temporal

[521] Véase, en este sentido VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000, en el punto 126.

de los bienes o dinero, el delito no se tipifica por inexistencia de lesividad al objeto protegido.

En conclusión: conforme a la tipicidad el delito de Malversación de Fondos presupone que el sujeto activo se trate de un funcionario público con la función de administrar bienes y de darles una aplicación pública determinada, con lo que llegamos a la conclusión de que no pueden malversar los funcionarios que accidentalmente ejercieran la administración de los bienes.

Ahora bien, cuando se refiere a una aplicación definitiva, en otras palabras, se está diciendo que la aplicación que se ha realizado a los bienes o dinero no deben salir del ámbito de la Administración Pública, situación distinta a lo que pasa en el delito de peculado (artículo 387°), donde los caudales o efectos deben salir del ámbito de custodia de la Administración Pública, cayendo al dominio personal del funcionario o de un tercero vinculado a dicho funcionario.

El tipo penal subraya la exigencia de una conducta categóricamente lesiva al bien jurídico: la necesidad de su efectiva vulneración a consecuencia de la irrecuperabilidad de los bienes. En este punto, Rojas Vargas apunta que "La definitividad de la aplicación diferente del dinero o bienes públicos público, que marca ya la consumación del delito, hace alusión a la imposibilidad de regreso de los mismos a la partida o rubro de destino asignado. Están fuera de la adjetivación típico-temporal, por lo tanto, las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución luego de superado la causa o factor que lo motivó"[522]. La alusión al carácter "definitivo" del destino indebido del dinero o bienes administrados implica su irrecuperabilidad. El significado de este término suele interpretarse como la necesidad de que el dinero o los bienes no puedan volver a un estado o condición anterior, es decir, que sea imposible el regreso del dinero o los bienes a la partida o rubro de destino asignados.

[522] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 554.

Una Ejecutoria Suprema tiene señalado correctamente que no hay delito de malversación si aun existiendo irregularidades en el manejo de fondos no se prueba una asignación distinta de la fijada[523]. Por otro

[523] Véase, en este sentido, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N N= 804-05-lca (Data 45 OOO) Denunciado: Gregorio Urbano Carbajal Munayco y otros Agraviados: El Estado y El Colegio Nacional San Luis Gonzaga de lea Asunto: Peculado y Malveración de fondos Fecha: 28 de junio de 2005:
"Se denunció a cuatro funcionarios del sector educativo la comisión de los delitos de peculado y malversación de fondos en agravio del Estado y de un colegio nacional. Los funcionarios mencionados habrían cometido irregularidades en la suscripción de los contratos de alquiler de los inmuebles pertenecientes al colegio, los que no fueron renovados con los incrementos establecidos, ya que los procesados en forma inconsulta se pusieron de acuerdo con los inquilinos, a quienes les autorizaron realizar mejoras.
La denuncia se sostuvo en la pericia contable que establecía que de la cuenta intangible de 2.1,248 dólares por depósitos de los inquilinos, solo existía la suma de 13,100 dólares. adicionalmente a ello, los procesados como parte de la junta económica educativa pagaron a un abogado una suma excesiva por servicios profesionales sin existir la sustentación debida; y por último, en la adquisición de computadoras se pagaron sumas sobre-valoradas sin tener en cuenta lo contenido en el reglamento único de adquisiciones. La sentencia del Colegiado Superior fue condenatoria solo para dos de los funcionarios; sin embargo, el fiscal superior alegó en su recurso de nulidad que la pena impuesta no guardaba proporcionalidad y razonabilidad con el daño causado a la sociedad. Además, este señaló que en base a un informe ampliatorio se llegó a determinar la existencia de irregularidades en la captación y uso de recursos por alquiler y otros por parte de la junta económica del colegio conformada por los procesados.
Por su parte, un procesado fundamentó su recurso de nulidad señalando que, el Colegiado no tomó en cuenta que el monto total por honorarios profesionales pagados al abogado contratado fue una suma que resulta ser menor que la atribuida, y que también resulta menor a la prevista en el artículo 6 de la Ley N° 26404 que fija los montos para contratar mediante adjudicación directa. Adicionalmente a ello, el director del colegio y el tesorero administrativo, refirieron que no se apropiaron del dinero del colegio y que el hecho de no haberse mantenido intangible la cuenta de ahorro del colegio se debió al presidente de la asociación de padres de familia, quien igualmente fue el que decidió la adquisición de computadoras.
A efectos de determinar la responsabilidad, la Sala Suprema destacó que en el delito de peculado el sujeto activo debe tener dominio sobre la posesión material de los bienes que administra debido a sus funciones, y que los verbos rectores tales se entienden del siguiente modo: "administrar", como sinónimo de facultad de disponer los bienes; "percibir" es recibir bienes de la Administración Pública,

lado, la Ejecutoria Suprema de fecha 21 de setiembre de 2007 (Recurso de Nulidad N° 2764-2006), expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, ha señalado lo siguiente:

> "Tercero: Que, en principio, debido a que en la sentencia recurrida y en el proceso penal se hace mención insistentemente al delito de Malversación de Fondos como una modalidad de Peculado, es necesario precisar, que tales conducta típicas si bien protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación pública a los bienes públicos, mientras que, el Peculado consiste en una apropiación en prove-

para ingresarlos o regresarlos a ella; y "custodiar" es entendido como la tenencia y vigilancia sobre los bienes públicos realizada como función administrativa. En el análisis de la pericia contable se concluyó que no se había logrado establecer en forma concreta el monto del perjuicio causado al Estado, o en su defecto en forma concreta a los responsables del perjuicio. La Sala Suprema consideró que en dicho documento no se establecieron de forma individualizada los cargos imputados a cada uno de los procesados, es decir la conductas descritas en los verbos rectores; limitándose tanto la acusación fiscal como la sentencia a sindicar en forma general que los procesados son responsables de los hechos. Respecto del delito de malversación de fondos, la Sala Suprema indica que pueden ser numerosas y variadas las formas o modalidades prácticas de los actos de malversación que se aplican de modo distinto a las asignaciones de dinero y bienes, cambiando así el destino o empleo fijado oficialmente, dentro del mismo rubro presupuestario o asignándolo arbitrariamente a otro (funcionario que gasta más de lo asignado en adquisición de material de oficina, alcalde que emplea el dinero destinado a la compra de maquinarias en el programa de vaso de leche, gastos no autorizados, etc.). Pueden además presentarse en situaciones de permanencia o de delito continuado. En doctrina se sintetiza en cuatro conductas específicas la figura de malversación, a saber: a) dar aplicación oficial diferente de aquella destinada; b) comprometer sumas superiores a las fijadas c) invertir en forma no prevista; y d) utilizar los fondos en forma no prevista.
La Corte Suprema señala finalmente que para la realización del tipo penal del delito de malversación de fondos no entran en consideración los fines en los cuales se haya invertido el dinero del Estado, bastando para su consumación el hecho que le haya dado un destino diferente del primigenio. En ese sentido, considera que en el caso de autos no se llegó a establecer la comisión de los delitos de peculado y de malversación de fondos, pues si bien existieron irregularidades en el manejo de los fondos, sin embargo no se llegó a acreditar la apropiación correspondiente por parte de los procesados, ni la malversación que se haya dado a los fondos, por lo que se absuelve a los procesados".

cho privado del funcionario o servidor público o de terceros ajenos al Estado, siendo una de las características más relevante, el hecho de que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no salen de la esfera patrimonial del Estado, como si sucede en el caso de Peculado, por lo que, debe aclararse que la Malversación de Fondos es una modalidad de delito contra la Administración Pública. Cuarto: Que, en tal sentido el marco jurídico protegido por el delito de Malversación de Fondos es la racional ejecución del gasto y en la utilización o empleo de los dineros o bienes públicos, sustentado sobre todo, en el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio, constituyendo presupuestos fundamentales para su configuración **"la aplicación definitiva" y "la afectación del servicio o función encomendada" del dinero o bien público"**.

La acción típica en este delito, consiste en dar aplicación pública diferente, de aquella a la que están destinados, al dinero o bienes de la Administración Pública, es decir estamos hablando de un cambio de destino que los fondos tiene fijados, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero. Cabe dejar en claro que la diferencia de este delito con el delito de peculado, consiste siempre en una aplicación pública a los bienes públicos. El destino del dinero o bienes públicos puede ser:

- GENERICO, cuando está referido a un sector amplio de la administración; por ejemplo, para el Poder Judicial o el Poder Legislativo; o,
- ESPÉCIFICO, cuando señala expresamente el destino final de los bienes, como la compra de un bien en particular[524].

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

La comisión del delito de malversación de fondos sólo se puede cometer mediante la modalidad dolosa. En efecto, el dolo debe comprender el conocimiento de que el sujeto es un funcionario o servidor públi-

[524] DONNA, Edgardo Alberto; *Delitos Contra la Administración Pública,* Buenos Aires, 2002, Pág. 266.

co, debe conocer que lo que está administrando son dineros o bienes; debe conocer que a dicho dinero o bienes se le una aplicación definitiva de aquello a lo que estaba destinado.

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

El delito de malversación de fondos, de acuerdo a la descripción típica, tiene a mi juicio, dos criterios específicos en función a la temporalidad de la conducta, para precisamente llegar a la consumación típica; dichos criterios específicos son los siguientes:

- En primer lugar, cuando el tipo penal en comento señala que el funcionario público o servidor público "*...da al dinero o bienes que administra*", se está refiriendo a que efectivamente se realice la aplicación definitiva distinta a la encomendada inicialmente; esto sería una especie de actos de ejecución (inicio de lo punible) de la conducta, si aplicamos el *iter criminis* externo.
- En segundo lugar, no cualquier clase de aplicación definitiva a los bienes o dinero generará la consumación global del injusto penal en comentario; por ello, en la parte final de la conducta típica, el artículo 389° del Código penal contempla un resultado típico a tener en cuenta: "*...afectando el servicio o la función encomendada...*". El término "afectación" debe entenderse como una lesión efectiva al objeto penalmente protegido, cual es la "Administración pública", específicamente afectando la denominada Legalidad Presupuestal. Por ejemplo, el Alcalde de un Municipio ha decidido realizar una aplicación definitiva a un dinero que tenía, en principio, destinado de construir una lozas deportivas en un barrio determinado, luego por decisión personal, decide emplear el dinero para pagar planillas del personal dentro de la Municipalidad, situación que efectivamente pasa, afectando el servicio institucional, en este caso, de la Municipalidad.

  Como hemos dicho el artículo 389° del Código penal contempla un resultado típico: "*...afectando el servicio o la función encomendada...*", por lo tanto, se trata de un delito de resultado le-

sivo verificado a nivel de tipicidad. En ese sentido, al constituir un hecho punible de resultado es perfectamente posible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa. Toda conducta anterior a la real disposición definitiva del dinero o bienes públicos a un destino diferente al previsto, constituirá tentativa siempre y cuando se haya traspasado el límite de los meros actos preparatorios[525]; caso contrario de lo que sostiene Rojas Vargas, para quien la afectación al servicio o de la función encomendada se constituye en una *condición objetiva de punibilidad* para hacer merecedora de sanción el injusto penal cometido por el sujeto publico malversador[526].

Me parece correcto el condicionamiento típico –exigencia de disvalor del resultado– que ha impuesto el Legislador nacional, porque caso contrario, se asemejaría a una infracción meramente administrativa. Sin embargo, el legislador nacional no ha precisado en qué debe consistir la afección del servicio. ¿Debe ser imposibilitado o bastará con que corre; peligro su ejecución? La afección debe entenderse no solamente como "peligro" de no ejecutar la obra, sino incluso bastará con que se afecten los plazos, se incrementen los costos o la calidad de la obra que iba a ejecutarse. Aquí será necesario efectuar una pericia para verificar si y cómo esta afección se ha dado[527].

Por el contrario, si no se llegase a tal resultado lesivo estaríamos ante un tipo imperfectamente realizado, dando lugar a la tentativa punible (artículo 16°), siempre y cuando se haya traspasado la frontera de los actos preparatorios impunes. Por ejemplo, si el Alcalde de un Municipio ha decidido realizar una aplicación definitiva a un dinero que tenía, en principio, destinado de construir una lozas deportivas en un barrio, luego por decisión personal, decide emplear el dinero para pagar

[525] SALINAS SICCHA, Ramiro; *"El delito de malversación de fondos"*, cit., Pág. 116.

[526] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 556.

[527] Véase, en este sentido: ABANTO VASQUEZ; 2003, Pág. 386.

planillas del personal dentro de la Municipalidad, y precisamente cuando se disponía a firmar la resolución para tal finalidad, es intervenido por Control Interno de la misma Municipalidad, con lo cual se frustra el injusto penal. Aquí existe tentativa más no consumación típica desde que no se ha afectado el servicio o función encomendada.

6. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE POR APLICACIÓN DEFINITIVA DE DINERO O BIENES DE PROGRAMAS DE APOYO SOCIAL, DE DESARROLLO O ASISTENCIA

Esta circunstancia agravante se encuentra regulada en la segunda parte del artículo 389° del Código penal:

> *"Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistencia y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años".*

La circunstancia agravante radica no en el mayor *disvalor* de la acción del sujeto activo, sino en el mayor *disvalor* del resultado, porque se trata de una aplicación definitiva al dinero o los bienes, pero no cualquier dinero o viene, sino a aquellos que pertenezcan a programas de apoyo social, de desarrollo o asistencia; igualmente se exige como resultado típico la acreditación de la afectación del servicio o la función encomendada.

Como hemos dicho, el delito de malversación agravada, a diferencia del delito de malversación básica, exige un resultado típico expreso que es, parte pertinente: "*...afectando el servicio o la función encomendada...*", por ello se justifica una sanción mayor (de tres a ocho años de pena privativa de libertad) de la del primer párrafo del artículo 389° (uno a cuatro años de pena privativa de libertad), claro está acreditado que los bienes o dinero corresponda a determinados Programas de Apoyo o Asistencia Social, los mismos que se les dé una aplicación definitiva diferente.

Es decir, por más que se haya verificado en el proceso penal, sólo la primera parte (la especialidad de los bienes o el dinero), y no la segunda parte del tipo penal (la afectación del servicio o función encomendada), la conducta del autor quedará en proceso de ejecución interrumpido por causas ajenas o causas propias del autor, en ese sentido, quedará en grado de tentativa punible (artículo 16° del Código penal).

La comisión agravada de éste delito sólo se puede realizar de manera dolosa. El sujeto activo tiene que, previamente, tener la voluntad y el conocimiento efectivo (dolo) de todos y cada uno de los requisitos objetivos de la circunstancia agravante.

7. EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS Y SU DIFERENCIA CON EL DELITO DE PECULADO

7.1. Consideraciones generales

El delito de malversación de fondos, según su ubicación sistemática dentro del Código penal peruano, sería una especie o modalidad del delito de peculado, pues éste encabeza uno de los Cuatro Títulos sistemáticos de delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración Pública; en ese sentido, la malversación de fondos debe compartir algunos de los elementos típicos esenciales del peculado (por ejemplo, el tema del objeto genérico protegido: Administración pública, los sujetos activos, la afectación patrimonial-presupuestal de los caudales o efectos del Estado, entre otros); sin embargo, también debería existir algunas diferencias básicas entre ambas figuras delictivas, por ejemplo, si el Legislador peruano ha preferido ubicar al delito de peculado como género delictivo inicial, es porque dicho delito sería mucho más grave (de acuerdo a la sanción penal) de las restantes modalidades de peculado, situación que es cierta en nuestro caso (aunque la ubicación sistemática inicial de un delito no siempre sería de mayor gravedad, véase por ejemplo, el delito de coacción –artículo 151°–, ubicado al inicio, en relación al delito de secuestro –artículo 152°–, éste último es mucho más grave que el delito de coacción).

Volviendo a nuestro tema, una Ejecutoria Suprema ha definido la diferencia entre un delito de peculado y un delito de malversación de fondos, y dicha diferencia está en el criterio aplicación pública definitiva diferente. En efecto: «Que en la sentencia recurrida se absuelve a los imputados, respecto al cargo de transferencia de los recursos del canon petrolero al Fondo de Desarrollo Agrario de Loreto, institución última que fue quien administró los mismos, atendiendo a que este hecho constituiría delito de malversación y no de peculado, en mérito a que no se probó que los acusados utilizaron o se apropiaron de los fondos públicos en cuestión; que, en efecto, el título de imputación formulado por el Ministro Público no corresponde a las exigencias del tipo legal de peculado y más bien tipifica el delito de malversación; que esta última infracción penal requiere que se dé al dinero o bienes públicos que se administra aplicación pública definitiva diferente, de aquélla a los que están destinados, y sin duda público u oficial es el destino que se acordó por el Gobierno Regional de Loreto -el Fondo de Desarrollo es una institución pública regional y los fondos se destinaron a préstamos promocionales-; que como no se dio una aplicación privada de los dineros públicos, único supuesto en que -si reúnen los demás elementos típicos- podrá ser calificado de peculado, la conclusión del Tribunal de Instancia se encuentra arreglada a ley»[528].

El delito de peculado (doloso) se sanciona la conducta del funcionario que extrae caudales o efectos que forman parte del patrimonio público, sacándolos de la esfera de dominio de la administración pública en beneficio del funcionario peculador o de un tercero, por lo que la administración pública pierde parte de su patrimonio. En el delito de malversación de fondos se sanciona la conducta del funcionario público que da una aplicación definitiva distinta a los fondos públicos al previamente establecido por la propia administración pública, por lo que los fondos públicos permanecen dentro del ámbito de dominio de la administración pública, no los pierde como en el caso del delito de peculado.

[528] Recurso de Nulidad N° 3336-2004, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

No puede existir jurídicamente, bajo un mismo supuesto fáctico como unidad de acción, el delito de Malversación de Fondos y el delito de Peculado doloso. Efectivamente tal como dice el Profesor Peña Cabrera Freyre "Si luego de dar una aplicación definitiva a los bienes, el funcionario se apropia de hechos, estaríamos ante dos hechos, que de forma separada y autónoma, son constitutivos de delito de Malversación de Fondos y de Peculado por apropiación, configurándose un Concurso real de delitos. Nótese, que deben tratar de dos hechos distintos, como se ha dicho antes, no puede presentarse un Concurso Ideal de delitos (unidad infractora de una pluralidad normativa)"[529].

Al respecto, Abanto Vásquez señala que el desvío del destino público debe ser tipificado como Malversación y no como delito de Peculado. "la apropiación [en el Peculado] ... puede favorecer a un tercero.... Este tercero puede ser una persona ... jurídica (empresa privada...), pero no la propia administración. En caso de que hubiere un cambio de destine público, sería aplicable la figura de "malversación"[530]. En este mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha negado la posibilidad de imputar el delito de Peculado cuando los hechos se basan en la celebración de contratos con empresas privadas, manteniendo la posibilidad de que dicha conducta sea analizada por otro título imputativo (que en el presente caso sería el delito de Malversación de Fondos).

7.2. Jurisprudencia en procesos por delito de Malversación de Fondos

LA ORDEN DE CAMBIO DE DESTINO PÚBLICO POR EL FUNCIONARIO "suponiendo este tipo penal un cambio del destino público del patrimonio (bienes o dinero), es necesario en primer lugar, determinar la aplicación a que originalmente estaban destinados los caudales; luego es, preciso determinar la aplicación distinta que presuntamente

[529] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo V, Lima, 2010, Lima, Pág. 390.

[530] ABANTO VASQUEZ, 2003, Pág. 354.

se hizo de los mismos, para establecer finalmente si el encausado en el ejercicio de sus funciones ordenó el cambió de destino público"[531].

LA AUSENCIA DE DESMEDRO EN EL PATRIMONIO DEL ESTADO POR MALVERSACIÓN. "No se realiza el delito de peculado, por ejemplo, cuando se adquiere bienes que no son utilizados y son destinados luego a otra obra, configurándose en cambio el delito de malversación de fondos; supuesto típico en el cual se crea evidentemente un desbalance patrimonial en relación a los recursos del Estado asignados para un fin determinado, pero el patrimonio general del Estado no sufre desmedro"[532]

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS ES EXCLUYENTE DEL DELITO DE PECULADO. "Los actos imputados al burgomaestre, consistentes en haber gestionado y obtenido un préstamo del Banco de la Nación, destinados a la ejecución de obras, pero que fue utilizado por el acusado para adelanto de remuneraciones y otros, no configurándose el delito de peculado sino de malversación de fondos"[533].

DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS ES EXCLUYENTE DEL DELITO PECULADO.- "Constituye delito de malversación de fondos dar distinto fin a los bonos alimenticios, que el gobierno había destinado a las personas más menesterosas, esto es, haberlos entregado a comerciantes del lugar, no probándose que los encausados se hayan apropiado en beneficio personal de esos dineros, razón por la cual la figura de peculado, también formulada contra ellos ha quedado desvanecida"[534]

---

[531] Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 25 de Marzo de 1998. expediente n° 101-98. ARMANZA GALDOS, Jorge / ZAVALA TOYA, Fernando; *La decisión judicial*, Lima, 1999, Pág. 43.

[532] Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 26 de Mayo de 1998. Expediente N° 179-98. ARMANZA GALDOS. Jorge / ZAVALA TOYA, Fernando; *La decisión judicial*, Lima, 1999, Pág. 82

[533] Ejecutoria Suprema del 16 de agosto de 1996, Expediente N° 1364-96-B Lima. ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal.* Lima, Gaceta Jurídica, 1999, Pág. 684.

[534] Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 1986. expediente N° 469-85 Huánuco, Anales judiciales de la Corte Suprema de Justicia. Año judicial 1986. tomo IXXIV, Lima. 1990. Pág. 143.

DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE PECULADO Y EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS.- "El delito de peculado es diferente al de malversación. El primero, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le ésta confiado por razón de su cargo; mientras, que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a la que están destinados; tratándose de dos figuras delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones"[535].

[535] Ejecutoria suprema del 13 de julio de 1999. Expediente N° 1524-98. Arequipa. Revista Peruana de Jurisprudencia. Trujillo. Editora normas legales. 2000. año II - N° 3. Pág. 396.

CAPÍTULO NOVENO
EL DELITO DE COHECHO ACTIVO (GENÉRICO Y ESPECÍFICO) EN EL CÓDIGO PENAL.

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO-PENAL

Los actos de corrupción necesitan la participación de dos sujetos: uno que inicia la propuesta corruptora, y el otro que acepta la misma. Normalmente en la lógica de los Códigos penales Latinoamericanos, entre los que se encuentra el nuestro, quien inicia normalmente la oferta corruptora es el particular o *extrañes*, por eso se le llama cohecho "activo", y el funcionario o servidor público es quien normalmente acepta o recibe dicha oferta; sin embargo, en algunos casos, es el funcionario público o servidor público quien inicia dicha oferta corruptora, la misma que se encuentra regulada en nuestro Código penal, a partir del año 2004 (véase, el artículo 393°, segundo párrafo), convirtiéndose así el funcionario o servidor en una especie de cohechante "activo" encubierto. En otras palabras, no en todos los casos el *extraneus* es quien comienza el proceso corruptivo, configurándose un cohecho activo, sino que también en algunos casos, es el propio sujeto *intraneus*, quien inicia dolosamente la solicitud de los medios corruptores.

Respecto al acto de corrupción cuando el Código hacía referencia al tratar de corromper, se refiere a cualquier acción dirigida a comprar la función pública o hacer que el funcionario venda la función pública. La doctrina la conoce como el cohecho activo de propuesta; el tipo penal exige siempre una conducta activa del sujeto activo (el acto de corrupción), lo cual incluye también a los actos concluyentes positivos del funcionario público. La palabra "corromper" de manera similar a la

inducción, implica lograr en el funcionario un "estado de disposición" para la venta de la función pública.

El Legislador nacional ha querido ser expreso al reprimir este tipo de conducta activas dentro del proceso corruptivo, situación que no se presenta en algunos otros delitos considerados de participación necesaria dentro del mismo Código penal, por ejemplo, véase los delitos de colusión (simple y agravada) o el delito de tráfico de influencia, donde existe un enorme vacío o laguna de punibilidad en cuanto a los llamados "sujetos interesados", sancionándose sólo a los autores de dichos ilícitos, como veremos cuando lleguemos al acápite número dos denominado: "El delito de cohecho (activo) como delito de encuentro".

El delito de cohecho activo se divide, según el Código penal, en dos: cohecho activo genérico y el cohecho activo específico, y está en función hacia *quien va dirigido los medios corruptores*, ya que el sujeto activo seguirá siendo un particular o *extraneus*. Es decir, será cohecho activo genérico (art. 397°) si los medios corruptores son dirigidos hacia la generalidad de funcionarios o servidores públicos que están vinculados a un deber funcional; en cambio, será cohecho activo específico (art. 398°, primer párrafo) si está dirigido sólo a determinados funcionarios, como son Magistrados, Árbitros, Fiscales, Peritos, Miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo, y también será delito de cohecho activo específico (art. 397°, segundo párrafo) si los medios corruptores van dirigidos y aceptados a Secretarios, Relatores, Especialistas, Auxiliar Jurisdiccional, Testigo, Traductor o interprete o análogo. La única diferenciación que hace el Código penal en cuanto al sujeto activo, está en el último párrafo del mismo artículo 398°, pues reprimido bajo la misma modalidad si el que ofrece, da o corrompe es un *abogado o forma parte de un Estudio de Abogados*.

El delito de cohecho activo genérico solo exige -que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a comprar la función pública, no hace falta aun cuando lo incluya- un acuerdo previo; solo se requiere que el agente trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario involucrado, esto es, genere en él un estado

de disposición para la venta de la función pública[536]. Vale la aclaración que el delito de cohecho activo –genérico y específico– con relación al delito de cohecho pasivo –propio como impropio–, son ilícitos penales de naturaleza "independientes" entre sí, y habría que desterrar la idea de que entre ambas figuras existe una relación concursal de tipo ideal o real; en otras palabras, que la tipicidad de unos de los ilícitos –cohecho activo y pasivo– no depende de la verificación de la tipicidad del otro delito, pues son, reiteramos injustos penales autónomos, y dentro del proceso penal debe respetarse tal situación.

En ese sentido, el delito de cohecho activo puede existir sin la existencia del delito de cohecho pasivo, porque el funcionario o servidor público puede rechazar la oferta corruptora (quien será citado como en calidad de tercero ajeno al proceso). Asimismo, puede existir cohecho pasivo solamente sin la existencia del delito de cohecho activo, por ejemplo el funcionario o servidor público solicita, directa o indirectamente, los medios corruptores (así, véase el artículo 393°, segundo párrafo), y el particular o *extraneus* no las acepta (quien será citado como en calidad de tercero ajeno al proceso).

Una cuestión que todavía constituye un vacío latente en nuestra Legislación penal, es lo relacionado a la posible tipificación de los llamados "sobornos en el ámbito privado", no obstante que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 21), en el punto de *Soborno en el sector privado*, recomienda y señala expresamente:

> *"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:*

[536] Recurso de Nulidad, N° 3778-2003-Lima, en: Gaceta Jurídica, Código Penal en su jurisprudencia, Lima, Pág. 427.

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar".

Ahora bien, con relación al bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, siendo el caso que bajo el *nomen juris* de cohecho activo especifico el objeto de tutela penal en el presente injusto penal es la *imparcialidad de la actuación administrativa,* que como bien señala Abanto Vásquez debe interpretarse, en el sentido de un "deber de objetividad o indiferencia" frente a grupos de presión, fuerzas políticas o intereses privados del propio funcionario; y un deber de distribuir equitativamente beneficios" a favor de todos los ciudadanos sin privilegiar a ninguno en especial[537]

Según Bacigalupo "Tradicionalmente los fenómenos de corrupción tenían una dimensión individual reflejada en el marco de los delitos de funcionarios (cohecho, prevaricación, malversación de fondos públicos). Desde este punto de vista se trata de delitos que afectan la confianza en el funcionamiento limpio y transparente del Estado de Derecho y que agotan su significación en el reproche que merece un autor individualmente considerado"[538].

---

[537] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.; *Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal Peruano*, Lima 2003, Pág. 421.

[538] BACIGALUPO, Enrique; *"Corrupción política y proceso penal"*, en: Bacigalupo, Enrique, Teoría y práctica del Derecho penal, tomo II, Madrid, 2009, Pág. 1339.

El bien jurídico que es objeto de tutela común es el correcto funcionamiento de la administración pública, así como el prestigio y la imparcialidad de la misma. Sin embargo, el objeto específico de tutela en el cohecho activo radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los agentes de la administración pública[539]. En otras palabras, en el delito cohecho activo se debe precisar que se protege adicionalmente la *"tranquilidad en el desempeño funcionarial"* el funcionario debe trabajar sin verse tentado por ofrecimientos de los particulares; respecto del sujeto activo, como se trata de un delito común, cualquier funcionario público que posea las facultades específicas para realizar el acto funcionarial.

Lo que se protege, en realidad, a través del delito de cohecho activo, es que el funcionario o servidor público, en todo momento, realice su labor (ya sea de gestión o de decisión), dentro del ámbito de sus funciones específicas, con la total tranquilidad que el caso amerita, teniendo como finalidad *el deber de objetividad,* si se trata de actos de investigación, o el *deber de imparcialidad,* si se trata de un acto de decisión funcionarial. Que no existan agentes o elementos externos de carácter ilícito (como por ejemplos: donativos, promesas, ventajas o beneficios) que perjudiquen o afecten seriamente la actividad de la Administración Pública, en cualquiera de sus sectores.

2. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO "ACTIVO" EN FUNCIÓN AL DELITO DE COHECHO.

Los delitos de cohecho activo genérico o específico (artículo 397 o 398), el delito de cohecho pasivo propio (artículo 393, segundo párrafo) y el delito de concusión (artículo 382), tienen zonas fronterizas (comunes) entre uno y otro ilícito penal, pues todos éstos delitos que afectan el bien jurídico Administración Pública, y son cometidos por funcionarios

[539] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Lima 2007, Pág. 534.

o servidores públicos, o sujetos *extraneus* en el caso del cohecho activo genérico o específico; además –y lo más relevante en este punto– es que en dichos delitos, el comportamiento típico radica en que la oferta o propuesta de alguna manera corruptiva (o extorsiva en el caso de la concusión) se genera o lo propicia –dolosamente– el propio funcionario o servidor público o el sujeto *extraneus* en el caso del cohecho activo, de ahí que el papel protagónico de las tres figuras delictivas citadas recaigan en la conducta (lucrativa-económica) del funcionario o servidor público, cuando en realidad él más bien debería evitarlas o impedirlas.

Como bien expresa Rojas Vargas "El cohecho es activo no tanto en relación al contenido de la acción, pues el funcionario o servidor que solicita está desarrollando también un comportamiento activo, y sin embargo, es imputado penalmente (en doctrina y legislación) a título de corrupción pasiva, sino en función al punto de origen donde se inicia la propuesta corruptora, es decir, del sujeto determinado"[540].

Como puede observarse, en todos los supuestos antes citados existen comportamientos "activos" para el beneficio económico propio del funcionario o de tercero, sin embargo, las diferencias son claras entre uno y otros, y ello radicaría *en la forma y circunstancia típica de los comportamientos "activos", es decir, en la forma de cómo obtiene, ilícitamente, el autor el beneficio económico o patrimonial;* en ese sentido, en el delito cohecho activo (genérico o específico) se trata de una propuesta voluntaria de carácter real o potencial de los medios corruptores por parte del sujeto *extraneus*; igualmente en el delito de cohecho pasivo propio (segundo párrafo del artículo 393°) se trata de una propuesta voluntaria de los medios corruptores, por parte del sujeto *intraneus;* finalmente, en el delito de concusión si bien se trata de una propuesta del funcionario, ésta propuesta no es voluntaria sino "obligatoria" o "inducida" hacia una víctima concreta, propuesta que lleva implícita una finalidad específica de carácter económica-lucrativa por parte del sujeto *intraneus*.

[540] ROJAS VARJAS, 2007, Pág. 738.

3. EL DELITO DE COHECHO (ACTIVO) COMO DELITO DE ENCUENTRO

El cohecho activo está construido como un tipo penal de participación necesaria, (término alemán) o de delitos de intervención necesaria (término de Maurach/Gossel/Zipf) o también llamados delitos plurisubjetivos o bilaterales (término italiano o español); es decir, donde se requiere de la participación del sujeto pasivo para la realización del tipo penal[541].

Como es sabido, el delito de intervención necesaria tiene dos grandes grupos: a) *Delitos de convergencia*: por ejemplo la Rebelión (Art. 346); el Hurto agravado cometidos por más de dos personas (Art. 186, numeral 6), o la Asociación ilícita (Art. 317); y b) *Delitos de encuentro*, como es el delito de Favorecimiento de la prostitución (Art. 179), el delito de Usura (Art. 214), el delito de Nombramiento ilegal (Art. 381), y el

---

[541] Según ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 69 y siguientes los grupos de casos de participación necesaria son los siguientes:

1) La participación es "necesaria" según el tenor de la ley, la cual no prevé, sin embargo, la punición, sino la protección del partícipe.
2) La participación no es necesaria según el tenor de la ley para que el delito se lleve a cabo o cuando esta participación vaya más allá del mínimo necesario y donde el sentido de la ley es el de proteger a éste.
3) Casos en los cuales el hecho punible debe favorecer a otra persona que interviene en el hecho.
   3.1. Casos en los que el favorecido es partícipe necesario del delito del autor, pero su conducta también está tipificada por separado en otros tipos penales.
   - Nombramiento ilegal (Art. 381, primer y segundo párrafo)
   - Cohecho pasivo (Art. 393) - Cohecho activo (art. 397).

   Debe destacarse que existen Delitos donde expresamente se incorpora la intervención del particular en delitos funcionales
   - Cohecho activo (Art. 397)
   - Colusión (Art. 384)
   - Nombramiento Ilegal

   Asimismo, existen Delitos donde *implícitamente* se incorpora la intervención del particular en delitos funcionales:
   - Tráfico de influencias (Art. 400)
   - Peculado (Art. 387)

delito de Tráfico de influencias (Art. 400), y obviamente el único delito de encuentro donde se reprime a los dos sujetos intervinientes, cual es el delito de cohechó: cuál es el delito de Cohecho Pasivo (art. 393) y el delito de Cohecho Activo (art. 397).

En el caso del delito de nombramiento o aceptación indebido para cargo público (artículo 381 CP), se sanciona como poca veces a los dos sujetos que intervienen en el "encuentro" lesivo en contra del bien jurídico protegido. Es decir, sanciona por un lado a aquél sujeto sumamente especial (sólo habla de funcionario público y no servidor público, parecido al delito de abuso de autoridad), que hace un "nombramiento" para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales; y otro lado, a renglón seguido, se sanciona a aquél que "acepta" el cargo sin contar con los requisitos legales.

Ahora bien, la particularidad del delito de cohecho activo, es que aquí solo será punible la conducta típica del autor o particular, mientras que la conducta del otro (el funcionario) solo será punible si adicionalmente cometiere su propio injusto (aceptar), previsto por separado en la ley. Asimismo, aunque no se mencione expresamente, nada impide que el acto de corrupción pueda ser efectuado a través de un tercero.

4. EL DELITO DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO

4.1. Descripción Legal. Evolución Legislativa

El actual delito de cohecho activo genérico se encuentra previsto y sancionado en el Art. 397 del Código Penal (generado por la Ley Nro. 28355 del 06-10-2004), de la siguiente manera:

> *Art. 397:* Cohecho Activo Genérico
>
> *El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da ó promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.*

El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

El Código penal de 1991, en su texto original, el delito de cohecho activo ("propio" –en el primer párrafo- como el "impropio" –en el segundo párrafo-) se encontraba previsto y sancionado en el artículo 399°, el mismo que tenía la siguiente descripción:

"El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años".

Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años".

Por su parte, el Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [542], en el Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios, se regula bajo el rubro "Corrupción de funcionarios" (Sección IV), el Cohecho activo genérico, en el artículo 451° en los siguientes términos:

"El que, con 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 e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1, 2, 3, 4 y 8 del Código penal".

---

[542] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, Pág. 258.

El que con 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".

4.2. Legislación penal comparada

El Código penal alemán regula el delito de cohecho activo, bajo los siguientes tenores:

§ 334. Cohecho

(1) Quien ofrezca, prometa u otorgue una ventaja aun titular de cargo o a un empleado público especialmente comprometido con el servicio o a un soldado del ejército federal, para él o para un tercero como contraprestación por haber efectuado una acción de servicio, o para que la efectúe en el futuro y con ello haya violado o viole en el futuro sus obligaciones, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.

(2) Quien ofrezca, prometa u otorgue para sí o para un tercero una ventaja a un juez o árbitro como contraprestación por:

1. Haber efectuado una acción judicial y con ello haya violado sus obligaciones judiciales

2. Efectuarla en el futuro y con ello violando sus obligaciones judiciales, será castigado en los casos del numeral 1, con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años; en los casos del numeral 2, con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. La tentativa es punible.

(3) En caso de que el autor ofrezca, prometa u otorgue la ventaja como contraprestación por una acción futura, entonces deben aplicarse los incisos 1 y 2, cuando él intente determinar al otro, para que éste:

1. Viole sus obligaciones con la acción o

2. En cuanto la acción esté dentro de su discrecionalidad, se deje influenciar por la ventaja en el ejercicio de su discrecionalidad.

Por su parte, el actual Código penal argentino regula el delito de cohecho activo, bajo el siguiente tenor:

ARTICULO 258. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciere u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTICULO 258 bis — Será reprimido con reclusión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.825 B.O. 11/12/2003)

ARTICULO 259. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 15), en el punto de Soborno de funcionarios públicos nacionales, señala expresamente:

> *Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:*
>
> *a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales".*

5. EL DELITO DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO (PROPIO)

Volviendo al Código penal peruano, el tipo penal en estudio (cohecho activo genérico), tiene a su vez dos clasificaciones bien definidas, que son: el delito de cohecho activo genérico **propio** que se encuentra regulada en el primer párrafo (*"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..."*) y por otro lado, el delito de cohecho activo genérico **impropio** que se encuentra regulada en el segundo párrafo (*"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 cargos o empleo, sin faltar a su obligación..."*).

5.1. Tipicidad objetiva

Enseguida pasaremos a analizar cada una de ellas.

5.1.1. Sujeto activo

El sujeto activo de este ilícito al tratarse de un delito común, puede ser cualquier persona, incluyendo a otro funcionario o servidor público que no posea las facultades específicas para realizar el acto funcionarial.

5.1.2. Sujeto pasivo

Como en todos los delitos de corrupción el sujeto pasivo lo será el Estado y de manera concreta la entidad a la que pertenece el funcionario público.

5.1.3. Conducta típica

La conducta típica puede resumirse en los siguientes puntos:

5.1.3.a. Sobre los verbos rectores

- El primer verbo rector se trata de **"ofrecer"** un medio corruptor (donativo, ventaja o beneficio), que define una acción de propuesta u ofertamiento unilateral que partiendo de un sujeto indeterminado va dirigida al funcionario o servidor público, quien poseyendo competencia (vinculación funcional) se compromete a su vez a realizar u omitir actos públicos de función o servicio que supongan quebrantamiento de sus obligaciones. En otras palabras, el término ofrecer significa: comprometerse alguien a dar algo a otra persona.

  En este punto, podemos mencionar los llamados "ofrecimientos implícitos" por parte del cohechante activo, tal como precisa la siguiente Ejecutoria Suprema: "El delito efectivamente perpetrado es el de cohecho activo [...], previsto y sancionado por el artículo i 398°] del Código Penal, que sólo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta Dirigida a «comprar» la función pública, no hace falta aun cuando los incluya un acuerdo previo; que el tipo penal en mención requiere que el agente, a través de dádivas, promesas o ventajas, trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario Involucrado, esto es, genere en él un estado de disposición para la «venta» de la función pública; *que esta figura también admite, como una de sus formas posibles para lograr el propósito criminal, las vías implícitas, como en el presente caso, en que el imputado deja un sobre conteniendo dinero a modo aparente de*

«regalo», pero deja implícita su voluntad de conseguir una decisión fiscal favorable a los intereses que patrocinaba"[543].

En este punto, la Convención Interamericana contra la Corrupción precisa que el ofrecimiento o el otorgamiento pueden realizarse *"directa o indirectamente"*. Al igual que el soborno pasivo, el requerimiento indirecto puede comprender dos situaciones. La primera, referida a los casos en que el particular se vale de otra persona que a sabiendas ofrece o entrega. La segunda se refiere a que el ofrecimiento se realice mediante *insinuaciones o actitudes*[544]. La primera forma está vinculada con el tema de la participación delictiva. El partícipe ya sea a título de cómplice primario, cómplice secundario, también debe ser sancionado, conforme lo prescribe el Artículo VI. e) de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En la legislación penal peruana no existen dificultades para la sanción de los cómplices en aplicación del artículo 25 del Código Penal. Respecto al ofrecimiento realizado mediante insinuaciones o actitudes, no existe previsión expresa en la legislación penal peruana, por lo que la inclusión de la frase *"directa o indirectamente"* cumpliría esta función[545].

- El segundo verbo rector implica "**Dar**" un medio corruptor (donativo, ventaja o beneficio) en cambio, y con referencia a la anterior variante, supone un acto de entrega material, por parte del sujeto activo, y otra de recepción, por el sujeto público, que nos muestra un delito de resultado, en el que no basta el ofre-

[543] Ejecutoria Suprema de 14 junio 2004, SPP. R.N. N° 3778-2003-Lima (San Martín Castro, César, Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006, Pág. 648).

[544] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000, considerando 60.

[545] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000, considerando 62

cimiento, es mas no es el ofrecimiento elemento típico de esta modalidad[546]. En otras palabras, dar significa: entregar, conceder, otorgar, desprenderse de algo.

Según Peña-Cabrera Freyre la modalidad típica "...de "dar", puede manifestarse, en dos planos a saber: -sea por la solicitud previa del medio corruptor por parte del funcionario o servidor público o, motu proprio, a iniciativa del agente del delito, del particular, quien le proporciona la dádiva, promesa o cualquier tipo de ventaja, a cambio de que el intraneus, ejecute una conducta (acción u omisión), en violación a sus deberes funcionales"[547].

- El tercer verbo rector implica la **"promesa"** que es el acuerdo de ambos sujetos, el particular o sujeto indeterminado con cumplir a futuro con sus obligaciones, mientras que el funcionario o servidor se asegura para después el donativo ventaja o beneficio. En otras palabras, el término prometer significa: obligarse y ofrecerse a hacer o dar algo a otra persona.

  En este punto, Peña-Cabrera Freyre afirma que "...esta variante parece inclinarse con mayor fuerza a la idea de un cohecho "unilateral" (*mono subjetivo*), donde su consumación delictiva, está desvinculada de la actitud que vaya a tomar el funcionario o servidor público, si acepta o no la promesa, para ejecutar un acto en violación de sus deberes funcionales"[548].

Una conducta que resultaba cuestionable de cara a una correcta interpretación de las normas de la Parte General y Parte Especial, era la descrita en el artículo 399° del Código penal (versión original), donde se sancionaba el delito de cohecho activo mediante las palabras «*el que trata de corromper a un funcionario*», lo que daba a entender que se re-

---

[546] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 741.

[547] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte Especial, tomo V*, Lima, 2010, Pág. 540.

[548] PEÑA CABRERA FREYRE; tomo V, 2010, Pág. 541.

primía la tentativa como delito consumado, sin que quede del todo claro el límite del comportamiento punible[549].

En este sentido, el "tratar de corromper", como conducta unilateral pero reprochable y contractual del comprador; significara proponer al funcionario la compraventa de sus deberes. Es decir, la conducta típica incluirá siempre el conocimiento por parte del funcionario (aunque no necesariamente la aceptación) de la propuesta ilícita del otro; además la "voluntad" de que el otro realice la conducta en el sentido del pacto injusto. Con el término *tratar de corromper* se refería, de manera muy general, a cualquier acción dirigida a "comprar" o hacer que el funcionario "venda" la función pública. De esta manera, siempre debe de concurrir una conducta unilateral y de mano propia del sujeto, por tanto, no podría considerarse una corrupción activa cuando la propuesta provenga del propio funcionario y el particular acceda libremente a ella[550].

Ahora con la modificación que hubo a partir del año 2004 el cohecho activo, correctamente se afianzó como un delito de estructura consumada, mediante la frase: "*El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público*", es decir, se necesita, para la consumación respectiva, que el sujeto activo ofrezca, de o prometa dar cualquiera de los medios corruptores previsto en la Ley penal.

5.1.4. Sobre la propiedad de la conducta del cohechante activo

Su elemento que conforma la tipicidad objetiva es la ilegalidad, en referencia a que el funcionario debe de hacer u omitir algo en violación de sus obligaciones. Se trata, por lo tanto, de un cohecho activo propio, es decir, el acto de corrupción dirigido contra un funcionario público para que este viole sus deberes funcionariales por acción u omisión.

---

[549] De la misma manera: HURTADO POZO, José; "*Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico De Influencias*", en: Anuario De Derecho Penal 2005 Interpretación Y Aplicación De La Ley Penal, Pág. 278.

[550] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, Palestra, Lima 2003, Pág..467.

5.1.5. *Los medios corruptores*

Los medios corruptores son el "donativo", "promesa" (de donativo, pero también abarcaría de una ventaja o un beneficio), "ventaja" u otro "beneficio" (como puede verse son los mismos medios que se exigen en el cohecho pasivo, tanto propio como el impropio). Conforme se puede advertir los medios corruptores, éstos deben de ser bienes individualizables con un contenido patrimonial o cualquier otra prestación sea con contenido patrimonial o no; a su vez deben ser capaces de consumar formalmente el delito y tienen que tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora; es decir, no solo basta con la simple promesa de dar cualquier tipo de donativo, este tiene que ser de tal magnitud que haga que el partícipe de este delito de encuentro, es decir, el funcionario o servidor público se involucre en el acto corruptor de esta manera subsumiendo la conducta prescrita por el tipo penal.

El acto de corrupción deber ser libre y voluntario. De esta forma, si el sujeto activo paga, incluso buscando que el funcionario viole sus deberes funcionariales, pero engañado por éste en el sentido de que el pago corresponde a una "tasa especial", no habrá "cohecho activo". Tampoco habrá delito si el sujeto da la ventaja ante la exigencia u obligación impuesta por el funcionario, pues en este caso, ha existido violencia o amenaza.

Como es sabido, el artículo 397° del Código penal refiere el término "ventaja" como uno de los medios corruptores utilizables por el cohechante activo. Al respecto, la doctrina ha realizado la problemática distinción entre las llamadas *ventajas materiales* y las *ventajas inmateriales*. Con relación a la primera son que aquellas que poseen un contenido objetivo, mensurable económicamente; en este punto pueden señalarse las ventajas *políticas* (por ejemplo: el cohechante activo, socio fundador de un Partido Político, le ofrece –aunque puede ser que efectivamente le dé– a un servidor del Poder Judicial ser candidato para las próximas elecciones congresales, regionales, municipales) o también cabe la posibilidad de las ventajas de índole *laboral* (por ejemplo: el cohechante activo, próspero empresario, le ofrece –aunque puede ser que efectiva-

mente le dé– a un servidor del Ministerio Público un puesto de trabajo para él en el futuro, y aquí se complica aún más, porque normalmente el puesto de trabajo es una tercera persona vinculado al funcionario o servidor público (véase: esposa, hermanos, etc.).

Sin embargo, pueden también admitirse las *ventajas inmateriales*, sin embargo, estas últimas no han podido ser definidas concretamente hasta la fecha, pues algunas veces esconden en su interior auténticas ventajas materiales (en el sentido de mensurables económicamente) como en el caso del favor sexual (existe un mercado de ello) o bien van demasiado lejos y abarcan conductas altruistas o inocuas (la mera satisfacción propia, la vanidad de las personas, etc.). Especialmente actual es el problema de la ventaja inmaterial en el caso de los "fondos de terceros" o los "auspicios" en la actividad de algunos funcionarios públicos (particularmente los médicos contratados o nombrados por el Estado?, investigadores de instituciones científicas o universidades que auspician determinadas personas, y que éstas personas investigadores de una materia, tienen que ser obviamente funcionarios o servidores del Estado).

También el elemento "ventaja" también trae algunos problemas de interpretación para determinar exactamente su *magnitud dentro del Derecho penal.* En la doctrina penal dominan posturas que admiten algunos criterios normativos de exclusión típica, como pueden ser la "Adecuación social de la conducta" o los criterios de "Imputación objetiva (del resultado)" que permitirían excluir en principio la tipicidad penal de cohecho activo (en cualquiera de sus modalidades típicas), sobre todo de algunos casos de ventajas mínimas o inocuas; en todo caso, debería pensarse de *lege ferenda* en proponer la introducción de ciertas cuantías económicas para determinar la tipicidad del cohecho activo, sobre todo las ventajas netamente materiales, aunque encontraríamos serios inconvenientes porque aquí –a diferencia del peculado que sí tiene parámetros económicos- el bien jurídico es de naturaleza institucional inmaterial –imparcialidad-.

Tanto en las ventajas materiales o inmateriales pueden presentarse casos de verdaderos *"triángulos"* o en *"cadena"* entre las personas invo-

lucradas en el proceso corruptivo, es decir, cuando el cohechante activo le ofrece o le dá a un funcionario o un servidor público por ejemplo una promesa de contrato –escrito u oral- de trabajo para una empresa privada, donde el cohechante es el actual Gerente General; sin embargo, el funcionario o servidor público le hace conocer al cohechante activo que dicha promesa laboral no lo utilizará para él, sino que en todo caso se lo dará a su esposa, y el tema se complica aún más cuando ésta se lo da a su "sobrino" que recién acaba de terminar la Universidad. Como puede observarse, la ventaja ilícita que en principio era para el "funcionario público" terminó finalmente en manos de su "sobrino", pasando por breve término a la "esposa" del funcionario.

El caso de los denominados "triángulos" o en "cadena" trae consigo el problema de los grados de participación delictiva –artículos 24 y 25 del Código penal peruano– precisamente de las personas -*intraneus* y *extraneus*- en el evento corruptivo. En ese sentido, pueden utilizarse diversas teorías que explicarían los grados de intervención personal: así, los criterios de imputación objetiva en la participación delictiva –conductas neutrales o estandarizadas, siempre y cuando los *extraneus* sean considerados cómplices o instigadores y las ventajas sean mínimas, exiguas y/o inofensivas hacia el bien jurídico "Administración Pública"–; por otro lado, también puede utilizarse las teorías de la accesoriedad de la participación delictiva con relación al autor, siempre y cuando el o los cómplices –la esposa o el sobrino en nuestro caso– tengan pleno o presunto conocimiento sobre la ventaja –material o inmaterial– que está aceptando o recibiendo de parte del funcionario o servidor público.

5.2. Tipicidad Subjetiva

Respecto a la tipicidad subjetiva el tipo penal de cohecho activo genérico (propio) parece referirse solamente al dolo directo o de primer grado; el sujeto persigue con su "pago" o "ofrecimiento" que el funcionario o servidor público viole o infrinja sus funciones estatales específicos. Tradicionalmente se entiende el dolo como la conciencia o conocimiento de la realización del tipo, unido a un elemento volitivo. En tal sentido, el autor tiene que llevar a cabo dentro de su psiquis una representación

de su actuación pero además tiene que ir unido a la voluntariedad de ejecutar la realización de la misma.

Sin embargo, señala Abanto Vásquez, que este tipo penal exige la presencia de un doble dolo, a decir, un dolo referido a la propia conducta, y por otro lado, al conocimiento y la voluntad de que el funcionario viole sus deberes funcionariales; en este segundo dolo basta el dolo eventual[551].

En efecto, para articular un juicio de imputación, desde una perspectiva de la creación de un riesgo penalmente prohibido, no sólo basta con la realización de los elementos que conforman la tipicidad objetiva de un ilícito penal, sino también se debe de valorar el elemento cognitivo y volitivo del agente a efectos de establecer si hubo por parte del agente intencionalidad de realizar el tipo. A mayor abundamiento nuestro ordenamiento sustantivo proscribe la posibilidad de llevar a cabo una imputación sobre la base de la simple responsabilidad objetiva como bien lo acota el art. VII del Título Preliminar del Código Penal.

5.3. Grados de desarrollo del delito

Por último, en cuanto a la consumación del cohecho activo, estamos frente un delito cuyo injusto consiste en el pacto venial, es decir, el deseo de comprar la función pública. En tal sentido, como aspecto muy importante a efectos de configurar reproche penal contra el agente, es importante delimitar el grado de desarrollo del delito de cohecho activo específico. Sobre el particular, cabe acotar que la consumación de este ilícito penal se produce con la entrega del donativo o la ventaja, o en el momento en que se realiza la promesa de la entrega futura de un donativo, ventaja.

Con este precepto, lo que el legislador quiere, es adelantar las barreras de protección penal, tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, que se consuman instantáneamente al producirse la

[551] ABANTO VÁSQUEZ, cit., Pág. 475-476.

oferta para corromper. Basta para consumar el sólo ofrecimiento (delito instantáneo), el poner al alcance aunque no en la mano del funcionario el regalo de algún bien (o dinero, o crédito, o comercio sexual, etc.), no siendo necesario la efectiva entrega de la cosa por parte del sujeto activo. Alcanza con tentar al funcionario o tomar algo, siendo indiferente la aptitud que éste asuma, pues el delito se consuma tanto si acepta como si se rechaza el ofrecimiento[552].

Todas las modalidades de acción requieren de la realización de una actividad (la emisión de una declaración de voluntad o la recepción de una dádivas, física o jurídicamente), pero no de la obtención de un resultado lesivo. La pretensión del sujeto activo tiene que ser al menos conocida por el funcionario. Si el funcionario o servidor público aceptó la proposición corruptora, su comportamiento se tipificará como cohecho pasivo.

En líneas generales el cohecho pasivo –propio e impropio- presupone un cohecho activo, pues el funcionario o servidor público no puede cometer por sí mismo el cohecho pasivo si el cohechante activo no ha dado, ofrecido o prometido el donativo, promesa, ventaja u otro beneficio para que realice u omita actos en violación o dentro de sus obligaciones funcionales. Por el contrario, puede existir la tipificación del cohecho activo (genérico y específico) sin que concurra un cohecho pasivo (por ejemplo, el funcionario no acepta la oferta corruptora). No podrá darse el cohecho pasivo si no se da de manera necesaria el cohecho activo, pero como tipos penales independientes y no como forma de participación criminal. Ahora bien, quien ofrece o promete puede actuar, por ejemplo, inculpable –por error *juris*- sin que ello obste a la comisión del delito por parte del funcionario público, en cuanto éste reciba lo ofrecido o acepte lo prometido con las finalidades previstas por la figura delictiva. Sin embargo, un caso especial –como hemos visto- es el segundo párrafo del art. 393, y segundo párrafo del art. 394 con las indicaciones que se han anotado.

---

[552] CNCas. Pen, sala III, 11-8-99-"MP y otro s/Recurso de casación", c. 1833, PJN Intranet (extraído de DONNA (Dir.), *Revista de Derecho Penal*, 2004-I, Pág. 408

6. TIPICIDAD OBJETIVA DEL COHECHO ACTIVO GENÉRICO (IMPROPIO)

6.1. Descripción legal

Como hemos, este delito se encuentra sancionado en el segundo párrafo del artículo 397° del Código penal, en los siguientes términos:

> *"El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja ó beneficio para que el funcionario ó servidor público realice u omita actos propios del cargos ó empleo, sin faltar a su obligación...".*

6.2. Conducta típica

6.2.1. Sujeto activo y Sujeto pasivo

Se trata de un delito de cualquier persona lo puede realizar.

El sujeto pasivo lo será el Estado.

6.2.2. Sobre los verbos rectores

El tipo penal está construido sobre la base de tres circunstancias específicas, que son la de *"ofrecer"*, *"dar"* ó *"prometer"* los medios corruptores. Estos verbos rectores ya fueron analizados en el anterior párrafo.

6.2.3. La impropiedad de la conducta del cohechante activo

Sobre todo la última parte de la descripción típica del artículo 397° ("sin faltar a su obligación") es la que lo diferencia del cohecho activo propio, pues en ésta los medios corruptores van dirigidos a que el funcionario viole sus deberes funcionales. En otras palabras, en el cohecho activo impropio el sujeto activo, *extraneus*, debe tener la plena convicción de que el funcionario o servidor público va a resolver su caso o su tema, sabiendo que dicho funcionario no quebrantará sus deberes funcionales, es decir, que su accionar deba estar ajustada a Derecho.

Ni se viola formalmente la legalidad sustantiva ni se trata en propiedad de corrupción en sentido estricto. El núcleo del injusto penal, el cetro de gravitación de la ilicitud se localiza en el hecho del irrespeto del

sujeto indeterminado a los agentes personalizados de la administración pública, quienes gozan de facultades y competencia para actuar u omitir en el contexto de las expectativas del sujeto activo[553].

Ahora bien, ¿Cómo saber que el funcionario público actuará de acuerdo a Derecho cuando recibe o acepta algún medio corruptor?, ¿De la licitud o ilicitud en el ejercicio de su función sabrá el sujeto activo, cuando promete o da algún medio corruptor? Porque cuando un sujeto da o promete algún medio corruptor a un funcionario o servidor, lo hace porque quiere que su caso o asunto salga de acuerdo a sus intereses, que salga a su favor, no interesando, para estos efectos ilícitos, que el funcionario o servidor ampare su resolución, dictamen o simplemente su accionar, en el ordenamiento jurídico.

En todo caso, la diferencia entre un cohecho activo –si es propio o impropio– lo marcará desde mi punto la tipicidad en la cual estará involucrado el funcionario o servidor de acuerdo a su accionar concreto en el proceso penal. Esto es, si la tipicidad del funcionario o servidor está como cohecho pasivo "propio", en igual sentido, lo será para el cohechante activo, que será imputado por cohecho activo "propio". Sería impensable, y un evidente contrasentido, que exista un proceso penal por cohecho activo impropio del *extraneus*, y el funcionario o servidor público lo esté, en el mismo proceso, por cohecho pasivo propio. Hubiera sido preferible que el delito de cohecho activo, al cual estoy de acuerdo con su tipificación, sea totalmente genérico en descripción típica, sin especificar o detallar ningún tipo de clasificaciones de propio o impropio.

La diferencia entre un cohecho activo propio como impropio no sólo se tendrá en cuenta en el plano de la tipicidad penal, sino que también lo será en el plano de sanción punitiva, desde que el cohecho activo impropio tiene una pena atenuada (reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años) con relación al cohecho activo propio (reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años).

---

[553] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 745.

6.2.4. Sobre los medios corruptores

Ahora bien, en cuanto a los medios corruptores, éstos serán los mismos que se exige para la tipicidad del cohecho pasivo propio e impropio, como son la "promesa del donativo", el propio "donativo", la "ventaja" y el "beneficio".

Los medios corruptores no tendrían ninguna relevancia jurídico-penal, si es que no tendría alguna finalidad delictiva, y efectivamente, los medios corruptores tienen que tener una relación de causalidad dirigida a que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargos o empleo, sin faltar a su obligación. Por ejemplo, una persona deja un obsequio en la casa de un funcionario por su cumpleaños, y dicha persona no tiene ningún caso o tema que deba resolver el funcionario.

6.3. Tipicidad subjetiva

Como es obvio, esta conducta sólo se puede realizar a título de dolo por parte del *extraneus* (cohechante activo). En otras palabras, el tipo penal de cohecho activo genérico (impropio) parece referirse solamente al dolo directo o de primer grado: el sujeto persigue subjetivamente que con su "pago" o "ofrecimiento" realizado directamente al funcionario o servidor público, éste realice sus funciones u obligaciones estatales, es decir, sin quebrantar los mismos.

7. EL DELITO DE COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO DIRIGIDO AL MAGISTRADO, FISCAL, PERITO, ÁRBITRO, MIEMBRO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO O ANÁLOGO (ARTÍCULO 398°, PRIMER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL).

7.2. Descripción legal.

Este delito se encuentra actualmente previsto en el artículo 398°, primer párrafo (artículo modificado por el artículo 1° de la Ley Nro. 28355 del 06/10/2004), del Código penal, en los siguientes términos:

"El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, perito, Árbitro, Miembro del Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36º del Código Penal".

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [554], en el Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios, se regula bajo el rubro "Corrupción de funcionarios" (Sección IV), el Cohecho activo específico, en el artículo 453º, primer párrafo, en los siguientes términos:

El que con cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3, 4 y 8 del artículo 35 del Código penal.

7.3. Comentarios

En la segunda parte del artículo 398º del Código penal se reprimen a aquellas personas naturales –pueden ser sujetos *extraneus*, aunque pueden ser también funcionarios o servidores públicos pero que no tengan competencia o conocimiento del asunto o controversia a resolver– que entregan o prometen entregar donativo o ventaja indebida a ciertas personas que tienen capacidad de decisión sobre un asunto o

[554] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, Pág. 258.

controversia que están efectivamente conociendo. Como puede verse, se tratarían de ciertas personas funcionariales que la Constitución Política y la Ley le han conferido el poder de resolución o definición de la controversia –a unos más absolutos y autónomos que otros– dentro de su ámbito de competencia.

En realidad la "especialidad" del presente ilícito no radica definitivamente en el sujeto activo o autor, que puede ser cualquier persona –delito común–, sino en la persona física sobre el cual recae la acción corruptiva del sujeto activo, que son las personas señaladas expresamente en el segundo párrafo del artículo 398º: "Magistrado", "Fiscal", "Perito", "Testigo", "Arbitro", "Miembro del Tribunal Administrativo" o "otro análogo".

Así las cosas, pasaremos revista a cada uno de esas personas con cierta cuota de poder. Cuando se habla de *Magistrado* se está refiriendo en primer término al Juez –en cualquiera de sus instancias jerárquicas, especialidades y forma de asunción del cargo: provisional o titular– que labora dentro del Poder Judicial, aunque también abarcaría el término Magistrado al *Fiscal o miembro o representante del Ministerio Público* –que es aquella persona que normalmente tiene la función de persecución y la carga de la prueba del delito–, sin embargo, el Código penal peruano ha preferido nombrarlo al Fiscal por separado del término Magistrado. Aunque el término Fiscal no sólo estaría relacionado directamente a la función dentro del proceso penal, sino también dentro de cualquier proceso judicial donde se admita legalmente su presencia: por ejemplo, contencioso-administrativo, familiar, etc.

Por su parte, el *Perito* es aquella persona que posee especiales conocimientos técnicos y prácticos, el mismo que informa al Juzgador sobre asuntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia; en otras palabras, se trata de una persona "técnica" que ayuda y complementa la labor jurisdiccional, por ello, cuando emite un informe pericial –peritaje–, está decidiendo sobre una materia en controversia, que muchas veces es determinante para el correcto cauce del proceso judicial o administrativo; lo mismo pasa con la persona *Testigo* –en sentido amplio de la expresión que es aquella persona imparcial que ayuda

a corroborar o desbaratar una imputación fáctica– de un proceso judicial, máxime si se trata de un testigo presencial, directo, y clave para el desarrollo del proceso judicial.

De la misma forma, podemos señalar del *Árbitro*, que es aquella persona que es nombrada por las partes involucradas para resolver una diferencia o controversia mediante sentencia arbitral, que normalmente se llama laudo arbitral. Por último el Código penal menciona expresamente a los *Miembros del Tribunal Administrativo*, que son aquellos Jueces o Magistrados que tienen a su cargo el conocimiento de resolver las controversias de índole contenciosos-administrativos, empero, habrá que advertir que aun cuando el tipo penal señale de "miembros" de un Tribunal, el acto de corrupción puede presentarse tan sólo en uno de los miembros de Colegiado o Tribunal.

En realidad si observamos a las personas nombradas en este párrafo del artículo 398° del Código penal, se tratan de ciertas personas, o mejor dicho de ciertos funcionarios públicos –véanse "Magistrados", "Fiscales", "Miembros del Tribunal Administrativo" o cualquier otro análogo– o ciertos colaboradores directos de la Administración de Justicia –véase "Testigos" o "Peritos"–, todos ellos van a tomar ciertas decisiones sobre un caso netamente controversial, donde exista una *litis* o disputa sobre un derecho u obligación; donde definitivamente, cualquier conducta de corrupción por parte del cohechante activo desestabiliza la normalidad del curso procesal en busca de la averiguación de la verdad material; por consiguiente la represión penal se torna mucho más gravosa en función al marco mínimo de punibilidad en este delito (así el delito en comentario tiene una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años más inhabilitación) con relación a la represión de aquellas personas que cumplen una labor de complementación o auxilio a la función jurisdiccional o administrativa (véase el artículo 398°, segundo párrafo, que tiene una pena privativa de libertad no menor de cuatro de ni mayor de ocho más inhabilitación).

Habrá que advertir que este delito establece a final de las personas señaladas expresamente, una constante en las descripciones típicas de

nuestra Parte Especial o legislación complementaria, cual es la interpretación judicial de corte analógico, pues señala "*...otro análogo...*", y aquí pueden entrar por ejemplo los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Tribunal Registral, entre otros; y en mi opinión sólo se tratarían de funcionarios públicos con poder de decisión dentro del territorio nacional, por ejemplo, los jueces, tanto de la Comisión como de Corte Interamericana de Derechos Humanos no estarían como "personas pasivas" de la corrupción activa por ser un órgano supra-nacional.

Al final de todo, el mensaje del legislador penal nacional, en esta parte del ilícito, es que las personas con el noble poder de decisión, trabajen y desarrollen su argumentación con total tranquilidad y sosiego, y que la única motivación sea la que provenga de la Ley, la Constitución Política y la razón, y por consiguiente, que no reciban o acepten proposiciones distractivas de carácter ilícito –por ejemplo medios corruptores como donativo, promesa, ventaja o beneficios– por parte de agentes externos –cohechantes activos– que vallan a distorsionar la decisión de aquellas personas que tienen ese poder. En ese sentido, la idea es que los Magistrados, los Fiscales, los Testigos, entre otros, no acepten ni mucho menos reciban medios corruptores, que denuncien penalmente estos hechos, porque de lo contrario, si aceptan o reciben, estarían siendo parte de la corrupción funcionarial pasiva específica, sancionado por el artículo 395° del Código penal, modificado a través de la Ley Nro. 28355 del 06-10-2004.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, el cohechante activo debe realizar la conducta descrita en el segundo párrafo del artículo 398° de manera dolosa –aun sería admisible la presencia del denominado dolo eventual–. El comportamiento doloso implica que el agente debe de conocer efectivamente o presumiblemente que a quien va a corromper se trata de un Magistrado, de un Fiscal, de un Perito, de un Testigo, de un Miembro del Tribunal Administrativo u otro análogo; de lo contrario, ante el desconocimiento de un elemento del tipo objetivo, estaríamos ante un error de tipo –artículo 14°, primer párrafo, del Código penal–.

7.4. Tipicidad subjetiva

Esta modalidad conductual sólo se puede realizar a nivel de dolo; es decir, a mi criterio el cohechante activo debe conocer –o debe presumir su conocimiento– de al menos tres elementos relevantes, unidos temporal y causalmente: en primer lugar, que el sujeto conozca que lo que está ofreciendo, dando o prometiendo sea un "donativo", "promesa" , "ventaja" o "beneficio"; en segundo lugar, que conozca que a quien se está dirigiendo, es decir que sepa que se trata de un "Magistrado", de un "Fiscal", de un "perito", de un "Árbitro", de un "Miembro del Tribunal Administrativo" u otros funcionarios de decisión "análogos", y en tercer y último lugar, que el sujeto conozca que los medios corruptores sean con único fin de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

El desconocimiento por parte del sujeto activo de algunos o todos los elementos subjetivos antes citados, daría pie a un *error de tipo,* de acuerdo al artículo 14°, primer párrafo, del Código penal.

8. EL DELITO DE COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO DIRIGIDO AL SECRETARIO, RELATOR, ESPECIALISTA, AUXILIAR JURISDICCIONAL, TESTIGO, TRADUCTOR O INTÉRPRETE O ANÁLOGO (ARTÍCULO 398°, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL).

8.1. Descripción legal. Evolución Legislativa.

Este delito se encuentra regulado actualmente en el artículo 398°, segundo párrafo, del Código penal (artículo modificado por el artículo 1° de la Ley Nro. 28355 del 06/10/2004), en los siguientes términos:

> *"Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36° del Código penal".*

El Texto original del Código penal de 1991 no establecía un delito expreso del Cohecho activo del Abogado dirigido hacia auxiliares de la Administración de Justicia, esto viene recién en el año 1992, mediante el Decreto Ley Nro. 25489 del 10 de Mayo de 1992, bajo el siguiente tenor:

> *Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja lo hace el Abogado a un Testigo, Perito, Traductor, Intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4) del artículo 36° del Código penal, y con noventa a ciento veinte días multa".*

Como puede verse, los textos antes citados, en cuanto a las descripciones típicas son casi parecidas, y también cuanto a las consecuencias jurídicas, en ambas reformas legales se sanciona dicho delito con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, y su respectiva inhabilitación accesoria conforme al artículo 36° del Código penal, sólo que ahora, en el texto vigente, se adiciona los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36° del Código penal.

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [555], en el Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios, se regula bajo el rubro "Corrupción de funcionarios" (Sección IV), el Cohecho activo específico, en el artículo 453°, segundo párrafo, en los siguientes términos:

> *Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1,2,3,4, y 8 del artículo 35 del Código Penal.*

---

[555] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, Pág. 258.

8.2. Sujeto activo y Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto activo este sigue siendo un tipo común, pues no se exige cualidades especiales en el autor, aunque sí que el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrezca o se entregue a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo.

El sujeto pasivo lo será el Estado

8.3. Conducta típica

Es necesario precisar que el delito de cohecho activo específico exige un concierto o acuerdo entre el funcionario público y el particular que ha llevado a cabo el acto corruptor; *en esta medida nos encontramos ante un delito de encuentro.* La doctrina penal ha enmarcado los delitos de encuentro como aquellos en los que existen varias acciones que son coincidentes con la dirección volitiva, ya que esa coincidencia hace que se impelen recíprocamente entre sí, de tal manera que el "encuentro" produce el efecto consumativo del respectivo tipo penal. Asimismo, en los delitos de encuentro es característico la necesidad de que el sujeto activo colabore con el pasivo para llevar a cabo las exigencias típicas, de tal manera que las conductas se entrecruzan dando lugar a este modo de tipicidad.

La acción típica está conformado por los verbos rectores: *"ofrecer o dar" (entregar).* El término ofrecer significa: comprometerse alguien a dar algo a otra persona; mientras que dar significa: entregar, conceder, otorgar, desprenderse de algo; por último el termino prometer significa: "obligarse y ofrecerse a hacer o dar algo a otra persona". El acto corruptor debe dirigirse a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo; y además debe ir dirigido a cualquier contribución que pueda aportar dentro del proceso cualquiera de los sujetos antes mencionados; no siendo *conditio sine qua non* del tipo que los actos de estas personas sean realizados inmediatamente antes del fallo, basta con su influjo se

actualice en el momento de fallar y sirva de base para la resolución final. [556]

Como puede verse, el tipo penal en mención no sólo castiga a aquellos sujetos que decidieron sobornar a los sujetos que "deciden" el caso judicial o administrativo u otros similares (véase el artículo 395° -cohecho pasivo específico-), sino que también el Legislador nacional decidió incorporar como delito aquellos sujetos activos deciden sobornar a aquellos sujetos que cumplen una función de colaboración dentro de la Administración de Justicia como son los Secretarios de Juzgados y de Sala, los Relatores de la Sala, los Especialistas del Poder Judicial, los Auxiliares Jurisdiccionales; sin embargo, pareciera que sólo abarcaría a los auxiliares del Poder Judicial, y ¿Los auxiliares del Ministerio Público también estarían inmersos dentro de esta categoría?

En mi opinión estarían involucrados dichas personas porque los Auxiliares del Ministerio Público cumplen una función postulatorio y requirente dentro de cualquier proceso judicial y por tanto, son parte fundamental en el ámbito de la Administración de Justicia. Por otro lado, también el Legislador penal nacional ha previsto el soborno dirigido hacia los terceros imparciales dentro de un proceso penal, como son los testigos, aunque la Ley penal no haga distinciones, se admite el término "testigo" en un sentido amplio, abarcando al testigo presencial o referencial, al testigo propio como al testigo impropio, entre otras; y también la Ley penal sanciona aquél soborno dirigido hacia un traductor o intérprete o análogo, es decir, para aquellas personas que, por incapacidad de comunicación de la lengua castellana, necesiten del auxilio de otras personas especializadas para la traducción respectiva.

Los medios corruptores son el donativo, ventaja u otro beneficio. Conforme se puede advertir los medios corruptores, éstos deben de ser bienes individualizables con un contenido patrimonial o cualquier otra prestación sea con contenido patrimonial o no; a su vez deben ser ca-

[556] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 502.

paces de consumar formalmente el delito y tienen que tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora; es decir, no solo basta con la simple promesa de dar cualquier tipo de donativo, este tiene que ser de tal magnitud que haga que el partícipe de este delito de encuentro, es decir, el funcionario o servidor público se involucre en el acto corruptor de esta manera subsumiendo la conducta prescrita por el tipo penal.

En efecto, para articular un juicio de imputación, desde una perspectiva de la creación de un riesgo penalmente prohibido, no solo basta con la realización de los elementos que conforman la tipicidad objetiva de un ilícito penal, sino también se debe de valorar el elemento cognitivo y volitivo del agente a efectos de establecer si hubo por parte del agente intencionalidad de realizar el tipo. A mayor abundamiento nuestro ordenamiento sustantivo proscribe la posibilidad de llevar a cabo una imputación sobre la base de la simple responsabilidad objetiva como bien lo acota el art. VII del Título Preliminar del Código penal.

8.4. Tipo Subjetivo

La tipicidad subjetiva del delito de cohecho activo específico exige la presencia del dolo como elemento configurativo de este tipo de ilícito penal. Ahora bien es importante destacar que la tipicidad de un delito doloso depende no solo de la realización del tipo objetivo sino además de la realización del tipo subjetivo, es decir, fundamentalmente del dolo del autor. Sin embargo los elementos subjetivos que no son cognoscibles directamente, sino a través de los elementos externos que objetivan un determinado contenido psíquico del comportamiento[557].

Tradicionalmente se entiende el dolo como la conciencia o conocimiento de la realización del tipo, unido a un elemento volitivo. En tal sentido, el autor tiene que llevar a cabo dentro de su psiquis una representación de su actuación pero además tiene que ir unido a la voluntariedad de ejecutar la realización de la misma.

---

[557] BACIGALUPO, Enrique.; *Derecho Penal, Parte General,* Lima 2004, Pág. 304, 305.

8.5. Grados de desarrollo del delito

Por último y como aspecto muy importante a efectos de configurar reproche penal contra el agente, es importante delimitar el grado de desarrollo del delito de cohecho activo específico. Sobre el particular, cabe acotar que la consumación de este ilícito penal se produce con la entrega del donativo o la ventaja, o en el momento en que se realiza la promesa de la entrega futura de un donativo, ventaja.

Por último, la doctrina es clara respecto al grado de desarrollo de este delito, como bien señala Abanto Vásquez: "La consumación se produce con la entrega del donativo o la ventaja, en el momento en que se realiza la promesa de la entrega futura de un donativo o de la prestación de una ventaja"[558].

9. TIPICIDAD OBJETIVA DEL COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO MEDIANTE ABOGADO O ESTUDIO DE ABOGADOS.

9.1. Descripción legal. Evolución Legislativa

El actual y vigente delito de cohecho activo específico mediante Abogado o Estudio de Abogados, en su tercer párrafo del artículo 398° del Código penal (artículo modificado por el artículo 1° de la Ley Nro. 28355 del 06/10/2004) se encuentra previsto y sancionado de la siguiente manera:

> *"Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa."*

Tenemos que advertir que en el texto original del Código penal de 1991 no se había previsto la punibilidad del abogado corruptor, esta incorporación legal recién viene en el año 1992, mediante el Decreto

[558] ABANTO VASQUEZ, 2003, Pág. 501.

Ley Nro. 25489 del 10 de Mayo de 1992, en la cual se adiciona el artículo 398°-A de la siguiente manera:

> *"Si en el caso del artículo 398°, es Abogado el Agente del delito de corrupción de un Magistrado, Árbitro, Fiscal, Miembro del Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, la pena será privada de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1) a 8) del artículo 36° del Código Penal, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa".*

Como puede verse el delito de cohecho activo específico estaba clasificado en función a quien va dirigido los medios corruptores, si es para los funcionarios públicos de decisión, regulado en el primer párrafo del artículo 398° (Magistrado, árbitros, fiscales, miembros de tribunal administrativo o cualquier otro análogo); o servidores públicos de apoyo o complementación de la Administración Justicia, regulado en el segundo párrafo del artículo 398° (Testigo, Perito, traductor, intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional). Situación que es prácticamente parecido a la actual regulación legal del cohecho activo del Abogado.

En este punto, y quizá lo más criticable del Decreto Ley Nro. 25489 del 10 de Mayo de 1992, en relación a la regulación punitiva del cohecho activo específico del Abogado, era precisamente la incorporación del artículo 398°-B, denominado "efectos administrativos de la inhabilitación", el mismo que tenía el siguiente tenor:

> *"La inhabilitación que como accesoria de la pena privativa de libertad prevista en el artículo anterior se imponga a los autores del delito de corrupción de magistrados, será puesta en conocimiento de la Corte Superior de Justicia respectiva y del Fiscal Superior Decano para que en el caso del inciso 8) del artículo 36° se proceda a anular el asiento de inscripción en el Libro de Registro de Título, así como del Colegio de Abogados de Distrito Judicial correspondiente y de la Federación Nacional de Colegio de Abogados del Perú, en el plazo de cinco (05) días.*
>
> *Igualmente, la inhabilitación impuesta de acuerdo al inciso 8) del artículo 36° será puesta en conocimiento de la Universidad que otorgo el Título Profesional del Abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días, proceda a su cancelación".*

Como puede verse se establecía una pena de "inhabilitación accesoria", que en realidad era una especie de inhabilitación de muerte civil y a la vez profesional en la persona del Abogado que ha sido condenado en un proceso penal (pues se procedía a *anular* el asiento de inscripción en el Libro de Registro de Título, así como del Colegio de Abogados de Distrito Judicial correspondiente y de la Federación Nacional de Colegio de Abogados del Perú, en el plazo de cinco (05) días; asimismo, se procedía a poner en conocimiento de la Universidad –Nacional o Privada– que otorgo el Título Profesional del Abogado al sentenciado o condenado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días, para proceda a *su cancelación).*

Esta situación normativa que era desde mi punto de vista un verdadero exceso sancionatorio al Abogado por parte del Legislador nacional de aquél entonces, por ello autores como Abanto Vásquez decían que dicha reforma legal implicaba un verdadero "Derecho penal de autor", pues resultaba una imposición abusiva que el Legislador pena dicte pautas de procedimiento al Colegio de Abogados, bajo amenaza de responsabilidad, para realizar las funciones propias de su organización[559]; como no podía ser de otra manera eso fue corregido mediante la Ley Nro. 28355 de fecha 06/10/2004, el mismo que derogó expresamente aquélla pena de inhabilitación accesoria y ahora sólo incorpora la pena de inhabilitación de modo conjunto y accesorio al Abogado o que pertenezca a un Estudio de Abogados, todo ello conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del artículo 36° del Código Penal y la incorporación de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Por último, el Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[560], en el Capítulo II, Delitos cometidos

[559] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 502.

[560] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, Pág. 258.

por Funcionarios, se regula bajo el rubro "Corrupción de funcionarios" (Sección IV), el Cohecho activo específico mediante Abogado o Estudio de Abogados, en el artículo 453°, tercer y último párrafo, en los siguientes términos:

> *Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma de parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3, 4 y 8 del artículo 35 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa".*

9.2. Sujeto activo y Sujeto Pasivo

La redacción de este tipo penal corresponde a un delito especial propio, en atención que exige que el sujeto activo ostente determinadas condiciones especiales, que en este caso sería su condición de abogado o de pertenecer a un estudio de abogados.

El sujeto pasivo lo será el Estado

9.3. Conducta típica

Conforme en los acápites anteriores se ha desarrollado la teoría dogmática jurídica respecto a los elementos que conforman la tipicidad tanto objetiva como subjetiva del delito de cohecho activo específico, se puede apreciar prima facie que si bien el sujeto activo del delito tiene que ser un abogado o una persona que integre un estudio de abogados, se exige además el acuerdo o concierto del sujeto activo con el sujeto objeto de la acción corruptora: "el funcionario o servidor público".

El tipo penal exige que sea un Abogado, es decir, una persona titulada y además colegiada por el Colegio de Abogados de cada Distrito Judicial. Que pasa en el caso si una persona, que ha ofertado una coima a un funcionario o servidor público, todavía no se ha colegiado, es decir, sólo tiene su Título Profesional de Abogado ¿Cometerá el delito de cohecho activo en estudio? A mi juicio, habría que distinguir dos cosas; que en el tema legal-administrativo será necesario que todo profesional, para ejercicio de su profesión, esté debidamente colegiado, y si no lo

realiza en su momento y aun así ejerce la profesión, recibirá una sanción disciplinaria (y un delito sí hubiera) por parte del Colegio Profesional.

Ahora desde el punto de vista jurídico-penal, cuando el artículo 398° del Código penal exige para la realizar de la conducta que el autor sea un abogado, en mi opinión, para ser considerado como "autor" del delito, no será necesario que exhiba su respectiva colegiatura, pues si bien dichos profesionales (colegiados) serán los únicos que pueden ejercer, legalmente, la profesión ante los Tribunales y autoridades nacionales; sin embargo, para el Derecho penal, desde el punto de vista de la protección exclusiva del bien jurídico "Administración Pública", la persona, que sobre la base de un título profesional de Abogado, puede ejercer actos lícitos (ya sea gestionando, impulsando, colaborando, etc.) o igualmente puede afectar gravemente los intereses de la Administración Pública (como en los casos lamentables de "corrupción" a los funcionarios o servidores públicos que están por decidir un caso judicial o administrativo); además, si el Legislador nacional hubiera querido que el Abogado esté debidamente colegiado, lo hubiera señalado expresamente en el artículo 398°, tercer párrafo, del Código penal.

Sin embargo, muchas veces el profesional del Derecho, para magnificar sus esfuerzos aglomera a un conjunto de abogados, bajo un mismo horizonte de proyección: la defensa de sus clientes, y a esto comúnmente se les llama "Estudio de Abogados", y esto es precisamente lo que ha previsto el delito de cohecho activo en el artículo 398°, en la parte de posibles sujetos activos. Ahora bien, resultaba inoportuno haber considerado expresamente que el Abogado *forme parte de un Estudio de Abogados,* desde que la responsabilidad en materia penal es individual, por más que forme parte de una persona jurídica dedicada a la defensa técnica. En todo caso, el hecho de formar parte de un Estudio de Abogados, será sólo para contextualizar el hecho incriminado, pero no para fundamentar –y menos aún agravar– la tipicidad penal de la conducta.

9.4. Tipicidad subjetiva

Esta modalidad conductual sólo se puede realizar a nivel de dolo; es decir, a mi criterio el cohechante activo, que es Abogado o pertene-

ciente a un Estudio de Abogados, debe conocer –o debe presumir su conocimiento– de todos y cada uno de los elementos objetivos prescritos en el artículo 398° del Código penal, tanto en el primer párrafo (por ejemplo conocer que a quien está corrompiendo es un funcionario de decisión sobre un caso) como del segundo párrafo (conocer que a quien se está corrompiendo se trata de servidores públicos que coadyuvan a la Administración de Justicia).

Como se trata de un sujeto activo de naturaleza "especial", pues es un profesional del campo del Derecho dedicado a la defensa y/o asesoramiento, el conocimiento obviamente es netamente "especializado", en consecuencia, muy difícilmente podría admitirse un desconocimiento (a propósito del error de tipo o hasta de un error de prohibición) de las personas descritas tanto en el primer como en el segundo párrafo del artículo 398°.

10. SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PROCESAL DEL COHECHANTE ACTIVO

En muchas ocasiones el cohechante activo es considerado como un *sujeto colaborador de la Justicia penal* en determinados eventos delictivos, ya que a través de su denuncia –ya sea verbal o por escrito– ante las autoridades competentes, pone en conocimiento de la Justicia actos de corrupción de determinados funcionarios y/o servidores públicos. Sin su intervención muchas veces no se tiene eficacia inmediata en la lucha frontal contra la corrupción que debe tener todo Estado moderno; en ese sentido, muchas legislaciones procesales tienen ciertos privilegios a favor de quien realiza la denuncia penal por actos de corrupción, no obstante a que "formalmente" realizaría un delito de cohecho activo genérico, propio o impropio, o el cohecho activo específico (en nuestro caso sería el artículo 397° y el 398° respectivamente del Código penal peruano).

Es decir, se produce el "encuentro" punitivo entre el cohechante pasivo y con el respectivo el cohechante activo. Se produce, en otras palabras, una especie de colaboración eficaz pero no en el ámbito del denunciado-imputado, sino en el ámbito del denunciante-¿Agraviado?,

donde el Estado, a través de los Representantes del Ministerio Público, trata de llegar a un "acuerdo" con el denunciante (en muchas ocasiones un cohechante activo cuando ha dado u ofrecido los medios corruptores) para precisamente tomar conocimiento de la *notitia criminis*.

Nos preguntamos lo siguiente: ¿Cuál sería el tratamiento jurídico-procesal que recibiría un cohechante activo, luego de haber puesto una denuncia penal por actos de corrupción contra un funcionario o servidor público? Aquí habría que distinguir dos niveles:

- En primer lugar, una cosa es que la Fiscalía Especializada los hayan intervenido a los dos sujetos cohechantes –activo y pasivo– en un acto de corrupción, con lo cual, el cohechante activo no tendría absolutamente nada a su favor, desde el punto de vista jurídico-procesal, es más, sería un sujeto imputado o acusado por el delito de cohecho activo, dentro de un proceso penal por delito de corrupción. Aquí se daría a plenitud de lo que la doctrina penal llama al delito de cohecho como delito de "encuentro", es decir entre el *intraneus* y el *extraneus*.
- En segundo lugar, otra cosa es que el cohechante activo haya rechazado expresa o indiciariamente la respectiva solicitud corruptora del funcionario o servidor público, con lo cual el cohechante activo, que formalmente sería un "sujeto activo" del delito de cohecho activo, ahora sería considerado como un sujeto "denunciante" de los hechos delictivos de corrupción funcionarial; y en tal sentido tendría que recibir un tratamiento legal diferenciado dentro del proceso penal con respecto al funcionario o servidor público que ha aceptado o recibido el medio corruptor. Sólo en esta circunstancia el cohechante activo dejaría de ser un sujeto "imputado" dentro del proceso penal por delito de corrupción.

  En realidad, la pregunta sería: ¿Cuál sería el tratamiento jurídico-procesal correcto que recibiría el denunciante, cuando pone en conocimiento de la Autoridad de un acto de corrupción? Ante todo debemos decir que el sujeto que pone en conocimiento de un hecho de corrupción, o cualquier hecho

ilícito, se llama, por el sólo hecho de realizarlo, se le cataloga de "denunciante"[561], y la respuesta provisional a la pregunta planteada sería que el tratamiento estará en función a todas las posibilidades existentes, dentro del marco jurídico-legal:

- En primer lugar, el denunciante sea considerando dentro del proceso penal como un **"testigo"** directo o presencial, por lo tanto ajeno a toda vinculación incriminatoria con los hechos imputados; habría que tener en cuenta que no sería técnicamente un verdadero testigo, desde que no sería un sujeto enteramente imparcial, porque tendría un interés en el proceso –en este punto cabría la posibilidad de hasta ser "testigo impropio", porque puede cambiar de categoría procesal, para ser un sujeto imputado–[562];

---

[561] La Ley Nro. 29542 Ley que regula la "Protección al Denunciante en el Ámbito Administrativo y de Colaboración Eficaz en el Ámbito Penal", en sus artículos pertinentes, señala:
Artículo 1° - Objeto de la ley La presente Ley tiene el objeto de proteger y otorgar beneficios a los funcionarios y servidores públicos, o a cualquier ciudadano, que denuncien en forma sustentada la realización de hechos arbitrarios o ilegales que ocurran en cualquier entidad pública y que puedan ser investigados o sancionados administrativamente.
Artículo 2° - Entidades de la administración pública Para efectos de la presente Ley, se entiende por entidades de la administración pública las señaladas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley núm. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
Artículo 3° - Hechos arbitrarios o ilegales Son hechos arbitrarios o ilegales las acciones u omisiones realizadas por los funcionarios y servidores públicos que contravengan las disposiciones legales vigentes y afecten o pongan en peligro la función o el servicio público.
Artículo 12° - Indicios de comisión de delitos Si a consecuencia de la denuncia la Contraloría General de la República concluye en que existen indicios de la comisión de algún hecho delictivo, da cuenta del mismo al Ministerio Público a efectos de que inicie la investigación fiscal. En este caso, el denunciante puede acogerse a la Ley núm. 27378, Ley que Establece Beneficios por Colaboración Eficaz en el Ámbito de la Criminalidad Organizada, sin perjuicio de mantener las medidas de protección y beneficios previstos en la presente Ley

[562] En este punto, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Artículo 32) analiza el tema sobre la **Protección de testigos, peritos y víctimas,** en los siguientes términos:

- En segundo lugar, y quizá sea la calidad procesal más discutible, es decir, que el cohechante activo sea considerado como sujeto **"agraviado"** o **"perjudicado"** en el acto de corrupción funcionarial cuando no haya salido la gestión específica de acuerdo a sus intereses personales, en este caso, del denunciante, motivado quizá por la conducta del propio funcionario o servidor público de querer realizar la acción por el cual se "comprometió";

---

1. "Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.
2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales, en:
   a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero;
   b) Establecer normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro la seguridad de esas personas, por ejemplo aceptando el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados.
3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.
4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos.
5. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Artículo 33

Protección de los denunciantes

"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención".

- En tercer lugar, y en todo caso, de sujeto "**imputado**" por el delito de cohecho activo (artículo 397 o 398° de acuerdo al caso), y en consecuencia recibiría una sanción penal de modo quizá atenuado por el Juez Penal, por haber puesto en conocimiento de las autoridades, y esto tendría que estar plenamente acreditado a través del Fiscal;
- En cuarto lugar, puede ser un "**colaborador eficaz**", en la medida en que dé, dentro del procedimiento, una información veraz y oportuna sobre el desbaramiento de una o varias organizaciones criminales, dedicada a la comisión de delitos en el ámbito de la Administración Pública o conexos a ella; claro que esto estará condicionada a que el funcionario o servidor público esté involucrado o inmerso en una organización criminal, pero si no es así, si sólo está el cohechante activo y cohechante pasivo ¿Podríamos seguir hablando de un auténtico colaborador eficaz?

De esto se ha visto mucho, sobre todo en la Justicia Penal Anticorrupción contra los Funcionarios públicos, donde el "denunciante" –que es formal y típicamente un cohechante activo– soborna al funcionario público sobre un asunto de su competencia, y todo esto está siendo grabado por equipos técnicos. En ese sentido, en la Justicia Penal Anticorrupción contra los Funcionarios o Servidores públicos la figura del delito de cohecho activo del artículo 397°, se trataría en realidad de una *figura meramente simbólica* en nuestro Código penal, pues su finalidad principal no es sancionatoria-punitiva en los Tribunales, sino que su finalidad fundamental sería de "descubrimiento" de determinados actos de corrupción funcionarial; en otras palabras, existe formalmente tipo penal de cohecho activo, pero que sin embargo, materialmente brilla por su aplicabilidad judicial, debido precisamente que se trata de un arma fundamental en la lucha anticorrupción.

Capítulo Décimo
EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Análisis del artículo 399º del Código Penal

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El delito de negociación incompatible, llamado también delito de aprovechamiento indebido de cargo está ubicado sistemáticamente dentro de la Sección IV llamado: "Delitos de corrupción de funcionarios", junto con los delitos de cohecho[563], tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito; y esto se produjo luego de reforma legal producido en el año 2004 en el Perú, a través de la Ley Nro. 28355. En otras palabras, para el reformista legal, el delito de negociación incompatible se trata de una forma de corrupción gobernativa que comete intencionalmente el funcionario o servidor público, como una forma de "arreglar" ilícitamente las relaciones contractuales u otro tipo de operaciones comerciales, donde el funcionario intervenga por razón de su cargo.

Como su mismo nombre jurídico lo señala, se trata en realidad de una negociación propiciada por el mismo funcionario público con las

[563] La superposición de tipos penales que dificulta gravemente la delimitación interpretativa entre ellos. Así se tiene, como modalidad de "corrupción de funcionarios", a la "negociación incompatible" (art. 397), donde es punible el "interesarse por cualquier contrato u operación en que se intervenga"; pero existen dos modalidades de "concusión" muy similares: el "patrocinio ilegal" (art. 385), donde la conducta delictiva consiste en el "patrocinio de intereses particulares ante la administración pública"; y la llamada "colusión ilegal" o "fraude al Estado" (art. 384) que engloba los casos de "defraudación a la administración pública" en los contratos, suministros, licitaciones, etc. en los que intervenga el funcionario público, "concertándose con los interesados".

partes interesadas, que es "incompatible" con los principios institucionales e intereses de la Administración Pública, y por lo tanto merecedor de una sanción jurídico-penal. Según Soler "...la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado"[564]. No es necesario que el funcionario tenga la plena potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario: basta que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación[565].

La Convención Interamericana contra la Corrupción, prescribe en su artículo VI.1 que "La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: [...] c: *La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero*". Y Según dicha Convención en el punto 74, señala que en el Código Penal peruano encontramos las figuras de la *colusión* (artículo 384) y del *aprovechamiento indebido de cargo* (artículo 397) que suponen la obtención ilícita de beneficios por parte del funcionario o servidor público.

La situación simultánea de parte y de funcionario, es independiente de la existencia de un interés materialmente contrapuesto entre el Estado y el particular. El ejemplo que pone el Profesor argentino Soler es que un sujeto haga suministros, como proveedor, más baratos que los ofrecidos por otros. Ello no obstante, si ese proveedor es al mismo tiempo el funcionario encargado de la proveeduría, el hecho constituye negociación incompatible[566].

El bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible definitivamente por la mayoría de la doctrina es la imparcialidad

---

[564] SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo V, Buenos Aires, 1951, Pág. 213.

[565] SOLER, tomo V, 1951, Pág. 214.

[566] SOLER, tomo V, 1951, Pág. 213.

que debe tener el funcionario o servidor público cuando intervenga en las relaciones contractuales u operacionales. Así, según García Cavero "Si bien la doctrina penal concuerda en considerar que el bien jurídico protegido en el delito de negociación compatible es la imparcialidad de la Administración Pública[567]. También es verdad que vincula esta imparcialidad con la protección del patrimonio estatal. En consecuencia, el deber específico cuya infracción configura el delito de negociación incompatible no puede limitarse al tratamiento igualitario a los administrados, sino que incluye la custodia de los intereses económicos del estado. Por lo tanto, si el funcionario público ofrece un trato especial a un administrado pero sin poner en peligro los intereses económicos del Estado, no podrá hablarse de un delito de negociación incompatible, sino en todo caso, de una infracción al artículo 1.5 Ley de Procedimiento Administrativo General (principio de imparcialidad). El delito de negociación incompatible se dará solamente cuando la actuación del funcionario público se desdobla al representar tanto al estado como a los intereses privados. La naturaleza de los intereses privados debe ser conforme a la opinión dominante de la doctrina nacional, de carácter económico"[568].

Por su parte Abanto Vásquez sostiene que "...esta figura supone, en gran parte, una conducta previa al "fraude a la Administración Pública". En ambos casos, el funcionario a través de una violación de la imparcialidad que debe guiar sus actuaciones cuando intervenga en un contrato

---

[567] En efecto, la Ley General de Procedimientos Administrativos, señala en el artículo IV: (PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO) lo siguiente:

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
   1.5 **Principio de imparcialidad .-** Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

[568] Véase, en este sentido GARCIA CAVERO, Percy; Informe sobre la relevancia penal del Acuerdo del Directorio de CONASEV Nro. 395 - 202.

u operación económica presentando los intereses de la Administración Pública[569]. Según Rojas Vargas "El objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la Administración Pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado) que anteponen sus intereses a los de ella"[570]. Peña-Cabrera Freyre anuncia que "...nuestra postura es de anclar el objeto de tutela en los principios de "imparcialidad" y "objetividad", que debe revestir la conducta del funcionario o servidor público, cuando asuma una actuación funcional en el marco de la contratación administrativa"[571]. Para Salinas Siccha considera que el "...delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de sus deber particular encomendando en razón del cargo que desempeñan, como es el celebrar contratos u operaciones a favor de la administración"[572].

En la doctrina argentina citaremos a Buompadre, para quien en el delito de negociación incompatible, los funcionarios públicos que se desempeñan en la administración pública, lo tienen que hacer con imparcialidad, de manera prístina, transparente y que se prescinda por parte del funcionario de todo otro interés que no sea el de la administración"[573].

Por lo tanto el objeto a proteger en el delito de negociación incompatible no estará fijado en el interés económico-patrimonial afectado en las arcas del Estado peruano (por ejemplo, para eso estará el delito de peculado o el delito de colusión simple o agravada), sino el objeto está

[569] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, Palestra, Lima 2003, Pág. 506.

[570] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, Pág. 818.

[571] PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo V, Lima, 2010, Pág. 569.

[572] SALINAS SICCHA, 2011, Pág. 563.

[573] BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 3, Corrientes, 2003, Pág. 287.

fijado en un interés inmaterial concretizado en el proceso de negociación que realice el funcionario o servidor público en los contratos o en las operaciones que intervenga por razón del cargo.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Descripción legal

El actual artículo 399º del Código penal, fue modificado mediante la Ley Nro. 28355 del 06-10-2004, el mismo que señala lo siguiente:

> *"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 36º del Código penal".*

En principio esta figura ha sido tratado por el Código de 1924, derogado, en el artículo 345, en dos partes, la primera como negociación incompatible del funcionario, y la segunda, similar comportamiento, cometido por peritos, árbitros y contadores[574].

En el texto original del Código penal de 1991 se reprimía dicho delito en los siguientes términos:

> *"El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años".*

Antes de la reforma legal producida en el año 2004, el delito de negociación incompatible estaba regulado en el artículo 397º del Código penal (versión original del Código), en los siguientes términos:

---

[574] Véase, en este sentido: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la Administración pública*, Lima, Pág. 218.

"El funcionario o servidor público que indebidamente o en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años".

Como puede verse, en cuanto a la conducta típica se ha conservado la misma estructura fáctica, sin embargo, el cambio se ha producido en la consecuencia jurídica, ya que antes la pena mínima era de dos, ahora es de cuatro años de privativa de libertad, y la pena máxima antes era de cinco, ahora la pena máxima es de seis años. Como la pena mínima ahora es de cuatro, el objetivo del Legislador reformista era que el Juez Penal, como medida cautelar, aplique prisión preventiva en todos los casos, pues la prognosis de pena (cuatro años como mínimo en el Nuevo Código procesal penal del 2004) era favorable para su aplicación; y en cuanto a la determinación judicial de la pena, el Juez Penal podrá aplicar pena efectiva porque el marco penal (superación de cuatro años de pena privativa de libertad como mínimo) también lo permite.

Antes de la reforma legal producida en el año 2004, el delito de negociación incompatible era una modalidad de cohecho, lo cual no resultaba pertinente, pues el hecho presupone una "contraprestación", mientras que la negociación incompatible no debería exigirla.

Por su parte, el Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[575], en el Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios, se regula bajo el rubro "Corrupción de funcionarios" (Sección IV), el delito de Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en el artículo 454° en los siguientes términos:

[575] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, Pág. 258.

"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, 2, 3 y 8 del artículo 35 del Código Penal".

2.2. Legislación comparada

2.2.3. El Código penal argentino

Capítulo VIII Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

ARTICULO 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

(Artículo sustituido por art. 35 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

2.3. Sujeto activo.

Se trata de un delito especial, o de un delito de infracción al deber, porque sólo lo puede cometer aquél investido previamente de funcionario o servidor público.

2.4. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo en forma general será el Estado peruano, concretamente la Administración Pública, como bien jurídico protegido.

2.5. Conducta típica

La conducta típica, según el artículo 399° del Código penal, son las siguientes:

2.5.1. El verbo rector "interesarse"

No bastaría –según Abanto Vásquez- con parcializarse, es decir, con asumir una postura de excesivo celo en favor de la parte que se representa (la Administración Pública), pues incluso si esta postura llevara al fracaso del contrato o de la operación (con el consiguiente perjuicio para la Administración) sólo habría falta administrativa[576].

Una Ejecutoria Suprema ha establecido que no basta ser miembro del Comité Especial y Responsable del área de Abastecimiento, para atribuir responsabilidad penal por Negociación Incompatible. En efecto: "De lo actuado no se aprecia material probatorio suficiente, *en vista de que el solo hecho de formar parte del Comité Especial Permanente y a la vez responsable de las áreas de Abastecimiento, Patrimonio Fiscal y de Planificación, Presupuesto Y Desarrollo Institucional, no resulta suficiente para atribuirles responsabilidad por delito de Negociación incompatible, pues no se cuenta con elementos de la prueba que acrediten que tales procesados se hayan interesado en forma directa-* poniendo de manifiesto sus pretensiones particulares- o en forma indirecta o acto simulado, tampoco se ha establecido con suficiencia que el proveedor haya estado ligado a los procesados"[577].

El verbo rector del artículo 399° es "interesar". El interesarse es participar en un contrato o negocio que interviene por razón del car-

[576] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 510. Según este autor el "interesarse" puede ser interpretado en dos sentidos distintos: como la "obtención de interés" o como "actuación interesada" (actuar con "tendencia beneficiante"). Sólo esta última puede ser interpretada correcta, pues el verbo rector no se refiere a ninguna conducta de resultado" (Pág. 510).

[577] Ejecutoria Suprema del 17/6/2008, R.N. N° 3866-2007-PUNO. VOCAL PONENTE: ZECENARRO MATEUS, *Gaceta penal*, tomo 10, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2010, p. 182.

go, como necesario y favorable, anteponiendo una pretensión propia o particular, beneficiándose "a sí mismo" o a un tercero. Es decir, interviniendo como funcionario y al mismo tiempo, como beneficiario o parte; bien sea directamente o a través de un tercero en cualquier contrato u operación. Esta última es la forma más usual empleado por el agente[578].

El término interesarse, puede entenderse como "volcar sobre el negocio de que se trata una pretensión de parte no administrativa, querer que aquel asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros"[579].

Según Villavicencio Terreros, Felipe, en el Informe de Adecuación (en el punto 76) de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción (Lima, mayo del 2000), la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el caso del aprovechamiento indebido de cargo (artículo 397 del Código Penal) el interés del funcionario o servidor público puede materializarse a través de acciones u omisiones.

Por otro lado, el concepto de "interés" no se reduce exclusivamente al aspecto económico-patrimonial (aunque ésta es la postura mayoritaria en la doctrina argentina[580]); el interés particular puede manifestarse en un hecho cualquiera de ingerencia aprovechadora; careciendo de significado con el fin perseguido se logre o no[581]. En tal sentido, según Peña Cabrera Freyre "...el "interés indebido" no tiene que ser necesariamente de orden económico, de obtener una ventaja en términos pecuniarios, puede ser de cualquier índole, v gr. La consecución de un pues-

[578] HUGO ALVAREZ, Jorge B.; *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, Lima, 2002, Pág. 187.

[579] BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 3, Corrientes, 2003, Pág. 290.

[580] Así da cuenta CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Buenos Aires, 1991, Pág. 310.

[581] HUGO ALVAREZ, 2002, Pág. 198.

to laboral para un familiar, de participar en un proyecto de inversión privada, de ser incluido en un proyecto político"[582]. Por el contrario, Portocarrero Hidalgo señala que "Es natural que en el fondo el interés es económico, pero ello no es motivo de probanza ni preocupación del tipo porque en él no se castiga el negocio prohibido sino la incompatibilidad con la función"[583].

No es indispensable que el interés particular tenga que aparecer como contrapuesto al de la administración; es más, se dará igualmente el delito aunque el interés esté constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquélla (p. ej., que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la administración)[584].

Nótese que la descripción típica es sólo que el funcionario se interese indebidamente por los contractos, al margen de la persona u otras personas que estén involucradas en la relación contractual con el Estado. En consecuencia, no expresa el tipo penal en comentario, que el funcionario o servidor público llegue efectivamente a un acuerdo contractual con la otra parte suscribiente, porque si lo hace estaría realizando otro delito contra la Administración Pública, que es de colusión (artículo 384° del Código penal), y que es mucho más grave, en términos de sanción penal.

2.5.2. Las modalidades específicas, según el Código penal, de negociación incompatible

La conducta típica del delito en cuestión tiene varios requisitos a cumplirse, que son los siguientes:

---

[582] PEÑA-CABRERA FREYRE, tomo V, 2010, Pág. 573.

[583] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la Administración pública*, Lima, Pág. 221.

[584] CREUS, tomo II, 1991, Pág. 310.

2.5.2.A. El interés, indebido, del funcionario o servidor público de manera directa sobre contratos u otra operación

Aquí el interés que muestra el funcionario servidor es en forma personal, es decir, sin valerse de otras personas, sobre un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata. El interés del sujeto activo debe ser de forma ilegal, indebida, porque si es de forma debida, el delito no se presenta.

Interesarse en forma directa es hacerlo en el contrato u operación a través de otras personas (el caso típico de testaferros), pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos los que participan o tienen de hecho niveles de injerencia[585].

2.5.2.B. El interés, indebido, del funcionario o servidor público de manera indirecta sobre contratos u otra operación.

De igual forma el interés que muestra el funcionario servidor es en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr la ejecución de un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata.

2.5.2.C. El interés, indebido, del funcionario o servidor público, por acto simulado, sobre los contratos u otra operación.

En este supuesto se trata de una intervención interesada del funcionario o servidor estatal, sin embargo, la diferencia con los dos supuestos anteriores, no es la forma o manera personal o por tercera persona, de ese interés indebido; sino en la forma de cómo se ejecuta ese interés indebido, a través de acto simulado. Que se trata de un acto ficticio.

---

[585] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 823.

Interesarse solo mediante acto simulado es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales, es negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o en una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes[586].

2.5.3. Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho privado y en el público. Así, el Código Civil en el artículo 1351 señala que: *"El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial"*. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco es relevante la materia o el carácter del mismo[587].

En cambio, las "operaciones" son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos –licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargados de bienes, expropiaciones, etc.-[588]. En otras palabras, las operaciones son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos (licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiación, etc.

Ahora bien, no importa la etapa en que se encuentra el contrato o la operación, estas podrían haberse ya pactado o estar en el proceso de ejecución. Pero obviamente, si el contrato ya se ejecutó, si ya se extinguió la relación jurídica, no será posible la comisión del delito[589].

---

[586] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 823.

[587] SALINAS SICCHA, 2011, Pág. 558.

[588] SALINAS SICCHA, 2011, Pág. 560.

[589] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 516.

2.5.4. La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser por razón de su cargo.

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor sólo aquél que por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adquisición, de bienes y servicios, etc.). Por ejemplo, aquél que ha sido designado por el Alcalde de una Municipalidad, para que forma parte del Comité de Adquisiciones de bienes muebles.

La frase "por razón de su cargo", contiene el posesivo "su", apócope de suyo, suya: indica que se refiere a las funciones que tal funcionario le confiere la ley. Estas funciones provienen de las normas jurídicas que rigen el cargo, los actos administrativos, etc.[590]. Se trata, en otras palabras, de una relación funcional-institucional específica que tiene el sujeto activo con algún *supuesto fáctico* perteneciente a la Administración Pública: en este caso, los contratos u otras operaciones estatales, donde sus miembros tendrían que velar por la correcta negociación y ejecución de las relaciones contractuales, donde el Estado como parte del mismo, no salga perjudicado; pero que a la vez es un *supuesto jurídico,* porque está estatuido por normas jurídicas y reglamentos que rigen el actuar del funcionario en el proceso contractual

Según Salinas Siccha no es suficiente para la configuración del delito de negociación incompatible, que el sujeto activo del delito tenga la sola condición especial de funcionario o servidor público. Es necesario que el sujeto público cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación[591].

---

[590] HUGO ALVAREZ, 2002, Pág. 184.

[591] SALINAS SICCHA, 2011, Pág. 565.

No es necesario que el funcionario o servidor público esté administrando, percibiendo o custodiando algunos caudales o afectos del Estado, porque ello sería constitutivo de un delito de peculado simple o agravado doloso (artículo 387°) o peculado culposo (artículo 387°, último párrafo) de acuerdo al caso; sólo será necesario, para la tipicidad objetiva, que el funcionario, en virtud del encargo específico por mandato de la Ley u orden superior, esté interviniendo en los procesos de negociación estatales.

2.5.5. El interés del funcionario o servidor público debe ser de manera indebida

En los tres supuestos antes analizados se trata de un interés de forma indebida. La clave del delito de negociación incompatible está precisamente en desentrañar el término "interesarse" para precisamente marcar la línea fronteriza con otras figuras delictivas que se encuentran en el mismo rubro de Delitos cometidos por Funcionarios Públicos.

En ese sentido cuando el funcionario o servidor público se interesa (dolosamente) en un contrato u otro tipo de operación, se trata de una acción *netamente unilateral* por parte del funcionario o servidor público, no esperando a los efectos de la tipicidad de la conducta, que la otra parte contractual acepte o reciba la contraprestación estipulada; en otras palabras, no es un convenio bilateral la negociación incompatible con sí existe por ejemplo en el delito de colusión simple o agravada (artículo 384° CP), por ahí el verbo rector es "coludirse". Se trata de un delito unipersonal y no de aquellos delitos llamados de participación necesaria, donde se encuentran algunos delitos contra la Administración Pública (cohecho, tráfico de influencias).

Ahora bien, la frase "indebida" es sumamente amplia y marca un nivel de lícito e ilícito, que deberá cerrarlo el Juez Penal en cada caso concreto. En todo caso, el término "indebido": ¿A qué se refiere concretamente?; ¿A algo que está fuera de los cánones del sentido común, reprimidos por la Sociedad? o ¿A algo que no está permitido por la Ley en sentido general o reglamentaciones internadas de cada Institución? Definitivamente si queremos ser estrictos con el principio de legalidad,

la interpretación que realice el Magistrado tendrá que partir de criterios exclusivamente legalistas y obviamente reglamentaristas, con ello, no queremos dejar decir que sólo se aplique las normas del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional; sino todas aquellas normas jurídicas (civiles, laborales, societarias, comerciales, tributarias, etc.) que sirvan para una mejor interpretación de lo que es "debido" o "indebido" para el funcionario o servidor público, en el marco del proceso de negociación contractual o cualquier tipo de operación.

En tal sentido, puede haber situaciones en las cuales el funcionario, de acuerdo a la normativa o estatuto de la Institución Pública o a las órdenes de sus superiores jerárquicos, tenga que intervenir en determinadas relaciones contractuales, y esto implique reuniones permanentes con algunos empresarios extranjeros y nacionales. La pregunta sería: ¿Hasta qué punto sería debido o indebido que un funcionario se interese de un contrato estatal? Quizá el funcionario se esmera en querer brindar lo mejor de sí, y para ello, se interesa de forma inconsciente, para cerrar el contrato encomendado y que sea el Estado el único beneficiado.

En mi concepto, el término interesarse en el delito en comentario, debemos de enmarcarlo *de modo contextual-real y no literal-formal*. Digo contextual-real porque si el funcionario o servidor público tiene proyectado realizar una exitosa negociación, donde el único beneficiado será el Estado, y para ello necesita realizar varias acciones "interesadas", como por ejemplo hacer visitas a los respectivos domicilios de los empresarios; ello no puede ser considerado como un "interés indebido", porque el contexto real demuestra que el interés es irrelevante a los efectos de la lesividad del bien jurídico; en cambio, si el interés del funcionario es personalísimo, donde el único beneficiado será él y su familia por ejemplo, ello sí constituirá en "indebido".

La frase típica "interesarse" debe entenderse como una conducta que va en contravención a los parámetros de la Legalidad y el Orden Jurídico; pues así lo tiene señalado una Ejecutoria Suprema. En efecto: *"Se imputa al procesado haber nombrado como asesor legal de la Municipalidad a su hermano, pese a estar impedido por cuanto el encausado se encontraba ocu-*

pando el cargo de Alcalde; que a la fecha de tales constataciones, la conducta incriminada al acusado no constituyó delito de negociación incompatible con el cargo, toda vez que la condición requerida por el tipo, en cuanto a que la acción del agente sea indebida, ***no se dio porque dicho accionar no estuvo prohibido expresamente por ninguna norma legal,*** *que si bien la Ley 26771 "Ley contra el Nepotismo" estableció la prohibición de nombramientos y contrataciones de personal en el sector público por razón de parentesco, a la contratación efectuada por el procesado"*[592].

2.5.6. En la celebración de los convenios u operaciones, el funcionario o servidor público debe intervenir por razón de su cargo

Constituye una exigencia típica del artículo 399° que el funcionario o servidor se interese en contrataciones u otro tipo de operaciones, siempre y cuando dicha conducta sea en el marco de su función específica. Efectivamente, el citado artículo, señala que: *"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...***".

En esta lógica, una Ejecutoria Suprema ha dicho que: "Si bien el encausado, médico, especialista del hospital, era propietario del "Centro Quirúrgico Oftalmológico" y en calidad de servidor público se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el hospital nacional y su centro oftalmológico, *también lo es que en la celebración de ambos convenios el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal,* debido a que la decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido"[593].

---

[592] Ejecutoria Suprema del 12/3/2003, R.N.. N° 7466-2001-PUNO, extraído de SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 479. (las negritas son mías).

[593] Ejecutoria Suprema del 25/10/2002, R.N. N° 4832-2001-AREQUIPA. extraído de SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal,* Jurista Editores, Lima, 2004, Pág. 513.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa[594], admitiéndose claro está el dolo directo[595] y la posibilidad hasta del dolo eventual[596]. Por el contrario, este delito no admite la comisión imprudente o culposa de acuerdo al artículo 12°, segundo párrafo, del Código penal.

Sin embargo, el tipo penal en cuestión prevé la acreditación de algunos elementos subjetivos distintos del dolo, ya que prescribe lo siguiente: *"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa,* ***en provecho propio o de tercero...***". En ese sentido, el sujeto activo no sólo tendrá que conocer y querer efectivamente todos los elementos objetivos del tipo penal (porque si no es así, habrá error de tipo, artículo 14°, primer párrafo, del Código penal), sino también se tendrá que acreditar, en el proceso penal, el *móvil de lucro* del agente en la ejecución de la conducta típica: el proceso de negociación y ejecución de los contratos u otro tipo de operaciones comerciales, que por razón de cargo, intervenga el funcionario o servidor público. En otras palabras, se admite aquí la verificación de los elementos subjetivos distintos al dolo[597].

---

[594] Como es sabido, el dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo. Por tanto, en el dolo están presentes dos elementos: el cognoscitivo (que se refiere al conocimiento que debe haber tenido el autor para obrar con dolo) y el volitivo (referido a la voluntad del agente para desarrollar la conducta).

[595] El **dolo directo de primer grado** se presenta cuando la realización del tipo es precisamente la que el autor persigue. Ejemplo: el que fuerza con violencia a una mujer a realizar el acto sexual y lo logra.

[596] El **dolo eventual** se da cuando el agente se representa la realización del tipo como posible. El caso del sujeto que va a alta velocidad en una zona escolar, prevé como posible que pueda atropellar a un estudiante.

[597] Generalmente el desvalor de acción en los delitos dolosos se agota con la presencia del dolo, sin embargo algunos tipos legales requieren en el agente otros elementos subjetivos diferentes al dolo para la realización del tipo. El principal supuesto lo tenemos en los *tipos de tendencia interna trascendente (delitos de intención)*, que son delitos cuya parte interna requiere de una intención espe-

Según Villavicencio Terreros, Felipe, en el Informe de Adecuación (en el punto 78) de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción (Lima, mayo del 2000), la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el caso del aprovechamiento indebido de cargo (artículo 397 del Código Penal), hace referencia a que la actuación del funcionario público se desarrolle *con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero*. Esta formulación parecería exigir la inclusión de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. En las figuras nacionales de colusión y aprovechamiento indebido de cargo, el beneficio para el interesado o para terceros aparece como una consecuencia objetiva derivada de la acción típica, no requerida expresamente por el tipo.

En este punto, una Ejecutoria Suprema tiene señalado que pese a haberse generado pérdidas para la empresa estatal, sin embargo el interés del funcionario no estuvo orientado a obtener provecho personal o para tercero. En efecto: "Se debe referir que el Alcalde, si bien realizó actos tendientes a que la empresa se integre a otras entidades con la finalidad de participar en la licitación internacional en el entendido que con tal fusión, se iba a beneficiar a la Municipalidad Distrital, hecho que finalmente no sucedió, no se advierte ni existe prueba objetiva que demuestre palmariamente que éste se haya interesado en tal accionar en provecho propio o de tercero, pues si bien se han generado pérdidas, en desmedro de la empresas estatal, la misma que manejaba fondos públicos al constituir el tipo penal de negociación incompatible, *pues no se advierte beneficio propio o de un tercero que haya surgido justamente de un acto simulado de interés por parte del sujeto activo*"[598].

---

cial, que se trata de una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización del tipo objetivo. Se trata de un fin ultratípico. Por ejemplo, en los delitos de hurto (artículo 185°) y robo (artículo 188°) se exige al agente que desarrolle la conducta "para obtener provecho" o "para aprovecharse" del bien mueble. A estos delitos de intención se los identifica, generalmente, cuando el legislador emplea la expresión "para".

[598] Ejecutoria Suprema del 18/3/2009, R.N. N° 1174-2007-CUSCO. VOCAL PONENTE: NEYRA FLORES, José. *Gaceta penal*, tomo 13, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2010, p. 103. (las cursivas son mías).

En casi pocos delitos de corrupción de funcionarios, o en general delitos cometidos por funcionarios en agravio del Estado peruano, no se prevé expresamente la forma de lucro o enriquecimiento económico del sujeto activo, como sí por ejemplo se prevé el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Así, por ejemplo, en el delito de cohecho o en el tráfico de influencias o enriquecimiento ilícito no se prevé de manera expresa formas de aprovechamiento indebido del sujeto funcionarial, aunque en la realidad, muchos de sus actos de los delitos antes mencionados, el móvil de su conducta sea el lucro personal.

4. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

En este punto diremos que se el delito de negociación incompatible se trata de un delito de peligro, o llamado delito formal[599], y no de un delito de resultado lesivo, desde que no se exige o prevé expresamente un perjuicio a los intereses económicos del Estado peruano, como sí pasa, por ejemplo, en el delito de colusión agravada (artículo 384°, segundo párrafo). El tipo penal de artículo 399° se consumará a mí entender cuando el sujeto activo *sólo se interesa* de manera indebida de los contratos u otro tipo de operaciones.

Según el profesor argentino Creus "...tan típica es la conducta de quien, siendo funcionario y actuando en la operación, despliega después en ella la conducta de interesarse, como la de quien, siendo ya parte privada en el negocio, adquiere luego la calidad de funcionario con

[599] HUGO ALVAREZ, 2002, Pág. 184. En esta misma línea: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 513 "El interesarse" siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la Administración Pública. Si en los hechos, el funcionario hubiera favorecido intereses propios o de terceros que resultaron favorables económicamente a la Administración Pública habría coincidencia de intereses, pero no tipicidad de la conducta". En esta línea: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 518 "Es difícil aceptar la existencia de TENTATIVA, pues si se tratara de actos ejecutivos tendentes a lograr algún beneficio en el contrato u operación que el funcionario dirige a nombre de la Administración Pública, ya se habría manifestado el "interés privado" y se podría hablar de consumación..."

facultades decisorias o de complementación legal respecto de aquél, y no aparta de él su interés particular y tampoco elude su actuación funcional en él (no se inhibe de actuar como funcionario)"[600].

En otras palabras, para que se produzca el delito de negociación incompatible debe producirse el conflicto de compatibilidades. El funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado. Pero sin embargo dicho sujeto especial orienta su interés en función personal para obtener provecho o para procurarlo a terceros, tornándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional[601].

No se exige que el sujeto activo efectivamente se haya beneficiado con la operación contractual, basta probar con el sólo interés del funcionario o servidor público. Por lo tanto las formas imperfectas de ejecución delictiva (tentativa) serán casi imposibles. Este sentido, Peña Cabrera Freyre señala que "...no se requiere la concreción de la contratación pública, menos que el agente obtenga un provecho o el tercero vinculado a aquél; si es que se verifica que la obtención de la Buena Pro al postor, ha provocado una merma al patrimonio público, mediante una convergencia criminal entre el funcionario público encargado de llevar a cabo la Licitación pública y los particulares, se configura el tipo penal de Colusión ilegal"[602].

Una caso de la jurisprudencia penal peruana ha señalado, en este punto, que: "El auto impugnado señala que el Ministerio Público ubica los hechos de aporte causal al hecho principal (interesarse en el contrato) *en un momento posterior a los actos atribuidos a los encausados en calidad de autores, lo que contraviene las reglas de complicidad en el delito de negociación incompatible, en tanto esta no puede darse después de consumado el delito, sino en la etapa de preparación y de ejecución*;

[600] CREUS, tomo II, 1991, Pág. 312.

[601] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 825.

[602] PEÑA-CABRERA FREYRE, tomo V, 2010, Pág. 576.

que, sin embargo, de la formalización de la denuncia y auto apertorio de instrucción, se advierte que la imputación contra la encausada- a título de cómplice- recae en que como integrante del Comité Especial incurrió-con los otros integrantes- en irregularidades durante los procesos de selección y contratación, como la indebida adjudicación de puntajes a los postores, los que finalmente resultaron ganadores de dicho proceso, por lo que su participación no se habría concretado a un acto posterior a la de los atribuidos a los autores del delito de negociación incompatible"[603].

5. PROBLEMAS DE APLICACIÓN CONCURSAL ENTRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y EL DELITO DE COLUSIÓN.

Uno de los problemas de aplicación judicial que enfrenta a diario el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo está en encontrar puntos de diferencia con el delito de colusión desleal (artículo 384° del Código penal), porque ambos ilícitos tienen *zonas comunes en cuanto a su tipicidad penal se refieren* (por ejemplo: ambos son delitos de infracción al deber, cometidos por funcionarios o servidores públicos; ambos se tratan de afectaciones al patrimonio del Estado, de manera concreta o potencial, y ahora en la colusión se incorpora un resultado lesivo). Por ello la diferencia entre ambas figuras, aunque parezca paradójico, habría que encontrarlo también en la misma conducta típica de cada ilícito penal.

Como es sabido, en la colusión desleal, llamado ahora colusión simple o agravado, el funcionario o servidor público se ha *concertado* con los terceros-interesados para defraudar los intereses de la administración pública (se trata de un delito de participación necesaria en la modalidad de encuentro); o se ha interesado para promover un benefi-

[603] Ejecutoria Suprema del 4/2/2010, R.N. N° 4276-2008-LIMA. VOCAL PONENTE: PRADO SALDARRIAGA, *Gaceta penal*, tomo 16, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2010, p. 188. Las cursivas son mías..

cio personal o de tercero. Mientras que en el delito de negociación incompatible el funcionario o servidor público se *interesa* en determinadas relaciones contractuales u operacionales, constituyendo, por ende, un acto de mutuo propio del funcionario o servidor público; es decir, la diferencia estaría en la *forma o los medios de afectación* del interés patrimonial del Estado: en uno es a través de la concertación entre dos personas, y el otro es a través del interés unilateral del sujeto especial.

En realidad la situación está en saber si ante una misma e idéntica realidad fáctica de imputación contra un funcionario o servidor, estamos ante un concurso "ideal" o un concurso "real" entre las calificaciones jurídicas de delito de colusión desleal o un delito de negociación incompatible. Según el Código procesal penal de 2004 cuando el Fiscal Penal de Investigación Preparatoria decide iniciar la respectiva Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, puede realizar tipificaciones jurídicas *alternativas* al hecho fáctico incriminado (véase el artículo 336, numeral 2, letra b); puede imputar por un lado, delito de colusión simple o agravado, y a la vez, puede imputar negociación incompatible, incluso puede haber continuidad delictiva sobre los hechos, por ende puede haber delito continuado (artículo 49° del Código penal). Sin embargo, dicha alternatividad "procesal" habría que engarzarlo en las relaciones concursales que prevé nuestro texto sustantivo penal: reiteramos, en concurso real o concurso ideal.

En tal sentido, si existe una unidad de acción fáctica -y la condición es que se dé en un espacio y tiempo más o menos cercanos- habrá un concurso ideal o formal de delitos entre colusión y negociación incompatible; sin embargo, todavía quedará pendiente si es que en una misma modalidad conductual puede cobijar una colusión y negociación incompatible a la vez, porque a mi entender tienen más elementos objetivos "distantes" que "cercanos", en esta línea, sólo puede legitimar adecuadamente la "unión" entre ambas figuras delictivas en un mismo cauce procesal la llamada alternatividad en las tipificaciones que ofrece el Código procesal penal de 2004 (véase el artículo 336, numeral 2, letra b); porque según creo entender las tipificaciones alternativas previstas en nuestro nuevo proceso penal, se sustenta en la eficacia de acumu-

lar imputaciones fácticas y jurídicas en contra de un mismo imputado, seguido en el marco de un mismo proceso, aun cuando dichas tipificaciones alternativas no se sustenten en las clásicas relaciones concursales que prevé nuestro Código penal, pues éstas recién serían aplicadas en la parte decisoria del proceso penal.

Por el contrario, si existen varios hechos cometidos en tiempo y en espacio distintos por el mismo funcionario o servidor público, los mismos que no pueden ser unidos –objetiva ni subjetivamente– en una misma e idéntica modalidad conductual, definitivamente estaremos ante un concurso real o material de delitos (artículo 50° del Código penal) entre la colusión –simple o agravada– y el delito de negociación incompatible, por la autonomía entre los comportamientos existentes, por lo tanto en la determinación judicial de la pena, la solución es la sumatoria de penas en la sentencia condenatoria entre ambos marcos penales (concretos).

Capítulo Décimo Primero
EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Análisis del Artículo 400°
del Código Penal peruano

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El tipo penal de tráfico de influencias se conoce desde el Derecho romano, concretamente cuando uno de sus amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante éste: Al descubrirlo el emperador, lo condenó a morir ahogado por el humo; de allí el nombre de "*venta de humo*". Ahora bien, en lo que respecta al comportamiento típico del delito en mención este consiste a lo que tradicionalmente se conoce como "*venta de humo*": es decir el hecho de vender algo inmaterial. Consiste en la "*afirmación*" o "*atribución*" de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de esta influencia.[604] Así se tiene que el tipo penal no exige que la influencia realmente exista, puesto que expresamente se refiere a una *influencia real o simulada.*

Esta modalidad delictual ha sido considerada, siguiendo la posición doctrinaria más avanzada y moderna, como un delito de *pacto sceleris*, pues su existencia requiere de presencia de dos personas: un vendedor de humo (intermediario o traficante de influencias) y comprador de humo (interesado o beneficiario con la influencia)[605]. Para unos, este delito es

---

[604] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano.* Ed. Palestra, Lima, 2003, p. 528.

[605] NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente; "*La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes Nº 29703 y 29758. La vendita di fumo en el pacto sceleris*", en Gaceta Penal, tomo 26, Agosto, 2001, Pág. 14.

una suerte de acto preparatorio elevado a la categoría de delito independiente del cohecho o del tráfico de influencias[606]. Con este precepto, lo que el legislador quiere, es adelantar las barreras de protección penal, tratándose de un delito de peligro abstracto, de un delito mutilado en dos actos, que se caracteriza en que la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto –delito de dos actos-, siendo un tipo incongruente por no corresponderse la parte subjetiva de la acción con la objetiva, por exceso subjetivo.

La figura del "tráfico de influencias" se acerca al injusto típico del "cohecho" pero no es idéntico a éste: con este tipo penal se buscar abarcar penalmente la "compraventa" de la influencia que se tenga o pueda tener en funcionarios públicos; o sea, se adelantan las barreras del derecho penal para reprimir conductas que pudieran influir efectivamente en el ejercicio funcionarial. En otras palabras, muchas veces se producen actos previos al "cohecho" que, desde la perspectiva penal, pueden tener igual contenido de injusto que éste y, sin embargo, quedar impunes. El caso más evidente es el del llamado "tráfico de influencias", el cual ocurre cuando se ofrece en venta la "influencia" que se pueda tener en el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para el potencial comprador. Como los tipos de "cohecho" no abarcan estos casos, en muchos países se han introducido ya desde hace algún tiempo (Francia, Austria, España, Perú, Argentina) tipos penales que describen esta conducta y la sancionan penalmente.

El delito de tráfico de influencia lo que reprime, en realidad, son supuestos de intermediación previa de un acto de cohecho pasivo, intermediación que lo realiza una persona "extraña" a la Administración Pública, pero dotado de un alto grado de influencia hacia determinado funcio-

[606] De la misma manera: NÚÑEZ PÉREZ; *"La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes Nº 29703 y 29758. La vendita di fumo en el pacto sceleris"*, cit. Pág. 14, nos dice que: "Normalmente este delito aparece en la estructura del iter criminis como una conducta previa de los futuros cohechos, por lo que no estaría mal señalar que la compra y venta de influencias son como actos preparatorios de los proyectos de soborno".

narios o servidores públicos que han de conocer, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Se dice, con razón, que el tráfico de influencia se trata de un supuesto de intermediación punible, porque entre el "interesado" y el "funcionario" o "servidor público" que está conociendo o ha de conocer su caso judicial o administrativo, está precisamente el "traficante", porque si no estuviese el traficante en esa posición intermedia, y el interesado "influye" directamente al funcionario o servidor público que esté conociendo o ha de conocer su caso, dicho funcionario sería un cohechante pasivo siempre y cuando acepte o reciba dolosamente algún medio corruptor, y el interesado sería un cohechante activo, siempre y cuando ofrezca dolosamente dichos medios corruptores.

En ese sentido, siempre en el tráfico de influencia intervienen tres personas ubicados en momento y en espacio distintos: en primer lugar, el *interesado* que es la persona que tiene un caso dentro de la Administración Pública, ya sea judicial o administrativo; en segundo lugar, el *traficante*, que es la persona que se ofrece a interceder ante un funcionario o servidor que precisamente está conociendo el caso de interesado, a cambio obviamente de medios corruptores; y en tercer lugar, el *funcionario o servidor público* que ha conocido o esté conociendo un caso judicial o administrativo. De los tres sujetos descritos, sólo será procesado y eventualmente sancionado por el tráfico de influencias como autor, el traficante. El interesado y el funcionario público serán considerados "terceros" ajenos al proceso penal, sólo serán citados eventualmente como testigos de los hechos, salvo que el interesado haya influenciado psicológicamente al traficante, con lo cual el interesado será considerado como instigador (art. 24º del Código penal) del hecho cometido (tráfico de influencia) por el autor principal, que será el traficante. Y el tratamiento penal del funcionario público, en mi concepto, será irrelevante, desde que la ubicación temporal, y por ende del acto funcional, del sujeto especial (funcionario) se da en un estadio posterior a la consumación, que más bien sería un acto de agotamiento. En realidad, tanto el interesado como el mismo traficante (al menos desde la tipicidad del 400º, primer párrafo) son sujetos extraños a la Administración Pública, y que lo único que permite, o mejor dicho, que legitime que el tráfico de influencia esté como delito cometido en contra de la Admi-

nistración Pública, es que el traficante influya hacia un funcionario o servidor público.

Como puede observarse, desde el punto de vista jurídico-penal, la Administración Pública está blindada internamente tanto para sujetos especiales (cohechos, colusión desleal, concusión, negociación incompatible, etc.), como externamente, es decir, para aquellos sujetos extraños a la Administración que desestabilizan deliberadamente el normal y correcto funcionamiento de la misma, que los funcionarios judiciales o administrativos tienen que resolver los casos desprovistos de cualquier influencia "extraña" o "ilícita", sólo debe recibir la influencia de su discrecionalidad funcional, basado en la Constitución y en la Ley; de no ser así, se estaría configurando el delito de tráfico de influencia.

En la Administración Pública como organización duradera en el tiempo, sus integrantes pueden hacerse algunos favores al interior de la misma, claro siempre ello afecte el normal funcionamiento de la Administración; estos comportamientos pueden ser tolerables por la Sociedad, como conductas socialmente adecuadas; sin embargo, nos preguntamos lo siguiente: ¿En qué casos puede verse afectado la Administración Pública? Cuando pidiendo un favor (el interesado) el otro sujeto acepta (interceder ante un funcionario o servidor) realizar el favor al interior de la Administración solicitando "algo a cambio" por ese favor, solicitando ilegalmente algunos de los medios corruptores descritos en el artículo 400° del Código penal: "donativo", "promesa", "ventaja" o "beneficio"; es ahí donde, a mi juicio, esa conducta que era en sus inicios tolerable socialmente (haciendo un favor), se convierte luego en intolerable socialmente (pidiendo medios corruptores).

En términos tradicionales, se ha entendido al delito de tráfico de influencias como un negocio en el cual una de la partes se compromete con la otra, mediante pago, a influir sobre un funcionario público, en asuntos de su competencia, para obtener de éste algún beneficio a favor de quien paga la influencia. Es un acuerdo de voluntades sobre un servicio que promete el traficante y por el cual recibe dinero, dádiva o promesa remunerativa. El delito en comentario necesariamente concurren en dos personas, pero solo una responde penalmente como autor.

Asimismo, tenemos que por razones de política criminal, nuestro legislador ha criminalizado el delito de tráfico de influencias como un delito de peligro, toda vez que resultaba necesario anticipar la punibilidad a un estadio previo a los actos de cohecho o corrupción de funcionarios, reprimiéndose de esta manera desde la fase de preparación cualquier intento de inferencia en la función jurisdiccional y administrativa, sin que se exija la materialización efectiva del acuerdo entre el traficante y el interesado. [607]

En consecuencia, no se ha considerado oportuno destipificar la "venta de humo" pues, desde una perspectiva de prevención general positiva, esta modalidad fraudulenta de tráfico, mantiene importancia en el ámbito social. Así mismo se esclarece la idea que el núcleo de la conducta es la solicitud o recepción de una ventaja a beneficio de cualquier orden, asociado con la "contraprestación" real o ideal del ofrecimiento de interceder ante el funcionario que haya conocido, conozca o vaya a conocer un asunto administrativo o judicial. La sesión temporal de estos dos actos no es regida: observando lo que señala Hurtado, los dos actos pueden ser sucesivos o simultáneas, lo importancia es que exista una conexión lógica entre ellos[608].

Rojas Vargas[609] apunta a que el objeto de la tutela penal es el de preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública, específicamente en su ámbito jurisdiccional y de justicia administrativa, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descrédito con el comportamiento típico del agente. Por su parte Abanto Vásquez[610] sostiene que el bien jurídico no puede

---

[607] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar / CARO CORIA, Dino Carlos / REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita para Delinquir*, Ed. Jurista, Lima, 2002, p. 27.

[608] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011

[609] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administrativa pública*, 2007, Lima, Pág. 786

[610] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 524 y 525.

ser el "prestigio" o el "buen nombre" de la administración pública, ya que ella no responde a las exigencias de un Estado social y democrático y de Derecho. Y que más existe un atentado, aunque lejano, contra la *imparcialidad* del funcionario, el *carácter público* de la función y, en el supuesto de la "influencia simulada" el "patrimonio individual". Reaño Peschiera indica que "...el objeto de protección ha de concretarse en la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas, interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin duda este bien jurídico es tutelado a través de un delito de peligro abstracto en el que la criminalización del tráfico de influencias importa el adelantamiento de la barrera punitiva a un estadio previo a la lesión del bien jurídico, pues su consumación no exige la materialización de la intercesión"[611].

En el delito de tráfico de influencias, tal como está redactado en el Código penal, nos encontramos ante un tipo de los llamados *pluriofensivos,* con el que se trataría de proteger, no sólo la transparencia e independencia de la función pública, sino también la situación de igualdad de los ciudadanos frente a ésta. Asimismo es protegido el valor de la incorruptibilidad funcional, que resulta lesionada por el ejercicio de la acción del tráfico de influencias determinante de una resolución facilitadora por medio de un beneficio económico.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Descripción legal del artículo 400º del Código penal. Evolución Legislativa.

*Artículo vigente según el Artículo Único de la Ley Nº 29758, publicada el **21 julio 2011**, cuyo texto es el siguiente:*

[611] REAÑO PESCHIERA; *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "Caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿Comprador de humo, víctima o participe?,* cit., Pág. 294

"Artículo 400. Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal."

Tráfico de influencias. Texto original del Código penal de 1991:

Artículo 400.- *El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal."

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 29703, publicada el ***10 junio 2011****, cuyo texto es el siguiente:*

"Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Esta figura delictiva fue puesta de relieve con el Código penal de 1924 (como art. 353-A) por el Decreto Leg. De 12-06-1981; las fuentes legales extranjeras que influenciaron en el modelo peruano, las podemos encontrar en los artículos 204, 346 de los códigos penales italiano de 1889 y 1930, respectivamente, en el artículo 147 del Código Penal Colombiano de 1980 y el artículo 404 bis c) del Código Español de 1973.

Una fuente que merece resaltar es la legislación española que lo regula desde a poco tiempo, a partir de la Ley de 1991 introdujo esta tipología delictiva, cuya sistematización es asumida en el Código de 1995, que se encuentra inserta en el Cap. VI ("*Del tráfico de influencias*") del Tít. XIX ("*Delitos contra la Administración Público*"), la incriminación se realiza de una manera amplia y profusa en los contornos generales y específicos del delito de tráfico de influencias, que se pueden sintetizar en tres tipos legales del delito, a saber:

2.2. Legislación comparada

La técnica que empleó el legislador español, a diferencia del nuestro, es mucho más acorde para una correcta comprensión y aplicación de las normas penales. Permite pues, tener una mejor sistematización en la descripción de las conductas punibles, de acuerdo a la calidad del sujeto activo. El Codificador español ha preferido separar la figura bási-

ca en dos tipos distintos según si el sujeto activo es un funcionario (*art. 428 influencia propia*) o cuando es un particular (*art. 429 influencia impropia*); solamente el tipo adicional del artículo 430 del Código español es similar al peruano.

El tipo delictivo se encuentra tipificado en el artículo 428 que: C.P: de España (1995), Art. 428:

> *"El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviese el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior"*

El delito del tráfico de influencias impropio, se encuentra tipificado de la siguiente manera:

> **Art. 429º del CP español:** *El que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para tercero, será castigado con las penas de presión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrá las penas en su mitad superior".*

Esta modalidad delictiva constituye una contrapartida del delito de tráfico de influencias, pues la principal características es la ausencia de la cualidad de funcionario público en el sujeto activo, es decir estamos ante la presencia de un delito común. La presente infracción penal no se encuadra en el ámbito de los delitos consistentes en la infracción de especiales deberes jurídicos propios de los funcionarios. El beneficio

económico proviene de la resolución funcionarial que se pretende obtener con el ejercicio de influencia sobre la autoridad, la obtención de tal beneficio sólo se logra en virtud de la conducta de resolución debida a persona distinta del autor.

El delito de ofrecimiento de ejercer influencia ante funcionario público, se tipifica de la siguiente manera:

> **Art. 430 del CP español:** *Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año".*

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 18), en el punto de tráfico de influencias, señala expresamente:

> *"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:*
>
> *a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;*
>
> *b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido".*

2.3. Sujeto activo

El artículo 400º, en el primer párrafo, establece que cualquier persona puede realizar la conducta, por lo tanto se trata de un sujeto activo indeterminado. En efecto, al cometerse en el ámbito privado, los sujetos del tráfico de influencias (traficante e interesado) siempre actúan desempeñando el rol básico de ciudadano, de modo que no ostentan un deber positivo de fomentar la correcta Administración Publica, sino que únicamente infringen el deber de abstenerse de lesionar la credibilidad de la sociedad tiene a menos a nivel normativo en la imparcialidad y objetividad de la Administración[612]. Esto confirma la posición que en algunos delitos contra la Administración Pública, no siempre el funcionario o servidor público estará como "autor" principal.

El artículo antes citado señala claramente que el autor de este delito es propiamente el traficante de influencias, quien como acto ejecutivo simplemente ofrece su intercesión ante un funcionario o servidor público invocando influencias, reales o simuladas, a cambio de lo cual recibe una ventaja u obtiene una promesa disimulada, la que no necesariamente a de tener una connotación económica.

---

[612] REAÑO PESCHIERA; José Leandro; *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2009, Pág. 72. Por su parte: HURTADO POZO, José; *"Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias"*, en: Anuario De Derecho Penal 2005 Interpretación y Aplicación De La Ley Penal, Lima, Pág. 283 nos señala que: "Debido a la complejidad del tipo legal previsto en el art. 400, su colocación entre las disposiciones relativas a los delitos contra la administración pública no resulta muy coherente. Si se tiene en cuenta que estas infracciones se distinguen según sean cometidas por particulares o por funcionarios, no es claro por qué los comportamientos incriminados en el art. 400 han sido colocados en el segundo grupo, ya que según el texto legal pueden ser cometidos por cualquiera. Dicho de otra manera: en ninguna de las hipótesis contenidas en el art. 400 la comisión del delito supone la violación de un deber especial de función. Sin embargo, si se trata de un funcionario, este no debe actuar en el ejercicio de sus funciones, sino como un particular cualquiera; en caso contrario, incurrirá en un delito contra los deberes de función y, según las circunstancias, en concurso con lo previsto en el art. 400".

Como se puede advertir de la redacción típica del citado precepto penal, se está ante la presencia de un delito común, razón por la cual el tipo penal no exige que el sujeto activo ostente determinadas condiciones particulares o especiales, razón por la cual dicho ilícito puede ser cometido por cualquier persona. En este sentido, generalmente, el tipo de lo injusto describe al autor de una manera indeterminada, empleando una fórmula neutra, el anónimo *"el que"* (por ejemplo, los delitos contenidos en los artículos 106°, 108°, 114°, 115°, 116°, 121°, 122°, y nuestro artículo 400° del Código penal, entre otros). Estos son los denominados delitos comunes, pues cualquiera los puede realizar.

Sin embargo, como veremos más adelante, el delito de tráfico de influencias cabe concluir –al menos provisionalmente– que atendiendo al sujeto activo como criterio clasificador y también a las características de la conducta típica, según se trata del primer párrafo o del segundo párrafo del artículo 400°, el tipo penal en cuestión es parcialmente "especial" pero también parcialmente "común".

2.4. Sujeto Pasivo

Aquí debemos distinguir dos momentos de agravio: en primer lugar, el sujeto pasivo del delito (como titular del bien jurídico protegido), tanto en el primer párrafo como en el segundo, lo será genéricamente el Estado peruano; por otro lado, el sujeto pasivo de la acción lo será concretamente la Institución Pública (concretamente la Administración Pública en el plano de la justicia *Jurisdiccional* y en el plano de la justicia *Administrativa,* véase el artículo 401° del Código penal), al cual pertenece no el sujeto activo (porque es el traficante), sino aquél funcionario o servidor público el cual está siendo influenciado por el sujeto activo.

2.5. Conducta típica

Los factores comunes a todas estas hipótesis son los hechos de invocar influencias, ofrecer interceder ante un funcionario o servidor público y el objeto del delito («cualquier ventaja»). Se distinguen por lo siguiente: a) las influencias son reales o simuladas; b) la ventaja es para

el mismo autor o para un tercero; c) el funcionario sobre el que se influye conoce o ha conocido el caso; d) la índole de este último es judicial o administrativa[613].

Entre estos factores intercambiables, dos juegan un papel decisivo: por un lado, el relativo a la naturaleza de las influencias (reales o simuladas); por otro, el referido a que el funcionario ante el cual el agente ofrece interceder esté conociendo el asunto o lo haya ya conocido. Según estas circunstancias, hay que distinguir cuatro hipótesis[614]:

- Recibir... invocando influencias **reales** y ofreciendo interceder ante funcionario que **conoce** proceso.
- Recibir... invocando influencias **reales** y ofreciendo interceder ante funcionario que **ha conocido** proceso.
- Recibir... invocando influencias **simuladas** y ofreciendo interceder ante funcionario que **conoce** proceso.
- Recibir... invocando influencias **simuladas** y ofreciendo interceder ante funcionario que **ha conocido** proceso.

Por la manera en que está redactado el texto se puede pensar, primero, que el agente invoque, reciba y, luego, ofrezca interceder; segundo, que invoque y que al recibir ofrezca interceder; tercero, que en un mismo lapso —indistinta y estrechamente relacionados— se produzcan los tres actos. En todo caso, lo interesante por ahora es subrayar que la referencia al ofrecimiento de una ventaja permite atribuir al art. 400 el sentido amplio que proponemos: realización sucesiva o simultánea de los actos en cuestión[615].

---

[613] HURTADO POZO; *"Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias"*, cit., Pág. 272.

[614] HURTADO POZO, *"Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias"*, cit., Pág. 273.

[615] HURTADO POZO; *"Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias"*, cit., Pág. 280.

De la descripción típica se desprende que los sujetos activos estaría configurados por particulares, sin embargo, no queda absolutamente descartada la posibilidad de la autoría del delito también por funcionarios que, no concretando el tipo de tráfico de influencias propio del funcionario, se limitan a ejecutar la presente modalidad delictiva del ofrecimiento de influencia.

Es un tipo donde se prevén conductas mixtas alternativas que engloban todas las fases por las que atraviesa el intento de acuerdo entre el traficante y el particular; el tipo penal: "solicitar" y "aceptar".

2.6. Las influencias pueden ser "reales" o "simuladas"

2.6.1. Las influencias reales

Debemos de recalcar que mediante el Artículo 1 de la Ley Nº 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el siguiente: Artículo 400.- Tráfico de influencias: "*El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el* ***ofrecimiento real*** *de interceder ante un funcionario o servidor público...*"

"Traficar" significa "comerciar, negociar con el dinero y las mercaderías, trocando, comprando o vendiendo, o con otros semejantes tratos". Por su parte, "influencia", es sinónimo de poder, autoridad, dominio, ascendiente, preponderancia o capacidad para determinar o modificar tendencias culturales, opiniones, actitudes, etc. Dejarse influir es sufrir la influencia de alguien y esta influencia constituye un poder para obtener algún resultado.

El núcleo de la acción consiste en influir, que según el Diccionario de la Real Academia significa: "*ejercer una persona o cosa predominio, o fuerza moral*". La acción la constituye el comportamiento de "*influir*" un funcionario público, "prevaliéndose" del ejercicio de las facultades de su cargo –si es funcionario –o de cualquier otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario en la toma de decisión de éste en asunto de su competencia.

La acción consiste en" influir", entendiendo como tal la efectiva consecución de un cambio de decisión, una alteración de la voluntad de quien la sufre. Por "influir", según la Sentencia de la Sala 2da. Del tribunal Supremo de 24 de junio de 1994, en el fundamento de derecho 5º señala que. "*la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser un funcionario respecto de una decisión a tomar en el ejercicio del cargo, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis previo a la decisión*

En otras palabras, las influencias son reales, que quiere decir que sea efectiva y realmente sean existentes, que verdaderamente el sujeto activo tenga el poder sobre la voluntad del funcionario público que ha de conceder el favor. En otras palabras, si el agente invoca influencias reales, significa que tiene la capacidad, es decir, el poder efectivo de influir sobre el funcionario; si, además, su ofrecimiento de interceder ante este es serio, se puede admitir que este comportamiento podría afectar el funcionamiento de la Administración pública, en particular si el funcionario o servidor público conoce el caso[616].

2.6.2. El regreso de las influencias "simuladas" mediante la Ley Nro. 29758

Cabe destacar que el tipo penal de Tráfico de Influencias no exige el ejercicio efectivo de influencia sobre un funcionario público determinado, ya que de esperar hasta poder probar la influencia efectiva implicaría una demora innecesaria en la intervención penal que precisamente el legislador quiso evitar.

La influencia simulada, resulta difícil encontrar un bien jurídico concreto que pueda ser materia de protección; se resalta un supuesto de peligro muy remoto tanto para el patrimonio del particular (en el caso

[616] HURTADO POZO; *"Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias"*, cit., Pág. 287.

en que éste acceda a comprar la influencia y el sujeto activo no cumpla su contraprestación) o para la imparcialidad del desempeño funcional (el funcionario público que se va a influir no tiene que conocer siquiera los tratos de los sujetos). Cabe hacer tres precisiones en torno a éste supuesto:

- Lo que se sanciona aquí, no es el hecho de que se tenga las influencias, o de que se utilicen las mismas en un sentido reprochable, sino lo que sanciona es el descrédito al cual se comete a la administración, cuando ante terceros se hace aparecer que basta con que el traficante ponga en movimiento sus influencias.
- El hecho sea que se tipifique esta modalidad, llevaría a confusiones con el delito de estafa (art. 196 del CP), en la medida en que el sujeto activo estaría induciendo a error a otra persona, haciéndole creer que tiene unas influencias que en realidad no posee).
- Por último, las influencias pueden ser simuladas, mas no así el pacto o acuerdo que debe existir entre la víctima y victimario, que ha de ser real; como tampoco la persona sobre la cual, al menos de manera supuesta, se posee la influencia, que ha de existir. Sólo siendo verdaderamente influenciable el funcionario público, habrá un verdadero pacto ilícito que agota el tráfico, de tal manera que lo que puede ser simulado es la influencia sobre ellos, pero no su propia existencia, pues que en este último evento lo que se configura sería una estafa.

Dentro de los avances y retrocesos a los que nos tiene acostumbrado el legislador, esto es, de acuerdo con la coyuntura política, el jueves 21 de julio de 2011 fue publicada en el diario oficial El peruano la Ley 29758, norma que prácticamente ha permitido que la configuración típica del delito de tráfico de influencias regrese a su estado anterior, es decir, conforme se encontraba regulado mediante la Ley N° 28355[617].

[617] NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente; *"La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La vendita di fumo en el pacto sceleris"*, en Gaceta Penal, tomo 26, Agosto, 2001, Pág. 19.

Siendo esto así, debemos establecer las siguientes conclusiones: Si bien en el apartado tercero del presente trabajo se hizo mención a la derogatoria del tráfico de influencias simulado o irreal, tema que era un reclamo casi unánime de la doctrina nacional en el sentido de no existir algún bien jurídico que proteger, esta modalidad delictual ha regresado a ser parte de nuestro ordenamiento jurídico penal, sin perjuicio de las criticas expuestas. El legislador ha vuelto a regular esta modalidad de tráfico de influencias[618]. Por ello se afirma que la lesión económica y la frustración de expectativas que le pueden sobrevenir al interesado, esto es, al sentirse estafado por el traficante, constituyen un costo que necesariamente tiene que asumir por haberse involucrado en la ilícita actividad de compra de influencias.

Por otro lado, si bien esta última configuración típica deja de lado la posibilidad de cometer un tráfico de influencias con la sola presencia del traficante, a través de la solicitud de cualquier tipo de ventaja o beneficio que pueda realizar a favor del eventual interesado o beneficiario, tal posibilidad sigue siendo penalmente relevante por medio de las reglas de la parte general del código penal que nos brinda la tentativa como una excepción a la regla que entiende que este delito siempre requiere una pareja criminal o ser convergente a pesar de existir critica en la doctrina nacional por negar la existencia de tentativa en los actos preparatorios, que es propiamente la regulación del tráfico de influencias, ya que se ubica en el momento de la ejecución delictual, es decir, en un momento posterior a la etapa de la preparación delictual.

En este punto, debemos tener en consideración lo normado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 18), en el punto de tráfico de influencias, señala expresamente la represión de las influencias supuestas. En efecto: *"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean*

[618] NÚÑEZ PÉREZ; *"La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes Nº 29703 y 29758. La vendita di fumo en el pacto sceleris"*, cit., Pág. 19.

necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o ***supuesta...***".

2.6.3. La influencia tiene que ser ejercido mediante el verbo "invocar"

La influencia adquiere sólo relevancia penal en la medida en ésta sea realizada mediante o el uso de "invocar" determinación situación –abuso de poder de cargo, o de relación jerárquica o personal- no constituyendo delito de tráfico de influencias la conducta del particular que influye en otro funcionario sin hacer uso de dicha invocación, pues el tipo penal limita la acción mediante un medio determinado.

Invocar es anunciar, propalar que se tiene una determinada condición o calidad (que, en el caso que nos ocupa, ha de ser en relación con el funcionario que debe conceder el supuesto favor). En nuestro delito de tráfico de influencias se elude textualmente al vocablo "invocando", lo que se conoce como "venta de humo", consistente en la "afirmación" o la "atribución" de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de la influencia (amistad, parentesco, favores debidos, etc.).

La influencia presenta las siguientes características:

A) El tipo legal no exige que la influencia realmente exista, ya que se refiere a que la influencia puede ser real o simulada. Resulta totalmente discutible la influencia simulada, pues no se atenta verdaderamente el "correcto funcionamiento de la administración público".

B) Nuestro tipo legal no exige el ejercicio efectivo de influencias sobre un funcionario público determinado.

C) La técnica utilizada en el tipo penal es un verbo rector de conducta positiva ("*invocar*").

D) No existirá invocación cuando el sujeto activo no ha afirmado tener las influencias sino simplemente se ha ofrecido a corromper a determinados funcionarios que ha acordado con el particular. Se presentará un supuesto de complicidad "cohecho activo" del *extraneus*, y si el sujeto no pensaba corromper al funcionario, sino apropiarse del dinero, se producirá una estafa.

Sin embargo, el término *"influir"* parece muy amplio pues parece abarcar conductas que objetivamente pueden considerarse ajustadas a usos sociales penalmente irrelevantes, vale decir, se tendría que interpretar la norma de acuerdo al carácter fragmentario y de "último ratio" del Derecho penal, que se centra en el concepto de *invocar.*

El término *invocando* debe ser comprendido, en consecuencia, teniendo en cuenta la particular manera como es utilizada por el legislador peruano: el gerundio del verbo *invocar.* Esta forma significa simultaneidad o anterioridad del hecho de invocar respecto al de recibir o hacerse prometer. Es decir, comunica a la acción verbal una dimensión de duración. Esto permite afirmar que la acción de invocar, por ejemplo, puede tener lugar con anterioridad, pero también puede darse de manera simultánea a la de recibir, hacer o prometer[619].

2.6.4. Objetos corruptores en el tráfico de influencias: donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio

El artículo Único de la Ley N° 29758, publicado el 21 julio 2011, que modifica el artículo 400° (Tráfico de influencias), prevé lo siguiente: *"El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero,* ***donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio****...".*

[619] HURTADO POZO; *"Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias"*, cit., Pág. 279.

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente[620]. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan la misma idea: obsequio o regalo.

Ahora bien, con relación al medio corruptor "promesa"[621], tenemos que remitir a lo ya anotado con relación al delito de cohecho.

2.6.5. Con el ofreciendo de interceder ante un funcionario o servidor público

Aquí es donde mejor resalta la idea de que el tráfico de influencias es un ilícito de peligro, es un delito de resultado cortado en dos; pues el sujeto activo invoca las influencias ilícitas, sobre la base de algunos de los medios corruptores del artículo 400° del Código penal, para interceder ante un funcionario o servidor público, sólo es necesario para efectos de la tipicidad, que el sujeto activo tenga esa finalidad específica, aunque en la realidad no se llega a concretar tal o cual influencia sobre el funcionario

---

[620] HURTADO POZO; *"Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias"*, cit., Pág. 284 "El término *donativo* está mal empleado, pues proviene del verbo *donar* que significa «traspasar graciosamente a otro algo o el derecho que sobre ello tiene». Por lo tanto, *donativo* significa «Dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios». En la disposición analizada, no se trata de ninguno de estos casos. El tercero no entrega gratuitamente al agente la cosa (en el caso de «recibir»), sino como precio o retribución del ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público. Lo que debe retenerse es que el objeto materia del acto es algo de valor que beneficia a quien lo recibe".

[621] HURTADO POZO; *"Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias"*, cit., Pág. 284 "Tampoco es acertado el uso de la palabra *promesas* para designar el objeto del delito. En primer lugar, porque si bien se pueden recibir o hacer dar promesas, no es coherente, como ya lo hemos destacado, hablar de «hacer prometer promesas». En segundo lugar, porque no se indica el contenido de la promesa. Hay que pensar que se trata de promesas referentes a donativos o a cualquier otra ventaja. Esta incongruencia se debe a que el legislador se inspiró sin mayor reflexión en el Código Penal colombiano e, indirectamente, en el italiano, en los que se hablaba de «hacer prometer», pero en referencia a dinero, dádivas u otra utilidad. Ignorar el término *promesas* no afecta la economía de la disposición; más bien, permite comprender mejor su sentido.

judicial o administrativo. El tipo penal en cuestión es clarísimo: "*...con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor...*".

Entiéndase por ofrecimiento a una declaración de voluntad, en este caso del sujeto activo, de expectativa a futuro sobre una determinada gestión ante la Administración Pública. Sólo basta a mi juicio, acreditar en el proceso penal, la invocación de influencias, los medios corruptores, y el ofrecimiento de interceder ante un funcionario judicial o administrativo, para perfeccionar el tipo penal en cuestión. Por ejemplo, el traficante, luego de haber arreglado con el interesado, lo intervienen policialmente en el preciso momento que se proponía a ingresar al despacho del funcionario o servidor público, proponiéndole ilícitamente que resuelva en determinado sentido el caso.

En otras palabras, con la frase "*...con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor...*" marca un antes y un después en la tipicidad objetiva del tráfico de influencias. Se trata de un momento "antes" porque marca el presupuesto material y necesario para iniciar la tipicidad objetiva del tráfico de influencia; y marca un momento "después" porque sólo constituye un presupuesto finalístico, pues sólo interesa probar la finalidad específica del sujeto de interceder ante un funcionario judicial o administrativo.

Como todo delito de corrupción de funcionarios, el legislador patrio, no espera a que se realice efectivamente el acto funcional, por el cual el traficante ha influenciado en su momento; en ese sentido, sólo el delito quedará consumado cuando se verifique dos extremos de la tipicidad objetiva: en primer lugar, cuando el sujeto activo "invoque" (se entiendo es para los sujetos interesados) las influencias reales o simuladas ante un funcionario o servidor público, hasta aquí se trataría de una conducta socialmente adecuada, atípica en términos penales; y en segundo lugar, se tendría que comprobar para efectos de la consumación, que el sujeto activo "recibe", "hace dar" o "prometer para sí o para otro" algunos de los medios corruptores: "donativo", "promesa", "ventaja" o "beneficio". Comprobado en el proceso penal estos dos extremos estaremos ante un tipo perfecto de consumación y no simplemente de

un tipo imperfectamente realizado (tentativa), aunque en la realidad, no se verifique que el funcionario o servidor público haya realizado el acto funcional por el cual el traficante influenció. Por ello se dice, correctamente, que el tráfico de influencia se trata de un delito de peligro y no resultado lesivo.

2.6.6. Se tiene influenciar en un caso judicial o un caso administrativo

Para completar la tipicidad del delito en comentario, el traficante tiene influenciar sobre un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso "judicial" o "administrativo".

- En el primer supuesto, se trata de casos que involucren procesos seguidos ante el Poder Judicial, en cualquiera de las instancias correspondientes (Jueces de Paz, Jueces de Paz Letrados, Jueces Especializados, Jueces Superiores o Jueces Supremos) o especialidades (Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Laborales, Constitucionales, etc.); se tiene que tratar de procesos judiciales en trámite o en giro, es decir, que no haya todavía un pronunciando sobre el fondo del caso, que es lo que finalmente busca el traficante –y el interesado– influenciar en el fondo del caso. Aunque puede darse alguna excepción: se puede traficar influencias sobre procesos judiciales fenecidos, que han terminado por cualquier motivo (por sentencia, por excepción, etc.) y que esté en la Oficina de Archivo de una Corte Superior.
- En segundo lugar, el artículo 400º señala "casos administrativos". Se trata, en otras palabras, de procesos o procedimientos seguidos ante la Administración Pública en cualquiera de sus instancias o niveles; es decir, procesos disciplinarios de Control Interno, procesos del Derecho Administrativo sancionador, procesos administrativos seguidos ante la Administración Tributaria, Aduanera, etc. La pregunta sería ¿Si una investigación preliminar en el viejo modelo procesal penal, o Diligencias Pre-

liminares, en el nuevo modelo procesal penal, dirigidas ambos por el Ministerio Público, sería considerado como un caso "administrativo? Si somos estricto a la normativa vigente, concluimos que definitivamente una investigación fiscal no podría ser equiparado a una investigación de corte administrativa.

Esta conclusión también podría ser extendida a una investigación policial, porque en realidad ésta depende funcionalmente del Ministerio Público. Entonces, si esto es así, si el traficante influye en un Fiscal o un miembro Policial, que está conociendo o haya conocido un caso "fiscal" o "policial", que todavía no está en sede jurisdiccional, ¿Comete delito de tráfico de influencia? El legislador penal nacional pensó que sólo existían dos grandes procesos en el sistema jurídico, y se olvidó inconscientemente de los procesos pre-jurisdiccionales en materia penal: fiscales y/o policiales; y es que en realidad entre los mismos procesalistas en materia penal, no se han puesto de acuerdo cuál es la naturaleza (pre-jurisdiccional o administrativo) de la investigación preliminar o Diligencias Preliminar, normadas por la Ley Orgánica del Ministerio Público y por el Código Procesal Penal de 2004 respectivamente. Como hemos dicho, no puede ser considerado como una investigación de corte administrativo, ya que eso sería admitir que dicha investigación sería normada o regida por la Ley General de Procedimientos Administrativos, lo cual rechazamos. En mi concepto, dicha investigación se trataría de tipo pre-jurisdiccional, y si esto es así, los actos de influencia que se realicen hacia un fiscal o un policía quedarían impunes desde el delito de tráfico de influencia.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo penal exige un comportamiento doloso en el sujeto activo. El dolo o componente subjetivo principal del delito comprende tanto el conocimiento que tiene el agente de cada uno de los componentes típicos objetivos y normativos.

El análisis del dolo, pese a su gran amplitud sin embargo está limitado o circunscrito a los componentes que se hallan expresamente con-

tenidos en el tipo penal de tráfico de influencia. En efecto, la presencia del dolo, abarcara no solamente el acto mismo de vender la influencia, sino también el compromiso de interceder en el futuro ante un funcionario público.

Hay que tener presente que el si el beneficio económico, ni siquiera la resolución misma, constituyen un resultado incluido en el tipo, que se necesita para perfeccionar el tipo. Este delito opta por anticipar una vez más el marco de protección penal a la mera zona de peligro, y por tanto esos dos elementos: resolución y ulterior beneficio económico, operan tan sólo como partes integrantes del *elemento subjetivo del injusto.*

4. GRADO DE DESARROLLO DEL DELITO

El delito de tráfico de influencias por la forma en que esta formulado en el Código penal, constituye un delito de mera actividad. No es suficiente que la mera influencia alegada por el sujeto activo sea real o que el ofrecimiento que hizo para interceder en el caso sea efectivamente realizado. En ese sentido, el adelantamiento de la intervención penal que caracteriza a la tipificación del tráfico de influencias es necesario, pues, de lo contrario, habría que supeditar la sanción penal a la verificación de la intersección efectiva ante el funcionario público o la emisión del pronunciamiento influenciado. La realización de estos actos, posteriores al acuerdo entre traficantes de influencias e interesado, puede subsumirse en los tipos de cohecho activo y pasivo, siempre en cuando el medio corruptor consista en donativos promesas y cualquier ventaja[622].

Por ello el tráfico de influencias debe considerarse consumado en el momento de conclusión del acuerdo de intercesión, esto es, cuando el interesado acepta el ofrecimiento del traficante y entrega la ventaja pactada como contraprestación, o bien promete entregársela, pues en dicho

[622] REAÑO PESCHIERA; *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "Caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿Comprador de humo, víctima o participe?,* cit., Pág. 292.

instante se defraudan las expectativas institucionalizadas en el precepto normativo[623].

También puede hablarse de un acto preparatorio de cohecho o de tráfico de influencias. Desde luego, el ofrecimiento de influencias sobre la administración pública puede ser también en forma de competencia desleal en el ejercicio de la abogacía, aunque es justo reconocer que en la realidad los abogados más reputados y exitosos tiene en sus gestiones para solucionar los conflictos judiciales o administrativos, son los que están más cercanos al poder y, por eso, tienen mayores posibilidades de influir o de interferir en sus decisiones.

5. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 400° C.P. POR RAZÓN DEL CARGO ESPECIAL DEL AUTOR.

El 400°, segundo párrafo, del Código penal peruano, sanciona lo siguiente: "*Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.*" Aquí el sujeto activo no es un particular como en el primer párrafo, sino se trata de un funcionario o servidor público, siempre desde la perspectiva del Derecho penal peruano (artículo 425°).

La agravante típica se sustenta en un mayor *disvalor* de la acción motivado por la calidad especial del sujeto activo, además porque está en mejor posición para poder influenciar ante otro funcionario o servidor público de igual, de mayor de o menor jerarquía. Es decir, tratándose de funcionario público o autoridad, no deberá tener en ningún caso el poder de decisión sobre el asunto concreto, puesto que es esta circunstancia lo que determina el acudir a su "influencia", para conseguir el beneficio perseguido.

---

[623] REAÑO PESCHIERA; José Leandro; *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2009, Pág. 71.

Debemos de aclarar que el funcionario o servidor público, para ser considerado autor del artículo 400°, debe estar totalmente desprovisto funcionalmente del caso judicial o administrativo; es decir, no debe estar conociendo, o esté por conocer o esté efectivamente conociendo un caso judicial o administrativo, porque si es lo contrario, ya no estamos en el terreno del tráfico de influencia sino del delito de cohecho (art. 393° y siguientes)

6. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICO-PENAL DEL SUJETO "INTERESADO" EN EL ARTÍCULO 400º DEL CÓDIGO PENAL.

Definitivamente la intervención del sujeto interesado constituye un presupuesto indispensable, pero a la vez problemático, en el desarrollo del *iter criminis* del sujeto traficante. Decimos problemático porque de la lectura íntegra del artículo 400° no encontramos un supuesto de hecho, ni mucho menos sanción alguna a la conducta del interesado, quien en realidad, es el sujeto que inicia el proceso de ejecución delictiva, y que luego dicha conducta es receptada por el sujeto traficante, para canalizarse ante la Administración Pública. Al parecer al legislador patrio le interesó únicamente sancionar la conducta del traficante y no así al sujeto interesado, quien de forma consciente y voluntaria solicita la intervención del sujeto traficante.

El tipo penal del art. 400 se ha "olvidado" de describir la conducta del "comprador de la influencia", desconociendo que el "tráfico de influencias", al igual que el "cohecho" y otros tipos penales (muerte a petición, aborto, usura, venta ilegal de reproducciones ilícitas, etc.), constituye un "delito plurisubjetivo" o "de participación necesaria", es decir, el injusto penal el autor principal se da recién cuando es complementado con la conducta de otro (la víctima, el favorecido, un tercero). En el tráfico de influencias esta conducta es la de la parte compradora, la cual, entonces, quedará casi siempre impune ya de *lege lata*.

La conducta del interesado es causalmente necesaria para todo el desarrollo posterior, pero a la vez, irrelevante desde la tipicidad objetiva del artículo 400° (algo parecido sucede con el delito de colusión simple o

agravada del artículo 384º del Código penal, en función a la conducta del interesado con respecto a la colusión con el funcionario o servidor público). Decimos sólo desde la tipicidad objetiva, porque si lo analizamos desde el contexto global de nuestro Código penal, dicha normativa punitiva, como es sabido, no sólo está compuesta por normas que reprimen conductas delictivas (Parte especial o Legislación complementaria), sino también por normas complementarias de carácter general, que llenarán algunos vacíos de la Parte especial, por ejemplo, en los procesos de ejecución para abarcar la tentativa, en las causas de atenuación o extinción de la acción o la responsabilidad penal, en el sistema de reacción penal y sus alternativas, y por supuesto en el tema de los sujetos intervinientes en el evento delictivo, específicamente en el rubro de la participación criminal.

En ese sentido, las únicas dos posibilidades concretas que encontramos dentro del Código penal, y que así lo ha establecido en su momento la doctrina especializada, es que el sujeto interesado sea considerado como "**inductor**" (artículo 24º del Código penal) o como "cómplice" (artículo 25º del Código penal). Con respecto a la primera posibilidad se tiene que verificar en el caso del art. 400, el análisis de si este funcionario puede actuar o no como instigador depende mucho de la manera en que se comprende la descripción del comportamiento contenida en dicha disposición.

El comportamiento delictuoso está individualizado por los verbos *recibir, hacer dar o prometer,* y que la descripción del comportamiento delictuoso en el tipo legal comprende también los casos en que los participantes necesarios (agente y tercero) actúan con simultaneidad, de modo que se influyen recíprocamente, luego podríamos afirmar que los hechos revestirían la forma de una negociación en la que, por ejemplo, quien está en posición de ejercer influencia sobre un órgano de la Administración pública trata con la persona interesada en que se resuelva favorablemente para sí un caso judicial, y le sugiere que tal vez pueda interceder ante el juez que conoce el caso, ocasión en que ambos exponen lo que pueden hacer, uno para influir y el otro para compensar, hasta que logran ponerse de acuerdo, y concluye con la acción de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja. Vistas las cosas en esta perspectiva

(diferente a la que se tiene cuando se trata de invocar influencias simuladas), se trataría, en buena cuenta, de un conjunto de actos destinados a torcer la marcha de la Administración pública. La coincidencia de las voluntades del agente y del tercero no se debe a que el agente persuade a este último a dar la ventaja, ni a un acuerdo previo propio de la participación en coautoría, sino a la influencia del tercero sobre el agente para que este se decida (instigación)[624]

Velásquez Velásquez afirma que tampoco puede ser punido como inductor de un tráfico de influencias porque salvo que se incurra en un exabrupto dogmático y se desvertebren los fundamentos de la teoría del hecho punible, un agente no puede, coetáneamente ser víctima (incluso sujeto pasivo secundario) de la venta del humo y gestor de la idea criminal que desencadena la misma, máxime que al tenor del Art. 24 del C.P. ello implica la realización de un actuar doloso que determine a otro a obrar. Admitirlo sería incurrir en una *contradictio in adjecto* e implicaría desbordar todos los principios largamente elaborados por la Doctrina Penal en este ámbito los mismos que, por cierto, se desprende de los dispositivos de la parte general del C.P[625]

Que el sujeto interesado es quien haya tenido la intención de hacer nacer la idea delictiva en la cabeza del traficante, el inductor tiene que tener la capacidad de influenciar psicológicamente en el sujeto inducido, pero que al final éste es quien tiene el dominio del hecho (autor) para ejecutar o no la conducta típica; es decir, que por ejemplo, el interesado haya ido al domicilio del traficante varias veces, para que éste interceda ante un funcionario judicial, conducta que consiste en ruegos y súplicas del interesado hacia el traficante, y luego de que el traficante evalúa los pro y los contra de la situación, finalmente decide ejecutar el acto traficante.

---

[624] HURTADO POZO, *"Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias"*, cit., Pág. 292 y 293.

[625] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; Informe, incluido en el NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika; *Delitos contra la Administración Pública*, tomo I, Lima, 2013, Pág. 1312-1313.

Velásquez Velásquez afirma que tampoco puede concebirse de manera simultánea al comprador del humo o interesado como cómplice del sujeto activo de la conducta típico de tráfico de influencias y como sujeto pasivo secundario y/o victima por la potísima razón de que es cómplice quien dolosamente presta un auxilio, ayuda, colaboración o asistencia, a otra persona, el autor acorde con el principio de accesoriedad que rige en esta materia para realización del hecho punible (Art. 25) esa doble calidad pues no puede concurrir[626].

De la misma manera, cabe la posibilidad de que la conducta del interesado sea considerada como un cómplice del acto luego ejecutado por el traficante. La condición es que el sujeto interesado no haya persuadido psicológicamente en ningún momento al sujeto traficante, porque si no habría inducción. Ahora bien, la conducta del cómplice tiene que consistir concretamente en actos de colaboración eficaces y causales tendientes a la consecución del objetivo del traficante, cual es el de interceder ante la Administración Pública. Por ejemplo, el sujeto interesado presta su vehículo motorizado donde lo traslada varias veces al sujeto traficante, para que ésta vaya al domicilio del funcionario judicial o administrativo; al margen de si la gestión sea optimo o no (porque el funcionario puede rechazar la visita en su casa del traficante), aquí existe un acto de colaboración concreta y consciente del sujeto interesado, hacia la conducta desplegada por el sujeto traficante.

[626] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; Informe, incluido en el NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika; *Delitos contra la Administración Pública*, tomo I, Lima, 2013, Pág. 1312-1313.

Capítulo Décimo Segundo
EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Análisis jurídico-dogmático del artículo 401° del Código Penal

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los antecedentes del enriquecimiento injusto o sin causa se remontan ya en numerosos textos del Derecho Romano. En efecto, la *"condictio indebiti"* se concedía a quien había pagado por error una deuda; la *"condictio causa data, causa non secuta"*, procedía ante una prestación realizada con vistas a una causa futura que no se llevaba a efecto, como la promesa de dote o la constitución de esta en el supuesto de no realizarse el matrimonio; la *"condictio ob turpem et injustam causam"*, que permitía resarcirse en adquisiciones con causa inmoral o antijurídica; finalmente, la *"condictio sine causa"* constituía un remedio general frente a todos los casos de enriquecimiento injusto no amparados por algunas de las condiciones mencionadas[627].

En el Derecho privado se le conoce como enriquecimiento injusto o sin causa, que es el logrado de manera ilícita o abusando de circunstancias personales o de otra especie en tratos o convenios. Aunque agravado por el proceder, su encuadramiento coincide, en los aspectos de ineficacia, con los del enriquecimiento sin causa; pero con posible adición de indemnizaciones por lo doloso, y hasta de penas por lo delictivo[628]. El Código Civil peruano, en el artículo 1954, da una definición

---

[627] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30 Edición. Tomo III D-E. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 2008, Pág. 512-513.

[628] CABANELLAS DE TORRES, 2008, Pág. 512. Por otro lado, la figura del Enriquecimiento Sin Causa, previsto por los artículos 1954 y 1955 del Código

de enriquecimiento en sede del Derecho privado: *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (C.I.C.C.), también recoge esta figura delictiva de enriquecimiento ilícito, señalando a la letra lo siguiente: *"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 hay 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"*.

Nuestro máximo Tribunal Judicial, ha dicho, en relación al enriquecimiento ilícito lo siguiente: *"De acuerdo al texto original del artículo 401 del Código penal, constituyen elementos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito, los siguientes: i) incremento en el patrimonio del*

Civil y el Delito de Enriquecimiento Ilícito previsto por el artículo 401° del Código Penal, son figuras de distinta naturaleza jurídica, aun cuando presentan en común algunas de sus características. En este sentido:

1. Tiene en común el hecho de que en ambos se produce un enriquecimiento
2. En ambos casos el enriquecimiento puede haberse obtenido para sí o para tercero.
3. Ambos son antijurídicos, en el sentido de que el Ordenamiento no los tolera dentro de su ámbito de protección y validez, habida cuenta de que no tienen una causa, razón o fundamento conforme al Derecho y a la funcionalidad de las instituciones judiciales.
4. En ambos, la infracción o violación de una norma específica así como el acto causante del enriquecimiento no quedan determinados, pudiendo ser de la más variada índole; y
5. En ambos se genera la correspondiente acción resarcitoria. (véase, en este sentido: GALVEZ VILLEGAS, Tomás; *Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, 2001, Pág. 105-106).

encausado que no se encuentre justificado lícitamente; ii) que exista un contraste ostensible entre el patrimonio económico ex ante y el patrimonio económico ex post del sujeto público, es decir, que el contraste sea excesivo, o notoriamente superior; iii) no se cumpla el deber de justificación por parte del agente del delito; iv) exista una relación funcional del enriquecimiento con el cargo; v) el agente actué dolosamente"[629].

El delito enriquecimiento ilícito normalmente se ha entendido como aquél ilícito que sirve como "tapa agujeros" dentro del rubro de los delitos contra la corrupción de funcionarios públicos. Y esto tenga que ver con que no sea pura casualidad que la ubicación sistemática del delito de enriquecimiento ilícito en nuestro actual Código penal, esté ubicado en el último lugar en los Delitos de corrupción, y así también lo han respetado dicha ubicación las sucesivas reformas legales que ha habido hasta la fecha, dando a entender que el delito de enriquecimiento ilícito es la comisión delictiva "genérica" de la corrupción de los funcionarios.

En suma, constituye una tarea compleja y difícil por parte del Estado, a través de los persecutores del Delito, comprobar efectivamente que los aumentos patrimoniales de un funcionario o servidor público han tenido como causa su participación en la función pública, abusando del cargo que ostenta. A la luz del texto legal sancionado (artículo 401° del Código penal), queda la impresión de que el legislador peruano (a través de las sucesivas reformas legales) no hubiese tenido más remedio que acudir a la solución de punir a quien no acredite el origen del incremento patrimonial, como si interesara al Estado el cumplimiento del deber de justificar, cuando en verdad lo que desea castigar es el lucro de funcionarios públicos desleales.

La condición de funcionario público, que pone en conocimiento previo a todo aquel que va a asumir una función (advertencia de la ley

[629] Ejecutoria Suprema del 15/4/2009, R.N. N° 589-2008-LIMA VOCAL PONENTE: ROJAS MARAVI, Héctor Valentín, extraído de: Gaceta penal, tomo 21, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2011, Pág. 191.

previa) acerca de que no es ésta la vía para hacerse rico ni guardar su patrimonio de la vista de los ciudadanos. No advertimos ningún inconveniente constitucional en que a los funcionarios públicos se les exijan determinados deberes como requisito previo y permanente, desde el inicio y durante el ejercicio de la función pública (y posterior vinculado a aquélla)[630].

Esto es, que si dentro del transcurso de la investigación penal llevado a cabo en contra de un funcionario involucrado en un delito por ejemplo de cohecho pasivo, y a la vez por un de delito enriquecimiento ilícito, se llegara a determinar que no existen actos de pruebas directos que lo vinculen con los hechos investigados, pruebas que no generen convicción, entonces el órgano jurisdiccional puede condenar por el delito de enriquecimiento ilícito, y archivar por el delito de cohecho pasivo.

En tal sentido, el mensaje primario el totalmente clarísimo del legislador patrio con relación a la incriminación de esta figura delictiva: si no podemos procesar ni mucho menos condenar al autor por un delito de cohecho pasivo –propio o impropio–, porque quizá los mecanismos de ejecución y consumación del cohecho sean clandestinos, y hace que la persecución penal del Ministerio Público y la Policía Nacional sea un total fracaso; en consecuencia, las pesquisas de persecución tendrían que ir hacia otro norte: que el autor, o mejor dicho el funcionario público, en cuanto a los objetos corruptores que reciba o acepte, en algún lugar tendría que "guardarlos", en algún lugar de su patrimonio del funcionario, para ser más exactos.

En otras palabras, si no se puede "intervenir" eficazmente al funcionario o servidor público en el momento mismo cuando "acepta", "reciba" o "solicita" indebidamente algún medio corruptor, por ser de

[630] DE LUCA, Javier Augusto / LÓPEZ CASARIEGO, Julio E.; *"Enriquecimiento Patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales"*. Revista de Derecho Penal 2004-2. Revista de Derecho Penal - Delitos contra la Administración Pública – II. Dirigido por: Edgardo Alberto Donna. 1era. Ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, Pág. 135.

ejecución instantánea, de peligro abstracto (delito de cohecho pasivo); entonces la única alternativa racional es que se tendría que "intervenir" eficazmente en el patrimonio del funcionario o servidor público, que es el camino usual donde terminan algunos medios corruptores: invertido o guardado en su patrimonio, por eso, cuando existe un incremento patrimonial relevante del funcionario público, con respeto a sus ingresos legítimos, existirá un enriquecimiento jurídico-penal, de acuerdo a la tipicidad del artículo 401° del Código penal.

Resulta lógico pensar que todas las personas realicen determinadas labores, y por ello generen ganancias para ellos mismos o para sus seres queridos; sin embargo, lo que no se debe permitir en una Sociedad, es que las personas reciban y adquieran ganancias de modo ilegítimo. En otras palabras, enriquecerse en sí, no es un delito por cuanto es una aspiración de bienestar social de la persona, pero si lo es cuando se da en forma ilícita, más aun tratándose de funcionarios o servidores públicos al servicio de la Nación tal como lo prescribe nuestra Constitución en su art. 39: *"Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación"*.

Aquí habría que diferenciar dos tipos de personas, pero a ambas el Derecho –y sobre todo el Derecho penal– lo prohíbe y lo sanciona severamente: en primer lugar, las personas comunes también están prohibidas de generar ganancias ilícitas, y para ello están algunos delitos: lavado de activos o blanqueo de capitales por ejemplo (el llamado delito de enriquecimiento ilícito cometido por particulares). En segundo lugar, se agrava aún más, cuando se trata de aquellas personas que sirvan a la Nación por cualquier modalidad: ya sea porque administra y gerencia fondos o caudales públicos, ya sea porque opina o decide una controversia relevante, ya sea porque le toca defender los intereses contractuales del Estado, entre otras funciones.

Desde el punto de vista procesal podemos señalar lo normado por el artículo 41°, de la Constitución Política del Perú, cuando señala, en el segundo párrafo, lo siguiente: *"Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula*

cargos ante el Poder Judicial." Es decir, que sólo el máximo órgano de dirección del Ministerio Público –Fiscal de la Nación– tendrá dentro de sus facultades de orden constitucional, y luego de iniciada una investigación preliminar, si formaliza denuncia penal ante el Juez Penal de turno, en el marco del viejo modelo procesal penal; y si es el marco del nuevo modelo procesal penal, el Fiscal de la Nación emitirá la disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.

2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Con respecto al bien jurídico tutelado, el delito de enriquecimiento ilícito ha sufrido importantes transformaciones desde su incorporación por primera vez en nuestro país, a través del artículo 361-A del Decreto Legislativo Nro. 121 del 12 de Junio de 1981, en el recordado y abrogado Código penal de 1924°. Como es sabido, en dicho cuerpo legal el delito en cuestión se ubicó sistemáticamente dentro de los tipos penales que protegían el bien jurídico: "Administración de Justicia", como una sub especie de los delitos contra la Administración Pública. En efecto, si bien el afectado es el propio Estado peruano, lo que se lesionaba era las formas concretas de persecución que tienen las autoridades judiciales, fiscales y policiales de sancionar a aquellas personas que inescrupulosamente esconden su cuantioso patrimonio obtenido de manera indebida.

Ahora, con la entrada en vigencia del actual Código penal de 1991, el delito de enriquecimiento ilícito se ubicó dentro de los Delitos contra la Administración Pública, pero ya no dentro de los Delitos contra la Administración de Justicia, sino dentro de los delitos de corrupción cometidos por funcionarios. De más está decir que el delito de enriquecimiento ilícito concretamente se trata de una forma de corrupción que cometen los funcionarios en contra del Estado peruano, semejante a los ilícitos de tráfico de influencias o cohecho pasivo o activo.

En líneas generales el bien jurídico tutelado o protegido es garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminado jurídicamente a los funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de honradez, lealtad y servicio a la Nación. En este

punto Inchausti sostiene que el propósito protector apunta a "preservar la ética del funcionario en cuanto base ésta del respeto a los organismos del estado", de plano debe descartarse que el objeto de tutela sea el patrimonio estatal[631]. Señala, que es difícil encontrar un objeto del bien jurídico concretamente.

Por su parte, Rojas Vargas señala que: "El artículo 401 del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando juridico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación. No es el patrimonio el punto de atención de la norma penal (930), no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con los dineros del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo como dato material se concluya por la existencia objetiva del delito, sino la necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público[632]. Para Abanto Vásquez "...hay un peligro abstracto en relación con todos los demás "objetos" protegidos por los demás tipos penales: "la imparcialidad del funcionario", el "patrimonio de la administración", el "carácter público de la función pública", etc.[633]. Para Peña Cabrera Freyre "...de plano, debe descartarse que el objeto de tutela sea el patrimonio estatal, máxime cuando el enriquecimiento del funcionario público puede provenir -también-, de dinero de los particulares[634]. Tampoco en el caso del Enriquecimiento Ilícito no se quiebra ni la Imparcialidad ni la Objetividad de la función pública".

---

[631] INCHAUSTI, M.A. *"Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios"*, Pág. 38.

[632] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª edición-2007, Lima, Pág. 854.

[633] ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código penal peruano*, Lima, 2003, Pág. 541.

[634] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo V. Primera edición: Lima, 2010. IDEMSA., Pág. 622 En opinión de CARO CORIA, en dicho caso habría que admitir cuando menos una tutela potencial del patrimonio del Estado; *El delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 142.

Según Gálvez Villegas sostiene que "...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, aun cuando la depositaria de la función pública es la Administración en cuanto órgano o entidad, la función pública va 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"[635]. En este sentido, no será necesario que se afecte el patrimonio público, para que se configure el delito de enriquecimiento ilícito, pudiendo provenir los recursos materia del enriquecimiento del cualquier fuente patrimonial, sea pública o privada, nacional o extranjera, individual o colectiva, o de cualquier otra índole[636].

La jurisprudencia nacional ha dicho que "Lo que se lesiona en el delito de Enriquecimiento Ilícito es el bien jurídico penal "administración pública", el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo o empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público"[637].

3. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU VERSIÓN ORIGINAL DE NO JUSTIFICACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO POR PARTE DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO.

Abanto Vásquez, refiere que la redacción del tipo penal no puede ser más mala. En cuanto a su precisión, es muy inferior al tipo penal del C.P. de 1924, pues carece de elementos que especifican el contenido, ya de por sí dudoso, del injusto penal. Es dudosa la figura, pues no describe un "acto", sino una "situación" determinada que describe a un autor: el "enriquecido"[638].

---

[635] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 116.

[636] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 117.

[637] Ejecutoria Suprema del 16/5/2003, Exp. R.N .N° AV-09-2001-LIMA, extraído de: ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, IDEMSA, Lima, 2005, Pág. 352.

[638] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 540-541.

Rojas Vargas, refiere que "...En la forma como está redactada la figura actual de enriquecimiento ilícito constituye una creación, por cierto no del todo afortunada, del legislador nacional. Construyéndose así un tipo extremadamente genérico, valido solo para válido sólo para casos significativos, que lo puede decir todo como también nada, que puede ser eludido fácilmente, de difícil probanza, o aplicado ideológicamente como mecanismo de persecución política[639].

Por su parte, Nakasaki Servigón, sostiene que: "...Pese a que en la fórmula legal se advierte que el delito consiste en un enriquecimiento ilícito, no existe en el tipo penal prevista una acción de forma específica (colisiona con el límite formal de la función punitiva del Estado principio de Legalidad). El enriquecimiento ilícito se tiene que delimitar recurriendo a la dogmática jurídica, la que permite establecer que éste se daría de verificarse un contraste o desbalance injustificado y ostensible en el patrimonio del agente comparado antes, durante y después de ser funcionario o servidor público"[640].

Conforme a la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito desarrollada éste carece de la descripción de acción típica, lo que se explica si se considera que esta figura delictiva surgió para evitar que delitos contra la administración pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza.[641]

---

[639] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 836.

[640] NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto; *Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria*, Lima, Perú, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, Revista N° 33, Fondo de Desarrollo Editorial Enero – Diciembre 2002.

[641] El Derecho penal de Colombia y Argentina han influido en la incorporación a la legislación peruana del tipo de enriquecimiento ilícito por lo que resulta útil ver en ellos la causa de la creación de esta figura típica, siendo en ambos la misma; el contar con un supuesto típico que opere sin necesidad de demostrar la conducta ilícita realizada por el funcionario o servidor público mediante la que se generó el patrimonio no justificado, bastando el determinar un desbalance patrimonial injustificado para aplicar el derecho penal.

Así, Soler[642], Buompadre[643], Sancinetti[644], Donna[645],.....

[642] SOLER, Sebastián *Derecho Penal Argentino,* Pág. 205, Buenos Aires, 1978. Este autor apunta que: "El problema que presenta el enriquecimiento de funcionarios en gran medida afinca en la dificultad de la prueba. En realidad, los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos: el cohecho, la exacción, la negociación incompatible, el peculado, el abuso de autoridad, la extorsión...El empleo de esa clase de mecanismos multiplica las dificultades probatorias ya en sí considerables en toda esa clase de delitos, y ello ha sido causa de que en numerosos antecedentes de la actual disposición se tienda a procurar una especie de delito presuntivo o se sospecha, o directamente se establezcan presunciones de culpabilidad... Para salvar esa dificultad, se ha dicho que lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial."

[643] BUOMPADRE, Jorge E.; *Delitos contra la Administración Pública,* Mave Editor, Buenos, 2001, Página 339, nos dice que: "La corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto... Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes. Para salvar esa dificultad... lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial."

[644] SANCINETTI, Marcelo A.; *El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público,* 2° Edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, Págs. 17 y 18, nos dice que: :"... se inspiraron en el problema político criminal concreto y especialmente alarmante en Argentina y América Latina en general, de la frecuencia e intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (cohecho, malversación, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prevaricación), sin que resulte fácil determinar el hecho punible concreto, y mucho menos uno que pueda ser judicialmente <comprobado>. Se pensó así que con la sanción de un texto legal que incriminara ya el dato fáctico de que el funcionario registrase un incremento patrimonial, sin que pudiera justificarlo por vía de los ingresos por él declarados, se haría <fácil> probar el hecho delictivo... Inclusive en la actualidad se sostiene que el delito de <enriquecimiento ilícito>... es el delito de corrupción más fácil de probar."

[645] DONNA, Edgardo Alberto; Pág. 392: "Lo que sucede es que se sospecha que, detrás de la riqueza de un funcionario, hay otro delito y, como éste no se puede probar, se invierte la carga de la prueba y con ellos e construye el tipo penal."

Villada [646], Erleans De Jesús Peña Ossa [647], Parra Gutiérrez [648]; Y Gómez Méndez[649] establecen que el fundamento del enriquecimiento ilí-

[646] VILLADA, Jorge Luis; *Delitos contra la Función Pública*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999. Página 383, nos dice que: "El proyectista fundamentaba la creación de esta figura en la necesidad de limitar la corrupción inmoral de los funcionarios públicos a través de una conducta que aunque se presentaba indeterminada y antipática a la dogmática penal-constitucional, resolvía la dificultad practica que se presentaba para probar muchos hechos concretos contra funcionarios públicos contenidos en el Código Penal. Partía de la idea de que el enriquecimiento de un funcionario que no fuese probado que se realizó con corrección, se presumía ilícito."

[647] PEÑA OSSA, Erleans de Jesús; *Delitos contra la Administración Pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, Pág. 201, nos dice que: "El enriquecimiento ilícito es un abuso de poder realizable ya por el abuso funcional, ora por el abuso del cargo, lo que implica que en la generalidad de los casos el acrecentamiento patrimonial es el resultado de uno o varios delitos contra la administración pública, < de igual o distinta especie, pero del mismo género, que no pudieron ser demostrados en forma particular y concreta. En efecto, el enriquecimiento pudo provenir de un peculado por apropiación o de la comisión de muchos peculados, o pudo tener el origen en la comisión de peculados, cohechos, concusiones, o de cualquier otro delito de aquellos propios del servidor oficial y que representan utilidades o beneficios lucrativos>... el enriquecimiento ilícito opera para impedir que por falta de demostración de uno o varios delitos cumplidos con abuso de poder, los mismos queden impunes."

[648] PARRA GUTIERREZ, William René; *Delitos contra la Administración Pública*, Pág. 164, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1998. "El tipo penal del enriquecimiento ilícito constituye en ultimas circunstancias la forma como el legislador le sale al paso al servidor público corrupto a quien no pude probársele la comisión de otro delito contra la administración pública susceptible de enriquecer su patrimonio." William René Parra Gutiérrez, Obra citada, Página 164.

[649] GOMEZ MENDEZ Alfonso; *Delitos contra la Administración Pública*, Págs. 254 y 255, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2000. "Es decir, que si se demuestra que un empleado oficial se enriqueció injustificadamente por razón de su cargo o de las funciones propias de éste, pero la prueba no permite establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un peculado, de un cohecho, de una concusión, etc., habría necesidad de absolverlo si no existiera en el Código de figura del enriquecimiento ilícito, concebida precisamente para suplir esta falta de precisión probatoria. Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el producto del peculado, de un cohecho, pues obviamente al empleado oficial se le condenará por el peculado, o por el cohecho, o por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiese establecido."

cito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos por dificultades probatorias; en efecto ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió su acumulación, se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito que se utilizaría precisamente en los casos en los que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito opera cuando se trata de un funcionario o servidor público **al que no se le ha podido probar que haya cometido delito contra la administración pública**, pero si se demuestra el incremento patrimonial no justificado significativo que se presume el mismo produjo[650].

El tipo penal de enriquecimiento ilícito se creó frente a un problema probatorio que se presentaba en los procesos penales cuyo objeto era determinar los delitos cometidos por los funcionarios públicos. En las causas judiciales se llegaba a determinar la existencia de un patrimonio no justificado con los ingresos regulares del funcionario público, pero no así la actividad delictiva que habría desarrollado para obtener el patrimonio.

Como solución político criminal a este problema de "prueba diabólica" se elaboró un tipo penal en el que el acto de corrupción no requiere de demostración, pues el ilícito penal se configura con la verificación del

[650] Proyecto de Ley, presentado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, señala que: *"Se deja de lado además el criterio excesivo de considerarlo como una conducta de no justificación del incremento patrimonial, como sucede en la legislación argentina, pues esta postura genera la idea absurda que se transfiera la carga de la prueba al imputado, a favor del ministerio público. A sí mismo, se ha suprimido la pena conjunta de la inhabilitación, pues esta consecuencia ya está prevista en el artículo 426 que comprende a todos los tipos penales de la sección donde se encuentran el enriquecimiento ilícito".*

efecto de la corrupción; la acción delictiva de enriquecimiento ilícito se materializa con la sola existencia de un patrimonio no justificado por los ingresos del funcionario público, reitero, no requiere de la comprobación del delito contra la administración pública, delito común, o falta administrativa que generó el patrimonio injustificado.

Conforme a la estructura típica del artículo 401° el patrimonio injustificado del funcionario público, es decir el enriquecimiento ilícito, puede ser consecuencia del cohecho pasivo propio o impropio, con el cual se verifica a continuación la desproporción de la reacción penal en este caso.

Así se tiene el ejemplo de un juez que incurre en corrupción al juzgar penalmente a las personas, pues luego de verificar que técnica y legalmente corresponde absolver de la acusación a los procesados, acepta de los mismos una dádiva por cumplir su deber de función, acumulando así propiedades inmuebles que no tienen justificación con su remuneración de magistrado, que es su único ingreso legal; descubierto el juez es sometido a causa penal en la cual se podría dar la siguiente situación inconstitucional: si en el proceso penal luego de haber detectado el desbalance patrimonial injustificado se demuestra además el cohecho pasivo impropio continuado que permitió acumular los bienes, se le sancionará con una pena máxima de 4 años de privación de la libertad conforme al artículo 394 del Código Penal; en cambio sí en el proceso penal no se llega a comprobar toda la acción de corrupción, sino tan solo el patrimonio injustificado mas no así el cohecho pasivo con el que se logró, se le sancionará con una pena máxima de 10 años de privación de la libertad. Es decir, que si se descubre el delito que permitió adquirir el patrimonio injustificado la reacción penal será menor que si no se descubre, pues en este último caso, siguiendo el ejemplo, al no probarse el cohecho pasivo se condenaría al juez por enriquecimiento ilícito.

4. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL PERÚ DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 20), en el punto de *Enriquecimiento ilícito*, señala expresamente:

> *"Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él".*

El enriquecimiento ilícito como tal viene a ser una figura delictiva, legislado en nuestro país a través del artículo 401 del actual Código penal, teniendo su trayectoria jurídica en Latinoamérica, específicamente en Argentina y Colombia.

Según Hugo Álvarez[651], señala que el antecedente legislativo más remoto del tipo de enriquecimiento ilícito en el Perú, lo constituye el artículo 361°-A del Código Penal peruano derogado de 1924, incorporado a nuestro ordenamiento penal por Decreto Legislativo N° 121 del 12 de Junio de 1981, que tipificó por primera vez como el delito enriquecimiento ilícito. Sobre este punto, señala Hugo Álvarez, que la incorporación de la citada norma del Código Penal de 1924, como lo sostienen otros autores, entre ellos Caro Coria, no se hizo en función o por mandato constitucional contenido en el artículo 62° de la Constitución Política del Estado de 1979 (hoy abrogado); sino en razones estrictamente de política-criminal, por cierto muy cuestionables[652]. Resalta

[651] HUGO ALVAREZ, Jorge B. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, 1ra. Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 93.

[652] CARO CORIA- Obra citada.

además que dicho delito no fue contemplado como hecho punible en el primer Código Penal peruano del año 1863, tampoco primigeniamente en el Código Penal derogado de 1924; fue a posteriori, es decir, incorporado a través del artículo 361°-A por el Decreto Legislativo N° 121 de fecha 30.10.1981.

5. DESCRIPCIÓN LEGAL: TEXTO ACTUAL A TRAVÉS DE LA LEY NRO. 29758 DE FECHA 21-07-11

A través de la Ley Nro. 29758 de fecha 21-07-11, el artículo 401° del Código penal, el texto vigente quedó finalmente de la siguiente manera:

> *"El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años*
>
> *Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años.*
>
> *Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio ilícito cuando el aumento del patrimonio o servidor, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier causa lícita".*

Decomiso

"**Artículo 401 A.-** En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25489, publicado el 10-05-92.

Adjudicación al Estado de bienes decomisados

"**Artículo 401-B.-** Los bienes decomisados e incautados durante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia; el que los asignará para su uso en servicio oficial o (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS del Poder Judicial y el Ministerio Público, en su caso, bajo responsabilidad."

De dictarse sentencia judicial absolutoria se dispondrá la devolución del bien a su propietario.

Los bienes decomisados o incautados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos. Aquellos bienes que no sirvan para este fin serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingresos del Tesoro Público. (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley Nº 25489, publicado el 10-05-92

La evolución legislativa del delito de enriquecimiento ilícito tiene el siguiente itinerario:

5.1. El Texto original del Código penal de 1991

El Texto original del Código penal de 1991, reguló el delito en comentario, de forma muy escueta, en el Artículo 401º, bajo los siguientes términos:

> *"El funcionario o servidor público que, por su razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años".*

De la descripción típica se pueden extraer tres elementos "objetivos" puntuales: a) que sea realizado por un funcionario o servidor público; b) que se enriquezca indebidamente; c) y que dicho enriquecimiento sea en el marco de su cargo funcional; dejando todo el resto de la tipicidad penal a la interpretación doctrinal y jurisprudencial. Lo que sí llamó la atención es la gravedad de la pena conminada, pese a su vaguedad en la

descripción de la conducta típica: no menor de cinco ni mayor de diez años, solo parecido al delito de homicidio simple, del artículo 106° del Código penal, que tiene una descripción también escueta, pero con una pena importante: de seis a veinte años de pena privativa de libertad.

5.2. Primera modificación: Ley Nro. 27482, con fecha 15-06-01

La primera modificación del delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401°) sucedió a través de la Ley Nro. 27482, con fecha 15-06-01, la misma que quedó el texto de la siguiente manera:

> *"El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.*
>
> *Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y renta, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos d sus capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".*

Como puede verse, se siguió conservando la misma descripción legal con la misma pena conminada. Sin embargo, lo más resaltante es la incorporación del segundo párrafo en el artículo 401° del Código penal, que tiene que ver con los indicios de enriquecimiento ilícito del funcionario. Se trata, en consecuencia, de un "indicio tasado" en la forma de cómo se debe entender, según la Ley, el término enriquecimiento indebido.

5.3. Segunda modificación: Ley Nro. 28355, publicada el 06-10-2004

La segunda modificación al delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401°) se produjo a través del artículo 1° de la Ley Nro. 28355,

publicada el 06-10-2004, en el Diario Oficial "El Peruano", la misma que ha quedado descrito de la siguiente manera:

> *"El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funcionarios y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.*
>
> *Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.*
>
> *Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".*

En la descripción típica básica se observa algún cambio, ahora se precisa la conducta típica del funcionario ("*...ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funcionarios y que no pueda justificar razonablemente...*"), y se conserva la misma pena privativa de libertad que estaba anteriormente, anexando por primera en este delito la pena de inhabilitación ("*...no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.*").

Ahora bien, lo más relevante es que se incorpora, por primera vez, un segundo párrafo del artículo 401° del Código penal, que tiene que ver con una circunstancia agravante específica en el sentido que el autor sea aquél funcionario público que haya ocupado cargos de alta di-

rección en las entidades u organismos de la Administración Pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del Antejuicio y la acusación constitucional.

5.4. El Anteproyecto del Código penal peruano (2008-2010), presentado por la Comisión Especial del Congreso de la República, Revisora del Código penal.

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [653], en el Título XVIII, "Delitos contra la Administración Pública", en el Capítulo II, sanciona, bajo el rubro "Corrupción de funcionarios", el delito de enriquecimiento ilícito (artículo 456º) , bajo los siguientes términos:

> *"El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del 35 del Código Penal.*
>
> *Si el agente es un funcionario que haya ocupado de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1,2 3 y 8 del artículo 35 del Código Penal.*
>
> *Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya*

[653] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, Pág. 189.

podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

5.5. Legislación penal comparada

5.5.1. Colombia[654]

Frente al enriquecimiento ilícito del servidor público, el Código Penal de 2000 en su artículo 412° establece lo siguiente: ***Enriquecimiento ilícito.***

"El servidor público que durante su vinculación con la Administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 6 a 10 años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento, sin que supere el equivalente de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 6 a 10 años".

[654] GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000,* 2da. Edición, Editorial Cordillera S. A. C., Lima, 2004, p. 385. señala que en el Código Penal de 1936 no se contemplaba norma alguna que, independientemente de los tradicionales delitos contra la Administración Pública, permitiera sancionar el enriquecimiento indebido para parte de los funcionarios del Estado. El Estatuto Penal de 1936 sólo se ocupaba, como figura próxima, de las denominada "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas" (art. 167°); con la cual se indica que la figura en estudio no existía en el estatuto punitivo. El anteproyecto de 1974, artículo 171°, describió por vez primera el comportamiento en los términos siguientes: *"El funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga para sí o para un tercero un incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio del cargo, incurrirá en prisión de 1 a 8 años y multa de 1,000 a 500,000 pesos".* La conducta consistía entonces en obtener incremento patrimonial no justificado, complementando por la circunstancia de tiempo, en el sentido de que el hecho era punible si el indebido incremento ocurría "durante el ejercicio del cargo".

5.5.2. *Argentina*

En el Código penal argentino, en el Capítulo XII, se regula el delito de Enriquecimiento Ilícito, en el artículo 275°, bajo los siguientes términos:

> *"Comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia.*
>
> *Para determinar el enriquecimiento del servidor público, se tomarán en cuenta los bienes a su nombre y aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, además de lo que a este respecto disponga la legislación sobre responsabilidades de los servidores públicos.*
>
> *Al servidor público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito, se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y el momento en que se comete el delito, se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo antes anotado, se impondrán de dos a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa".*

6. TIPICIDAD OBJETIVA

Como cuestión preliminar podemos señalar que un comportamiento es típico[655], constituye el primer esfuerzo analítico, de una serie de

[655] Esto es una consecuencia del principio de legalidad constitucional, reproducido en el Título Preliminar del Código penal, en el supuesto fáctico deberán concretarse las vinculaciones de correspondencia que requiere el tipo legal, de modo que en forma clara y expresa la conducta y todos sus elementos periféricos se hallen contenidos en la redacción formal que establece el delito. Uno de los riesgos que el análisis constitucional de tipicidad tiene que superar es aquella propensión, que en determinados casos y en cierta medida se aprecia en los órganos calificadores de delito, de efectuar tipificaciones que rebasan los límites de la tipicidad, practicando interpretaciones extensivas no razonables o incurriendo en analogía *in malam partem* para calificar el delito, lo que se aprecia mayormente en ilícitos que merecen una alta sensibilidad social como el caso de los delitos funcionariales,

valoraciones ulteriores (antijuridicidad, culpabilidad, necesidad de pena), exigido por la teoría general del delito, de afirmación positiva acerca de la presencia de la comisión de un ilícito penal, que repercute directamente en temas de autoría y/o participación con base a la conducta típica.

6.1. Sujeto activo

En el primer párrafo del artículo 401°, sólo serán considerados autores los funcionarios o servidores públicos, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 425° del Código penal.

En tal sentido, el delito de enriquecimiento ilícito, tanto en la Convención Interamericana contra la Corrupción como en el Código penal peruano, está previsto como delito especial propio, o mejor dicho, se trata de un delito de infracción del deber[656].

6.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo del delito será el Estado peruano, a través de la Administración Pública.

6.3. Conducta típica

Los elementos objetivos del delito de enriquecimiento son los siguientes:

---

en el caso específico de los delitos de enriquecimiento ilícito, que se trata de un ilícito tan sensible negativamente en la población.

[656] Véase, en este sentido: GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 151: "En este sentido se considerara que el enriquecimiento es ilícito cuando infrinja una norma concreta del ordenamiento jurídico en general, se trate de una norma penal o de una norma administrativa (en este último caso cuando la violación de una norma penal), En el caso de los delitos contra la Administración Pública, o específicamente del delito de enriquecimiento ilícito, las normas a tenerse en cuenta serán las normas administrativas relacionadas con los deberes, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos, o las normas penales protectoras de la Administración Publica, contenidas en el propio Código Penal o en una ley Penal especial".

6.3.1. Sobre el término "enriquecimiento"

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el significado de la palabra: "enriquecimiento" *que, obtenido con injusticia y en daño de otro, se considera ilícito e ineficaz en derecho*[657]. La Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 ofreció una pauta en esta difícil labor de tener que completar el tipo penal vía interpretación de sus ambiguos componentes gramaticales: pues tenía que tratarse de un incremento de significativo exceso respecto a los ingresos legítimos del funcionario durante el ejercicio de sus funciones y este no pueda ser justificado por el agente (artículo IX)[658]. La Convención de las Naciones Unidas de 2003 se limitó a reproducir la redacción anterior y el aspecto de "cometer intencionalmente".

Tenemos que advertir que la fórmula legal empleada por la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 resulta más precisa que la utilizada por la legislación penal nacional. En efecto, el Código penal peruano no define, salvo en el tercer párrafo del artículo 401°, el enriquecimiento ilícito del funcionario; es decir, no ofrece parámetros objetivos para determinar cuándo existe enriquecimiento ilícito por parte del funcionario o servidor público. En cambio, la Convención Interamericana contra la Corrupción ha precisado algunos criterios para la verificación específica de este delito, y dichos criterios son:

a) Que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público.

b) Que este incremento patrimonial resulte excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones.

---

[657] Diccionario de la Real Academia Española- Vigésima segunda edición 2010.

[658] La CICC, en su artículo IX prevé la figura del enriquecimiento ilícito en los siguientes términos: *"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."*.

c) Que no pueda ser razonablemente justificado por el funcionario público.

Una nueva visión normativa del Enriquecimiento Ilícito, donde ya no es *per se* el enriquecimiento el objeto de punición, sino el "incremento patrimonial", advirtiéndose la construcción de una tipificación de naturaleza "contable", empleada en la legislación tributaria, en el entendido de que el *incremento patrimonial tiene como base indiciaria*, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas; de manera que la hipótesis de incriminación ha de partir de una confrontación del patrimonio real que ostenta el funcionario con la Declaración Jurada de bienes y rentas[659].

El acrecentamiento o incremento del patrimonio económico de una persona, puede ser establecido con base a dos indicadores principales; un primer referente circunscrito al ámbito temporal y definido por la situación ex ante al proceso de incremento y la situación ex post de correlato o efecto de dicho proceso, y por un segundo referente relacionado a la conceptualización social promedio del estado de riqueza (es decir, del monto) y de la noción de enriquecimiento[660].

El aspecto relevante de todo esto, desde el punto de vista adjetivo, sea la realización de una pericia especializada de corte contable dentro del proceso penal, y como tal la pericia contable debe centrarse en el

[659] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *Derecho Penal Parte Especial.* Tomo V. Primera edición: Lima, 2010, p. 629. RAMIRO SALINAS Siccha; *Delitos Contra la Administración Pública,* Segunda Edición. Editorial Grijley E.I.R.L. Lima-Perú, 2011, Pág. 612-613, señala que: "Este incremento se manifiesta cuando se verifica marcada diferencia con los ingresos legítimos que tiene aquel por el cargo de funcionario o servidor público. Por ejemplo, estaremos ante este elemento objetivo cuando el sujeto público que no desarrolla otra actividad declarada en un año tiene como ingresos por todo concepto 50,000, sin embargo, en ese mismo periodo se verifica que ha tenido como gastos personales, la suma de 80,000. El incremento es evidente incluso considerando que utilizo todos sus ingresos en gastos personales o familiares. En el ejemplo tendría un incremento de 30,000".

[660] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 843.

patrimonio del procesado por enriquecimiento ilícito siendo irrelevante el perjuicio económico causado a la entidad estatal[661]; y en ese sentido, debe establecerse mediante *cálculos* específicos el incremento patrimonial en el delito de enriquecimiento ilícito[662].

---

[661] Así lo ha señala la Ejecutoria Suprema del 28/5/2009, R.N. N° 4923-2007-AREQUIPA VOCAL PONENTE: NEYRA FLORES, José Antonio, Gaceta penal, tomo 26, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2011, Pág. 163, que señala lo siguiente: *"Si bien la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, al declarar nula la sentencia ordeno, entre otras cosa, se realice en el nuevo juicio oral la pericia contable con el objeto de determinar el desbalance o desmedro económico sufrido por la entidad perjudicada, también lo es que para esclarecimiento de los hechos materia de la presente investigación, resulta necesario la pericia contable respecto al patrimonio de los encausados en el periodo de imputación, a efectos de establecer con certeza si tenían la capacidad económica suficiente o necesaria para adquirir los inmuebles materia de cuestionamiento, debiéndose determinar en dicha pericia, las fechas en que fueron adquiridas las propiedades, los pagos realizados y por cancelar con posterioridad a la compra, los financiamientos respectivos, los ingresos y egresos de los encausados por todo concepto, y todo dato contable que resulte necesario a efectos de esclarecer los hechos investigados. El perjuicio económico concreto a la agraviada resulta irrelevante para la acreditación del delito, pues la acción típica se centra en el incremento patrimonial ilícito no justificado"*.

[662] Véase, en este sentido: Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima Ejecutoria del 14 de mayo de 2010, Exp. N° 084-2008, PRESIDENTA Y DIRECTORA DE DEBATES, Inés VILLA BONILLA, Gaceta penal, tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2010, Pág. 210, que ha señalado lo siguiente: *"De cara a determinar la ilicitud o no del incremento patrimonial atribuido, a nivel jurisprudencial se ha establecido una suerte de proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente, el mismo que estriba en determinar previamente con que bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a estos el total de ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás percibidos por cualquier concepto- herencias préstamos y otros similares-;luego, deberán cuantificarse los bienes acumulados y obtenido el resultado de ambas operaciones hacer una comparación entre estas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor, y en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito, o se demuestra que la obtuvo con motivo del empleo, cargo o comisión del servicio público, o si este no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, conforme lo exige el artículo 401 del Código penal (Ejecutoria Suprema del 15 de agosto de 2007,R.N. N° 4245-206-LIMA. Primera Sala Penal Transitoria)"*.

En suma, el material probatorio (informes contables, pericias financieras, declaraciones de rentas, y otros) actuado durante el proceso debe poner en evidencia situaciones de asimetría, desproporciones o sencillamente contrastes notables entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo público en relación a los detentados o tenidos antes del ingreso al mismo, que no pueden ser explicados o justificados técnicamente o mediante criterios de estimación valorativa con el total de ingresos lícitos del funcionario o servidor una vez practicadas las deducciones del caso y realizadas las comparaciones estadísticas[663].

6.3.2. La sustitución del término "durante el cargo" por el de "abuso del cargo"

El delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) ha sido modificado, sustituyendo la fórmula del enriquecimiento del funcionario o servidor "durante el ejerció del cargo" por *"abusando de su cargo"*[664]. Hay abuso

---

[663] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 857.

[664] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011. De la misma manera véase el Proyecto de Ley, presentado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, señala que: "*El delito de **enriquecimiento ilícito** (art. 401) es adecuado al principio de afectación de bien jurídico, remitiendo que se dé una lectura adecuada a la Constitución del tipo penal. Se sustituye el criterio ocasional (en el ejercicio del cargo) por el causal o funcional (abuso del cargo), para la producción de resultado: incremento indebido del patrimonio del funcionario. Con ello, se ratifica el criterio racional que en estos delitos no se castiga al funcionario enriquecido por el solo hecho de enriquecerse, sin conexión alguna con el (ab) uso del cargo. El admisible que el funcionario sea virtuoso públicamente, dentro de su horario de trabajo, y tenga conductas privadas reñidas con la virtud que le hayan permitido enriquecerse*".
En esta misma lógica, el Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo, para reformar precisamente los delitos contra la Administración Pública en nuestro Código penal, señalaba que en el Artículo 401°, sobre el Enriquecimiento Ilícito, tenía que incorporarse el "abuso del cargo": "*El funcionario o servidor público que, **abusando de su cargo** incrementa ilícitamente su Patrimonio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de **diez años.** Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en*

de cargo las veces que este es ejercicio fuera de los casos establecidos por la Constitución, la ley, los reglamentos o directivas de la institución pública o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma indebida, pero para conseguir un fin ilícito en su propio beneficio o de terceros[665].

En suma, enriquecerse mediante incremento patrimonial de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder; se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito[666].

Actualmente el delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) ha sido modificado, sustituyendo la fórmula del enriquecimiento del funcionario o servidor "durante el ejerció del cargo" por *"abusando de su cargo"*. Se elimina igualmente la mención del criterio de no justificación razonable del incremento patrimonial. Así mismo, se ha suprimido la pena conjunta de la inhabilitación, pues esta consecuencia ya está prevista en el artículo 426 que comprende a todos los tipos penales de la sección donde se encuentra el enriquecimiento ilícito[667].

---

las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o este, sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y /o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita."

[665] SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos Contra la Administración Pública*, Segunda Edición. Editorial Grijley E.I.R.L. Lima, 2011, pag. 608.

[666] ROJAS VARGAS, 2007, Lima, Pág. 852.

[667] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

6.3.3. El momento temporal del enriquecimiento ilícito.

La doctrina es coincidente en cuanto a que el enriquecimiento por parte del funcionario debe haberse producido con posterioridad a la asunción del cargo[668] El enriquecimiento puede ser paulatino y continuo. Sin embargo, debe generarse necesariamente durante el período de tiempo en que el sujeto activo ejerce la función pública. Vale decir, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales momentos será posible un acto de enriquecimiento ilícito[669].

Si es que el incremento patrimonial, se manifiesta, luego de haber dejado el cargo público, sea por cese, jubilación, destitución, etc., no se dará el delito in examen, a menos que se demuestre que el incremento patrimonial obedeció a actos que ejecutó en ejercicio de la función pública; por ejemplo, cuando guardo el dinero debajo del colchón de su cama, y luego lo invierte, adquiriendo bienes inmuebles u otros valores, lo que no necesariamente se verá reflejado en la Declaración Jurada de Bienes y Rentas, máxime cuando el sujeto ya no está obligado a presentar dicha documentación[670].

Una Ejecutoria Suprema de nuestro país indica claramente el momento temporal del enriquecimiento, en el sentido que dicho incremento patrimonial debe darse durante el cargo público. En efecto, en el considerando Tercero indica que: "*...en la doctrina nacional, se ha tomado partida*

---

[668] BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho Penal Parte Especial. Tomo III.*, Pág. 341.

[669] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; *Todo sobre el Código penal*, tomo I, Lima, Pág. 291. Ramiro SALINAS SICCHA, *Delitos Contra la Administración Pública*, Segunda Edición. Editorial Grijley E.I.R.L. Lima, 2011, Pag.609. "Lo relevante de este elemento es considerar que el agente debe experimentar un incremento patrimonial ilícito, durante la vigencia del cargo público. No antes de asumir el cargo público ni después de haber cesado en aquel. En estos supuestos, no significa que quede sin sanción el incremento ilícito del patrimonio, sino que de verificarse serán sancionados por medio de otros hechos punibles si llegaran a individualizarse".

[670] PEÑA CABRERA FREYRE; Alonso R; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo V. Primera edición: Lima, 2010, Lima, Pág. 625

respecto al momento de la configuración del tipo penal del enriquecimiento ilícito, entre ellos, Manuel A. Abanto Vásquez, sostiene que "el enriquecimiento ilícito deberá producirse precisamente durante el ejercicio de cargo de funcionario. Es dudoso que el tipo penal exija que el "incremento patrimonial" se efectué siempre después de la Asunción del cargo por el funcionario. Si ello fuera así no se abarcaría penalmente el enriquecimiento antes de la Asunción del cargo o después de terminado el ejercicio, pese a que estuvo motivado en el ejercicio funcionarial futuro o pasado. En el primer supuesto no parece ser obligatorio la interpretación restrictiva, pues el tipo legal se refiere a un enriquecimiento de funcionario "por razón de su cargo" y ello también existe cuando el incremento patrimonial se verifico en un momento anterior al a Asunción del cargo, pero precisamente motivado en este y con una proyección a un momento en que el sujeto va a ejercerlo. Luego, no quedara impune quien, de asumir un cargo, reciba "beneficios patrimoniales" de particulares que tienen la expectativa de obtener alguna contraprestación durante el ejercicio funcional de aquel. ***Pero el tipo penal no parece abarcar los casos de "enriquecimiento" que tiene lugar en un momento posterior, cuando el enriquecido ya no ejerce funciones públicas, pues aquí la persona enriquecida ni es ya funcionario público, ni los actos de enriquecimiento pueden sin más ser reputados como que han tenido lugar durante el ejercicio de las funciones.*** *Por ejemplo: el funcionario que recibe donativos o algún "premio" con posterioridad a la separación de cargos, el ex funcionario que es contratado con un buen sueldo por una empresa privada a quien habría beneficiado durante el ejercicio de su función pública. Estos casos pueden ser tan graves como los primeros, pero difícilmente pueden entrar dentro del tenor del tipo penal ";-véase página quinientos cuarenta y dos y doscientos cuarenta y tres, "los delitos contra la administración publica en el código penal peruano" palestra editores, segunda edición, abril del dos mil tres-; por su parte Dino Carlos Caro Coria, señala: "la doctrina nacional no suele admitir que el incremento pese antes de haberse desempeñado el cargo o después de haber cesado en este... en esa medida la norma nacional no erige una conexión causal temporal entre el momento del enriquecimiento y el ejercicio del cargo, sino un nexo de imputación jurídico penal, el incremento debe ser objetivamente atribuible al ejercicio del cargo" – véase paginas doscientos doce y doscientos trece, "delitos de tráfico de in-*

fluencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir (aspecto sustantivo y procesales), jurista editores, edición abril del dos mil dos -; en tal caso, el delito de enriquecimiento ilícito es un delito subsidiario, que para su configuración requiere que el incremento patrimonial indebido del agente, se produzca durante el ejercicio del cargo del funcionario o servidor público, en tanto que cualquier incremento patrimonial posterior puede ser origen de cualquier mas no, imputarse enriquecimiento ilícito..."[671]

6.3.4. Las fuentes generadoras de enriquecimiento ilícito: ¿Donativos, dádivas o presentes?

La actual redacción legal del artículo 401° no señala expresamente cuales serían los objetos corruptores del enriquecimiento ilícito por parte del Funcionario Público. El legislador patrio estuvo más preocupado por el resultado ocasionado de enriquecimiento, que por la forma y modalidad de cómo se había obtenido tal enriquecimiento, y los objetos que producen tal enriquecimiento, como sí sucede por ejemplo en el delito de cohecho o el tráfico de influencias. Volviendo al delito de enriquecimiento ilícito, en todo caso, tendríamos que recurrir al Decreto Ley Nro. 89 del 07 de mayo de 1992, se anexó el artículo 401-A que incorporó la frase: *"en todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados"*.

Los incrementos lícitos como el sueldo, compatible con el cargo, honorarios profesionales, transacciones comerciales, donación, herencia, entre otros, durante el ejercicio del cargo no forman parte del tipo, se incluyen dentro de él, los incrementos procedentes de operaciones ilícitas, siempre que no constituyan delitos independientes, como peculado, cohecho pasivo, colusión, concusión, etc.; pues a este delito mayoritariamente se le considera en la doctrina como subsidiario, porque enriquecimiento ilícito es todo aumento patrimonial que provienen ilícitamente, menos de comportamientos que ya tienen tipo[672].

---

[671] Recurso de Nulidad, N° 3349-2006, LIMA, 19/10/06.

[672] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la Administración Pública*. Segunda Edición. Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, Pág. 242-243

Sin embargo, queda en pie la objeción que el enriquecimiento ilícito de funcionario o servidor público no siempre se consuma vía donativo o presente, sino también por otros medios más expeditivos (exacciones, apropiaciones, sustracciones, etc.); argumentación nada deleznable, aun mas si consideramos que optar por la perspectiva del cierre del tipo presupone admitir que solo los delitos de corrupción constituyen la fuente generadora del ilícito penal de enriquecimiento ilícito[673].

6.3.5. ¿Resulta necesario incorporar un "monto económico" al enriquecimiento en el modelo penal peruano?

En el Código penal peruano existe una total ausencia en determinar la tipicidad penal del delito en comentario en función al monto enriquecido, tanto desde su versión original del Código de 1991 y sus sucesivas modificaciones legales. En otras palabras, la fundamentación del injusto penal del enriquecimiento ilícito en el Perú, es la de infraccionar el deber extrapenal que posee el funcionario público, y el abusar del mismo para beneficiarse, él o tercera persona vinculada a él; a pesar de que en éste delito lo relevante sea el acumulamiento indebido de "patrimonio" por parte del funcionario, proveniente de algunos delitos contra la Administración Pública, es decir, de delitos donde el agraviado sea el propio Estado.

En todo caso, si existiese un monto cuantioso imputable al funcionario, considerable tanto a nivel nacional como internacional; este aspecto será relevante en el ámbito de la determinación judicial de la pena (dentro de los marcos penales previsto en el artículo 401°), y no en la teoría del delito, que como hemos dicho se fundamenta en la infracción del deber (autoría), en el bien jurídico tutelado (principio de lesividad), y obviamente en la conducta típica descrita (principio de legalidad). Entonces, contestando la pregunta de este parágrafo: ¿Resulta necesario incorporar un "monto económico" al enriquecimiento en el modelo penal peruano? En mi criterio resultaría innecesaria tal incor-

[673] ROJAS VARGAS, 2007, Pág. 861.

poración en el delito de enriquecimiento ilícito por las consideraciones antes expuestas.

Como es sabido, por ejemplo en el Código penal argentino, en el Capítulo XII, se regula el delito de Enriquecimiento Ilícito, en el artículo 275°, y en el último párrafo se incorpora una especie de cuantía económica en el monto de enriquecimiento que cometa el funcionario público, y dependiendo de la magnitud del monto enriquecido dependerá la gravedad de la pena a imponer. Así, se señala lo siguiente en el texto argentino: "*Al servidor público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito, se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y el momento en que se comete el delito, se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo antes anotado, se impondrán de dos a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa*".

7. LA TIPICIDAD SUBJETIVA. SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA CONCURRENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DISTINTO DEL DOLO EN EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

El delito en comentario, en el primer párrafo del artículo 401°, es de exclusividad de comisión *dolosa*, por lo tanto la modalidad culposa queda desterrada. La jurisprudencia nacional ha dicho que: "*En cuanto al dolo en el delito de enriquecimiento ilícito, debe entenderse por tal al conocimiento y voluntad del agente del delito respecto al tipo penal. Esto es, el sujeto tendrá que tener conocimiento de que todos los elementos configurativos del delito se presentan en su conducta, es decir que es un funcionario o servidor público, que está enriqueciéndose, que lo hace valiéndose de su cargo, y que el enriquecimiento es ilícito. El sujeto después de tener conocimiento de todos los elementos del delito, decide realizar la acción, quiere la realización del hecho; este querer expresa su intención de incrementar su patrimonio ilícitamente, con lo que se estaría configurando el*

dolo"[674]. En otras palabras, para la modalidad dolosa se necesita que el agente activo conozca los siguientes componentes del tipo penal en cuestión: en primer lugar, que conozca que es un funcionario o servidor público; en segundo lugar, que conozca que por acción u omisión tenga que abusar del cargo que ostenta; y en tercer lugar que como consecuencia de ello, que conozca que incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos.

La discusión en este punto creo que se centra en la siguiente pregunta: ¿Se si exige o no la concurrencia de un elemento subjetivo distinto del dolo en el delito de enriquecimiento ilícito? Como estamos (en el artículo 401° del Código penal) en un delito de "enriquecimiento" por parte del sujeto activo, es lógico pensar, al igual que sucede con los delitos patrimoniales (que son algunos de apoderamiento y de enriquecimiento) que se exija la verificación de un *ánimus de lucro*. En este punto, Gálvez Villegas afirma que por tratarse de un caso de enriquecimiento, también estará presente el elemento subjetivo de tendencia interna trascendente, constituido por el ánimo de lucro del funcionario o servidor público, el mismo que se evidencia con la sola voluntad de sumir la titularidad de los bienes y derecho que corresponden al incremento patrimonial, o lo que es lo mismo, al incorporarlos a su patrimonio personal, familiar o de tercero interpuesto[675].

Para un sector de la doctrina, aparte del dolo, se exigiría la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, nos referimos al "ánimo de lucro", al propósito de obtener un provecho o beneficio. "No negamos, siguiendo a Peña Cabrera, que de seguro esa será la motivación que guía el proceder conductivo del agente, empero, dicho factor subjetivo no se encuentra comprendido en la estructuración típica del delito de Enriquecimiento Ilícito, al no haberse incluido la preposición

[674] Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima Ejecutoria del 23 de enero del 2011, Exp. N° 099-2009 DIRECTORA DE DEBATES, Hilda PIEDRA ROJAS, Gaceta penal, tomo 25, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2011, p. 243.

[675] GALVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 155.

"para", como es el caso del Hurto Simple o de la Rebelión; importaría, por tanto, un componente de la estructura lógico-objetiva del agente, cuya trascendencia se encasilla a un nivel criminológico, en otras palabras dicho: - la concurrencia de dicho elemento de naturaleza trascendente no necesita ser acreditado por la Teoría del Caso que formule la Fiscalía, basta con la probanza del dolo"[676].

A mi juicio, no es necesario que la exigencia probatoria de un elemento subjetivo distinto del dolo, pues el hecho de que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, por el solo hecho de realizarla, ya estaría enriqueciendo ilícitamente, es decir, la acción misma de enriquecerse ya está implícito en acción de la tipicidad del delito en comentario. En todo caso, el término "enriquecerse" forma parte de la tipicidad objetiva del artículo 401°, de la conducta típica mejor dicho, y no de la tipicidad subjetiva que se satisface con la presencia únicamente del dolo.

Es más, si leemos estrictamente el artículo 401° del Código penal, está ausente los términos: "en provecho propio o ajeno", "en provecho para sí o para otro", que sí lo tienen expresamente por ejemplo el delito de hurto (artículo 185° CP) o el delito de robo (artículo 188° CP).

8. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO.

En cuanto a los grados de desarrollo del delito en cuestión podemos decir que se trata, según del propio artículo 401° del Código penal, de un tipo penal de resultado lesivo en la medida en que para la consumación respectiva es necesario que ilícitamente incremente su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funcionarios específicas. En tal sentido, el hecho fáctico de acreditar, al interior del proceso penal, el incremento de manera relevante del patrimonio del funcionario público, implicaría un efectivo perfeccionamiento típico del delito en cuestión.

[676] PEÑA CABRERA FREYRE, Tomo V, 201°, Pág. 650-651.

La jurisprudencia penal nacional ha dicho que: "Respecto al momento consumativo del delito de enriquecimiento ilícito cabe precisar que el artículo 401 del Código penal, al definir esta figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico- que puede ser tanto un aumento del activo como una disminución del pasivo- por lo que, a los efectos de la concreción del enriquecimiento, es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio"[677].

De la misma forma otra Ejecutoria Suprema ha dicho que: "El Enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista incremento patrimonial significativo y contrastante no sustentado, en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a Derecho, en el contexto del desarrollo temporal o ultra-temporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el periodo de ejercicio funcional bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación; no siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales"[678].

---

[677] Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima Ejecutoria del 14 de mayo de 2010, Exp. N° 084-2008, PRESIDENTA Y DIRECTORA DE DEBATES, Inés VILLA BONILLA, Gaceta penal, tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2010, Pág. 210.

[678] Ejecutoria Suprema del 16/5/2003, Exp. R.N. N° AV-09-2001-LIMA ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia penal comentada, IDEMSA, Lima, 2005, Pág. 352.

Por supuesto que la circunstancia del tipo penal de "incrementar relevantemente" el patrimonio del funcionario público, puede darse de manera, de manera momentánea como de manera permanente. Lo usual en la praxis judicial es que se dé el incremento de manera permanente; en consecuencia, esto tiene una implicancia en la dogmática penal, que se llama el delito permanente[679].

A nuestro entender, es posible algunas interrupciones en el proceso de ejecución del delito, es decir, existe la posibilidad de la tentativa punible (artículo 16° del Código penal). Por ejemplo: el funcionario público se disponía a ingresar a una Agencia Bancaria para depositar dinero a su cuenta producto de donaciones "indebidas" que había recibido días atrás; en ese preciso momento el funcionario público es intervenido por la Policía, porque existe la situación de flagrancia delictiva.

9. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO AGRAVADO POR RAZÓN DEL CARGO O ANTEJUICIO O PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL.

Esta agravante típica recién encuentra su existencia en nuestro ordenamiento jurídico-penal, a partir del año 2004 (artículo 1° de la Ley Nro. 28355, publicada el 06-10-2004, cuando agrega: *Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales,*

[679] En este sentido: PEÑA CABRERA FREYRE. Tomo V, 2010, Pág. 648-649. Agrega este autor que: "Conforme lo anotado, se debe distinguir entre los actos materiales de tipicidad objetiva que encauzan la realización típica, con aquel estado de disvalor, que determina la consumación del delito, nos referimos al "incremento patrimonial", que a su vez debe dar lugar a un "Enriquecimiento Ilícito", se podría decir, entonces, que es un delito de *estado* más que de *resultado*, pero de pura actividad, donde los actos anteriores a dicha situación patrimonial, no pueden ser reputados como un *delito tentado*, pues de ser así, estaríamos contrariando su abstracta naturaleza, sin que ello obste a reconocer, que dicho relato fáctico, pueda ser empleado para acreditar la comisión de otros delitos *funcionariales*, como el Peculado, Cohecho, Malversación de Fondos o Concusión. Reafirmando nuestra posición, de postular la calidad de delito "autónomo", del tipo legal contenido en el artículo 401° del CP".

o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional..."); esta misma agravante en el delito de enriquecimiento ilícito se mantiene en el Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010), pues el artículo 456°, segundo párrafo, señala lo siguiente: *Si el agente es un funcionario que haya ocupado de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional...".*

En el Título XVIII, "Delitos contra la Administración Pública", en el Capítulo II, sanciona, bajo el rubro "Corrupción de Funcionarios", el delito de enriquecimiento ilícito, se encuentra en el segundo párrafo del artículo 401° del Código penal peruano, el mismo que señala textualmente: "*Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional...".* Como puede observarse, el tipo penal, en el segundo párrafo, señala la frase: "funcionario público" y destierra en esta parte la frase "servidor público", en la medida que sólo el Funcionario Público es quien tiene aquellas facultades y funciones de alta dirección y gestión en una determinada Administración Pública.

Para la aplicación de la presente agravante, se necesita la verificación de dos supuestos bien diferenciados, que son los siguientes:

a) *Funcionario Público que ocupan cargos de alta dirección en entidades, organismos o empresas del Estado.* Los funcionarios que ocupan altos cargos en el Estado serían, entre otros, los siguientes: Los Presidentes de Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales; Gerentes Regionales o Municipales; etc.

b) *Funcionario Público sometido a la prerrogativa del antejuicio y Acusación Constitucional.* Los funcionarios públicos que están sujetos a dicha prerrogativa y Acusación Constitucional lo tenemos que extraer del artículo 99° de la Constitución Política del Perú, que señala a las siguientes personalidades:

- Presidente de la República.
- Representantes del Congreso de la República.
- Ministros de Estado.
- Miembros del Tribunal Constitucional.
- Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.
- Vocales de la Corte Suprema de la República.
- Fiscales Supremos de la República.
- Defensor del Pueblo.
- Contralor General de la República.

10. TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 401º DEL CÓDIGO PENAL: "INDICIO TASADO" EN LA FORMA DE CÓMO SE DEBE ENTENDER EL TÉRMINO ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO. EL CONCEPTO DE INDICIO DE ENRIQUECIMIENTO REGULADO EN EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 401º DEL CÓDIGO PENAL.

El art. 401° del Código Penal en el tercer párrafo dispone que: se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra cosa lícita.

La revelación de un estado probable de "enriquecimiento", puede obtenerse de las Declaraciones Juradas, que año a año, están obligados a presentar los funcionarios públicos; lo cual puede ser tomado como un indicio, pero de ningún modo como un medio probatorio concluyente y definitivo de culpabilidad; máxime, cuando no todos los servidores públicos están obligados a presentarla[680].

[680] PEÑA CABRERA FREYRE, Tomo V, 2010, Pág. 628.

El objetivo, comprobado, notorio, apreciable y desproporcionado a sus ingresos incremento patrimonial. Esta situación fáctica no es necesariamente un acto de enriquecerse, como ya se expuso anteriormente, lo que permite descartar se trate de un delito doloso activo. Se trata de una situación objetiva que genera la obligación de actuar para evitar la lesión del bien jurídico (imagen de transparencia). Es "objetiva" porque una persona se puede enriquecer de muchísimas formas distintas de la adquisición consciente y voluntaria de bienes.

El delito de enriquecimiento ilícito, por tanto, no puede fundarse en una mera *presunción*, sino en datos, en evidencias, indicios que en su conjunto, puedan construir una Teoría del Caso incriminatoria, capaz de enervar el principio de presunción de inocencia que favorece al imputado. No se puede convertir a las presunciones legales y a una base indiciaria, en hechos probados, sin que se haya cotejado su veracidad con distintos medios de prueba, bajo las reglas constitucionales del juzgamiento[681].

Es poco usual que el Código penal, sobre todo en la Parte Especial o Legislación complementaria, y en general cualquier normativa o cuerpo legal realice conceptualizaciones sobre un supuesto de hecho; es decir, que focalice qué se entiende por el término "enriquecimiento", aunque el último párrafo del artículo 401° más tiene que ver con el grado de conocimiento de la prueba en relación al enriquecimiento, pues porque señala que: "Se considera que existe *indicio* de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio ilícito cuando el aumento del patrimonio o servidor, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier causa lícita".

[681] PEÑA CABRERA FREYRE, Tomo V, 2010. Pág. 616.

11. ENTRE EL DELITO DE COHECHO PASIVO Y EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EXISTE UNA RELACIÓN DE SUBSIDIARIDAD TÁCITA

La doctrina nacional de forma predominante reconoce la subsidiaridad del supuesto típico de enriquecimiento ilícito. Rojas Vargas al trabajar la parte objetiva del tipo penal de enriquecimiento ilícito lo califica de subsidiario o complementario[682].

Abanto Vásquez, reconoce que el tipo penal de enriquecimiento ilícito opera con carácter subsidiario, constituye un tipo residual que se aplica a conductas no abarcadas por otros supuestos típicos. [683] Frisancho Aparicio / Peña Cabrera al comentar el tema de los concursos respecto del delito de enriquecimiento ilícito establecen que no existe la posibilidad que concurra con figuras delictivas afines, precisamente por tratarse de un tipo penal subsidiario.[684]; Hugo Álvarez al comentar las características del tipo penal del artículo 401 lo define como genérico y subsidiario.[685]

---

[682] ROJAS VARGAS, Obra citada, Pág. 465. "El tipo penal del art. 401 no describe conducta alguna ni aporta mayores elementos de tipicidad o de antijuricidad que guíe en el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala. No obstante de la naturaleza del hecho ilícito, de la gravedad de la sanción y **el carácter subsidiario** o complementario de dicha norma..." (Resaltado del recurrente).

[683] ABANTO VASQUEZ, Manuel, Obra citada, Páginas 484 y 485. "Esta interpretación permite entonces que el tipo penal de <enriquecimiento ilícito> se aplique como **tipo residual auténtico**, cuando el enriquecimiento provenga de otros delitos perseguibles penalmente... Una solución distinta se obtendría si se admitiera la total autonomía del tipo penal de <enriquecimiento ilícito>, pero ello implicaría violar el principio de ne bis in idem..." (Resaltado del recurrente).

[684] FRISANCHO APARICIO, Manuel / PEÑA CABRERA, A. Raúl; *Delitos contra la Administración Pública,* Editora Fecat, Lima, 1999, Pág. 358: "Al ser un delito **subsidiario** no es posible que concurra con figuras delictivas afines." (Resaltado del recurrente).

[685] HUGO ALVAREZ, Jorge B.; *Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública,* Pág. 217, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2000. "El legislador ha recurrido a un tipo genérico y **subsidiario** para aquellos casos en que no se pueda probar el hecho ilícito... ...**la subsidiariedad del tipo** opera para impedir, precisamente, que por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que no se sabe qué es, pero que conlleva como expresión practica

Prado Saldarriaga, el más importante especialista penal con el que cuenta la magistratura peruana, afirma que el enriquecimiento ilícito no debe provenir de otro delito funcional como el cohecho pasivo, el peculado o la concusión, ya que se trata de un tipo penal subsidiario, esto es, solamente se aplica cuando no se verifique la comisión de otro delito contra la administración pública.[686] Peña Cabrera / Francia Arias reconocen el carácter subsidiario del tipo penal de enriquecimiento ilícito al determinar la imposibilidad que concurra en concurso aparente de leyes o ideal de delitos. [687]

Según Salinas Siccha "Lo residual del hecho punible de enriquecimiento ilícito significa que no hay forma de acreditar que el agente público ha cometido tal o cual delito anterior, sin embargo, aparece acreditado el incremento de su patrimonio o de su gasto personal en el periodo del ejercicio de su cargo público. Caso contrario, si por ejemplo, se llega a determinar que el sujeto publico incremento su patrimonio por la comisión del delito de robo agravado, será investigado, juzgado y sancionado por ese delito, mas no por enriquecimiento ilícito; de igual forma, si llega a determinarse que el agente publico incremento su patrimonio por el delito de peculado, aquel será investigado, juzgado y sancionado por este delito descartándose el de enriquecimiento ilícito"[688].

---

un aumento patrimonial del agente derivado directa o indirectamente del ejercicio del cargo y que razonablemente no lo justifique." (Resaltado del recurrente).

[686] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Todo sobre el Código Penal*, Tomo I, Página 291, Idemsa, Lima, 1996. "El enriquecimiento ilícito no debe, sin embargo, provenir de otros delitos funcionales, como actos de corrupción pasiva, actos de peculado o actos de concusión. En buena cuenta estamos ante un **delito de carácter subsidiario**. Sólo en la medida en que el enriquecimiento no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo 401 del Código Penal". (Resaltado del recurrente).

[687] PEÑA CABRERA / FRANCIA ARIAS, *Delito de Enriquecimiento ilícito*, Lima, Ediciones Jurídicas, Lima, 1993, Pág. 64: "En vista que es un delito **subsidiario** en los que vulneran los deberes profesionales no es posible que concurra con algunos hechos punibles afines". Resaltado del recurrente.

[688] SALINAS SICCHA; *Delitos Contra la Administración Pública*, Segunda Edición, Editorial Grijley, Lima, 2011, Pág. 611.

El delito de enriquecimiento ilícito corresponde a un tipo penal subsidiario, de allí que respecto a los tipos penales de cohecho pasivo, tanto el propio como el impropio, tenga una relación de subsidiaridad ya que éstos resultan tipos penales principales, es decir, se aplicar de forma preferente al tipo subsidiario de enriquecimiento ilícito que solamente podría ser utilizado de no corresponder subsumir el hecho en ninguno de los supuestos típicos de corrupción de funcionario pasiva.

Gálvez Villegas quien no comparte la posición de la subsidiaridad del tipo de enriquecimiento ilícito al sostener que solamente tienen tal condición aquellos tipos penales que presenten penas menos graves, situación que no sucede en el caso del artículo 401 respecto del resto de tipos penales de corrupción de funcionarios; agregando que el error de la posición dominante en la doctrina peruana tiene como causa la influencia que sobre la misma ejerce el derecho penal colombiano, en el que si se justifica la subsidiaridad del enriquecimiento ilícito al existir norma expresa en tal sentido.[689]

La opinión del autor nacional es equivocada, pues al desconocer la naturaleza subsidiaria del tipo penal de enriquecimiento ilícito no ha considerado su ratio legis o la razón político criminal de su creación; la dificultad o imposibilidad de probar, precisamente, el delito, en principio contra la administración pública, que permitió el enriquecimiento ilícito del funcionario. Es la razón de ser del tipo penal de enriquecimiento ilícito, no el reconocimiento expreso en la norma, el que determina su naturaleza subsidiaria.

Los penalistas argentinos, colombianos y peruanos que reconocen la subsidiaridad del tipo penal de enriquecimiento ilícito, no lo hacen porque una disposición legal así lo establezca, sino porque, como se vuelve a insistir, tienen en cuenta que esta figura delictiva fue creada para ser utilizada en aquellos casos penales donde la "prueba diabólica" impida demostrar el delito que generó el enriquecimiento ilícito.

---

[689] GÁLVEZ VILLEGAS, 2001, Pág. 196 a 202.

La susbsidiariedad del tipo penal del artículo 401 del Código Penal es evidente, pues en el caso donde se pueda probar el delito que produjo el enriquecimiento ilícito del funcionario, no se aplicará tal disposición legal. Es más, Gálvez Villegas afirma que el tipo penal de enriquecimiento ilícito no puede ser subsidiario por la mayor gravedad de la pena respecto de los otros supuestos típicos de corrupción de funcionario, sin tratar la cuestión de inconstitucionalidad que precisamente dicha situación provocó al colisionar con el principio constitucional de proporcionalidad en sentido estricto. En la obra de Gálvez Villegas se aprecian incongruencias conceptuales que es importante advertir para valorar sus comentarios.

No diferencia adecuadamente el concurso aparente de leyes y el concurso ideal de delitos al aceptar equivocadamente que el delito de enriquecimiento ilícito y el cohecho podrían presentar un caso de concurso ideal de delitos pese a que tienen el mismo macro bien jurídico como objeto de protección, la administración pública; con lo que se deja de lado la primera diferencia entre ambos concursos pues precisamente en el concurso ideal de delitos la necesidad que concurran dos o más tipos penales a la calificación del hecho, es precisamente el que se ha vulnerado con el mismo hecho más de un bien jurídico.[690]

El error de Gálvez Villegas se advierte en consecuencia con claridad, pues intenta aplicar el derecho penal amplio y flexible para los delitos contra la administración pública para los que se prevé pena privativa de la libertad; resulta paradójico que el autor peruano recurra al maestro español precisamente para el caso del delito de enriquecimiento ilícito, ya que el articulo 401 contempla una sanción penal grave, incluso por cuestión de inconstitucionalidad.

[690] GÁLVEZ VILLEGAS, Obra citada, Páginas 187 y 188.

En este punto existe una Ejecutoria Suprema, expresado en el Recurso de Nulidad Nº 5382 – 2006, LIMA, de fecha 22/10/07, que habla sobre la Prohibición de la reformatio in prius y teoría de concurso aparente de leyes, y en el considerando Noveno, señala lo siguiente:

> *"Que, el imputado Montesinos Torres también alega que la acusación del Ministerio Público se encuadra únicamente en la figura típica comprendida en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, es decir, por el delito de Cohecho Pasivo Propio, alegación que tampoco resulta cierta, pues de la lectura de la acusación escrita de fojas trescientos veinte y siguientes, específicamente, en el acápite cinco punto dos, que obra en la página cuatrocientos sesenta y siete, consta expresamente el desarrollo fáctico de la imputación del Ministerio Público, consignándose el fundamento en que sostiene su acusación por el "delito de enriquecimiento ilícito", el mismo que es reiterado en la explicación sucinta de los cargos incriminatorios que hace el representante del Ministerio Público en la audiencia de fecha tres de mayo de dos mil seis, cuyas actas corren de fojas seiscientos veintiocho y siguientes. Finalmente, la versión de que el Colegiado sólo ha querido condenar al recurrente por un delito grave a fin de evitar futuros reproches sociales, es un argumento subjetivo que carece de sustento probatorio, toda vez, que la Sala Penal lo absuelve por el delito de Cohecho, no obstante, que a su entender existían varios elementos que acreditaban su responsabilidad, sin embargo, ignoraba "la procedencia exacta de la mayor cantidad de patrimonio que ostentaba" , por lo que, procedió a subsumir dicha conducta en el delito de Enriquecimiento Ilícito, en atención a la Teoría del Concurso Aparente de Leyes, aunque sin sustentarlo legalmente, empero, éste tiene su asidero legal en el artículo cuarenta y ocho del Código Penal, que señala, "cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la pena más grave" (texto vigente en la fecha de los hechos, antes de la expedición de la Ley número veintiocho mil setecientos veintiséis, de fecha nueve de mayo de dos mil seis) ; y si bien, dicha decisión fue tomada luego de un amplio sustento doctrinal en relación a la función que cumple la subsidiaridad, relacionada básicamente a la necesidad político – criminal de cubrir espacios o ámbitos desprovistos de regulación, y por lo mismo susceptibles de impunidad, sin embargo, este Tribunal*

Supremo, no puede ingresar a realizar mayor análisis sobre la absolución por el delito de Cohecho Pasivo Propio al estar impedido de hacerlo debido a que el representante del Ministerio Público no ha formulado recurso de nulidad sobre este tema, y además, por respeto a la prohibición de la reformatio in peius, ya que en el fondo este extremo absolutorio favorece al recurrente, ámbitos que en todo caso, procesalmente se encuentran debidamente regulados por el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, de fecha diecisiete de agosto de dos mil cuatro".

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO
EL DELITO DE PREVARICATO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

"Es una condición sine qua non de la independencia judicial que se la proteja mediante ciertas limitaciones a las demandas contra los jueces por reparación de perjuicios, sobre todo cuando se alegue el error in judicando"...

Es muy importante que el juez tenga cierta autonomía para la interpretación de las normas jurídicas, lo que permite la evolución del derecho. No es conveniente que pudiese ser responsabilizado por sus decisiones, porque eso atentaría contra su independencia".

Cappelletti

I. SOBRE EL BIEN JURÍDICO-PENAL "ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA"

El Capítulo II del Título XVIII del Código Penal peruano, recoge la mayoría de los delitos relacionados con la condición de funcionario público (o de autoridad), ya que el legislador ha considerado que tal circunstancia debe formar parte del tipo por su especial trascendencia, y ha pasado a ser el elemento aglutinador de estos delitos; específicamente en el Capítulo III se dedica a los denominados *"Delitos contra la Administración de Justicia"*, apreciándose un sensible aumento de las conductas que han sido incluidas bajo esta rúbrica.

Los delitos contra la administración de justicia, no se desliga de la Administración Pública, de la cual forma parte. Sin embargo, cuando el legislador ubica el prevaricato bajo el rubro de los delitos contra la ad-

ministración de justicia, circunscribe esta forma delictiva como propia, exclusivamente, de los miembros del poder judicial y de aquellos que colaboran con éste en el curso de un proceso[691]. Como bien apunta González Rus[692], el bien jurídico protegido por este tipo penal, es la propia Administración de Justicia, la cual se ve afectada por la actuación irregular del Juez en el conocimiento de un caso concreto. Se reprime penalmente el irregular alejamiento de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico mediante una indebida actuación jurisdiccional en clara contravención a las leyes.

El bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, esencialmente se protege la función jurisdiccional, así el delito contra la función jurisdiccional derivan de la cautela de una administración de justicia correcta, interés jurídicamente protegido por tratarse de bienes de carácter colectivo. En otras palabras el bien jurídico tutelado es el correcto ejercicio de la función pública conforme a los parámetros constitucionales, y especialmente es el debido respecto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial el que debe someterse la actividad pública en un Estado social y democrático de Derecho[693].

En dicho bien jurídico colectivo-institucional, no sólo está tipificado el delito de prevaricato, sino que se encuentra otros ilícitos penales como por ejemplo el delito de denuncia calumniosa (artículo 402[694] del

---

[691] FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la administración de justicia*, Lima, 2000, Pág. 181.

[692] GOZALEZ RUS, Juan José y otros; *Curso de Derecho Penal español, Parte Especial II*, Madrid, 1997, Pág. 456.

[693] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *"La prevaricación judicial en el Código penal argentino"*, en: Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba, 2001, Pág. 560.

[694] El delito en referencia esta tipificado de la siguiente manera: "El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con....". Para que se configure el delito de

Código Penal); así también el delito de encubrimiento (artículo 404° del Código Penal[695]); de la misma manera se regula el delito de omisión de denuncia[696] (artículo 407° del Código Penal); el delito de estafa pro-

---

denuncia calumniosa, es necesario que el sujeto activo del delito denuncie un hecho, a sabiendas de que no se ha cometido (Exp. 3040-95- Cusco. Diálogo con la Jurisprudencia Gaceta Jurídica. Lima 2003. p. 432). De tal forma que el efectuar una denuncia por la comisión de un delito constituye el ejercicio legitimo de un derecho, no constituyendo delito. Para existencia del delito de denuncia calumniosa se requiere que la persona efectué la denuncia sabiendo que el delito no existe, por lo que al existir, este, pero no haberse demostrado la responsabilidad del denunciado, no se configura el mismo (Exp. N° 62-96- Ancash. Diálogo con la Jurisprudencia Gaceta Jurídica. Lima 2003. p. 432). En ese sentido, cabe concluir que para la configuración del delito de denuncia calumniosa, debe verificarse: a) Que, se haya archivado la supuesta denuncia falsa, en base ha haberse determinado en las investigaciones que motivaron la denuncia que los hechos que se alegan en la denuncia son hechos falsos, así como las declaraciones de los denunciantes son mendaces. B) Que, existan medios probatorios o indicios que acrediten la falsedad o que desvirtúen los hechos alegados por los denunciantes de la supuesta denuncia falsa. C) Que, el agente debe haber tenido conocimiento que los hechos que alegan no tienen relevancia penal y que son hechos falsos, es decir el dolo de sorprender con una denuncia falsa a la autoridad jurisdiccional, o simular pruebas o indicios de la comisión de un delito que puedan servir de motivo para un proceso penal. Así, realiza el tipo objetivo del delito de falsa denuncia el agente que formula una denuncia en la comisaría, proporcionando una manifestación falsa, determinándose posteriormente, luego de las investigaciones policiales, la falsedad de la denuncia presentada por éste. Asimismo, el hecho de no haberse determinado en un proceso penal si hubo o no delito, no configuran los elementos del tipo penal de denuncia falsa.

[695] El art. 404° del Código Penal establece que:"*El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Si el Agente sustrae al autor de los delitos contra la Tranquilidad Pública, contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional o Tráfico Ilícito de Drogas, la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a sesenta y cinco días multa*". El tipo penal objeto de análisis, tiene como presupuesto si ne qua non la comisión de un delito previo, a cuyo autor o partícipes, el sujeto activo pretende esconder. Para tal efecto, este ilícito penal presenta tres modalidades de ejecución: i) sustraer a una persona de la persecución penal; ii) sustraer a una persona de la ejecución de una pena; y iii) sustraer a una persona de cualquier otra medida ordenada por la justicia.

[696] El art. 407° del C.P. describe y sanciona el delito de omisión de denuncia de la siguiente manera: "*El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga*

cesal (artículo 416° del Código Penal)[697]. En concreto el bien jurídico tutelado, mediante la figura del prevaricato, es la legalidad en el ejercicio

acerca de la comisión de un delito, cuando este obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)". El bien jurídico protegido por este delito, es el normal y eficaz funcionamiento de la administración de justicia, que se ve entorpecido cuando una persona que ostenta una obligación específica derivada de profesión o empleo, omite poner en conocimiento de la autoridad correspondiente las notitia criminis o noticia criminal acerca de la comisión de un presunto delito. Con relación a los elementos de la tipicidad objetiva, nos encontramos ante un delito especial, en el sentido que el círculo de autores de este ilícito se encuentra restringido únicamente a aquellos que, por razón de su profesión o empleo, están especialmente obligados a comunicar un hecho presuntamente criminógeno, que conocen como consecuencia de su ejercicio funcional, a la autoridad correspondiente. Con relación a la obligación específica de denuncia derivada de la profesión o empleo que desarrolla el sujeto activo del delito ésta, desde un punto de vista político criminal, debe exceder el deber genérico de denunciar que incumbe a todo ciudadano, (LUZÓN PEÑA, José María. "*Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*", en: La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980, p.527 y ss. Citado por: FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la Administración de Justicia,* Lima, 2000, Pág. .81). Es decir el tipo penal no sanciona la mera infracción del deber de solidaridad en que incurre el particular que conoce un hecho y no lo denuncia, sino sanciona la infracción de un deber específico que el especial ejercicio de una profesión o empleo genera con el Estado y el sistema de administración de justicia, un ejemplo recurrente en doctrina es el referido a los miembros de la Policía Nacional del Perú. Por lo demás estamos ante un delito de naturaleza dolosa, en el sentido que el sujeto activo debe actuar con la conciencia y voluntad por omitir comunicar a la autoridad la comisión de un delito sabiendo que tiene la obligación de hacerlo. El delito se consuma en el momento que opera la omisión de la comunicación o en su defecto opera una comunicación tardía.

[697] Uno de los supuestos del delito de estafa procesal, sancionado por nuestro ordenamiento jurídico penal, se presenta cuando el Juez es inducido, mediante engaños, a realizar un acto de disposición del patrimonio de la otra parte. En este sentido la doctrina ha identificado la *estafa procesal propia* que consistiría justamente en el engaño dirigido al Juez. Como lo señala VALLE MUÑIZ / QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* Navarra, 2002, Pág. 684. refiriéndose al precepto español que criminaliza la estafa procesal, "la hipótesis hace referencia a una estafa en la que una, varias o todas las partes, con engaño y ánimo de lucro, inducen al Juez a error de modo que dicte una resolución "injusta" determinante de un acto de disposición no querido en perjuicio de las otras partes en el proceso o de un tercero".

de la actividad de administrar justicia y, asimismo, la confianza en que ejercicio de la potestad judicial se guía de acuerdo a los principios del Estado de Derecho[698]. La protección es principalmente el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, institución fundamental para la convivencia oficial y desarrollo de las libertades y otros principios democráticos de cualquier país[699].

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho que: "Lo que se ha lesionado es el bien jurídico "Administración pública" como objeto de tutela penal que significa: ejercicio de funciones y servicios públicos; observancia de los deberes que el cargo o empleo impone; continuidad y desenvolvimiento normal del ejercicio; prestigio y dignidad de la función; integridad de sus agentes; todos estos elementos materiales y morales cohesionan este bien jurídico de orden funcional; ubicándose en este rubro a los delitos contra la administración de justicia, porque están dirigidos a resguardar específicamente uno de los aspectos del bien jurídico protegido como es la "labor jurisdiccional" como componente funcional de la confianza que se deposita en sus agentes en su condición de

---

En este supuesto típico nos encontramos ante un delito de resultado. Que sólo requiere que se induzca a error al funcionario con la finalidad de obtener una resolución contraria a ley y no se requiere que el Juez dicte la resolución contraria a ley. Ello es explicable en la medida que lo protegido es la Administración de Justicia. QUERALT; *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Barcelona, 1996, Pág. 383 sostiene que el deber de buena fe procesal no puede ser pasado por alto ni siquiera en aras del derecho de defensa, dada que éste ha de ser ejercido dentro de los límites, por cierto teóricamente muy amplios, del ordenamiento jurídico. De todos modos, la estafa procesal es un delito que sólo puede cometer el que inicia el proceso, no el que se defiende. Él sostiene que la estafa procesal propiamente dicha es una figura que responde a la necesidad imperiosa de depurar las vías de la Administración de Justicia de la mendacidad; en este sentido estamos ante un delito pluriofensivo. Por su parte GLADYS ROMERO sostiene con claridad que la estafa procesal es un caso de desdoblamiento entre la víctima del engaño y el ofendido por la estafa: víctima del engaño es el juez y ofendido por la estafa es la persona a la que afecta la sentencia o resolución judicial dispositiva.

[698] FRISANCHO APARICIO, 2000, Pág. 178.

[699] SERRANO GÓMEZ, Alfonso; *Derecho Penal. Parte Especial* (con la colaboración de Alfonso Serrano Maíllo), Madrid, 2000, Pág. 819.

"garantes de su administración", así por la magnitud del daño causado a la administración de justicia en general, por el desmoronamiento de los valores éticos y principios jurídicos originados por el comportamiento antijurídico del procesado"[700].

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE PREVARICATO

En el lenguaje ordinario "prevaricación", equivale, según definición del Diccionario de la Lengua, a "faltar uno a sabiendas y voluntariamente a la obligación de la autoridad o cargo que desempeña, quebrantando la fe, palabra o juramento"[701]. Prevaricar es el propósito manifiesto de faltar a la obligación o cargo que se desempeña[702]. Debe guiarse la función jurisdiccional por una total sumisión del juzgador al ordenamiento jurídico, y exclusivamente a éste, respon-

[700] Recurso de Nulidad N° 10-V-01, Lima, Sentencia 8 de Julio 2003, en: Revista Peruana de Doctrina y jurisprudencia penales, N° 5, Lima, 2004, Pág. 352 (extraído de: CARO JOHN, José Antonio; *Diccionario de jurisprudencia penal*, Lima, 2007, Pág 175).

[701] CÓRDOBA RODA, Juan; *"El delito de prevaricación judicial"*, en: AA VV, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, 2002, Pág. 1221. BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *"La prevaricación judicial en el Código penal argentino"*, en: Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba, 2001, Pág. 557 En el derecho romano, para señalar estas infracciones, se usaron los verbos "varicare" (andar torcido) y "varicator" (el de la piernas torcidas) que, con el tiempo, fueron ganando extensión hasta convertirse en la voz "prevaricare", expresión que se empleaba cuando la torcedura era muy grande. La jurisprudencia penal colombiana ha dicho "El prevaricato que en la acepción latina del vocablo el que anda con los pies torcidos, en su esencia radica en la discordancia entre el derecho que el funcionario conoce y el que se aplica, por lo que el objeto jurídico tutelado es el ejercicio de la función pública sobre los criterios de legalidad, rectitud e imparcialidad del funcionario respecto de la función encomendada". (Véase: GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso / GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código penal de 2000*, Bogotá, 2004, Pág. 421).

[702] SERRANO GÓMEZ, Alfonso; *Derecho Penal. Parte Especial* (con la colaboración de Alfonso Serrano Maíllo), Madrid, 2000, Pág. 820.

diendo como prevaricador quien, abusando de su cargo, tuerce el derecho[703].

En la mayor parte de las codificaciones, el prevaricato es el delito del abogado en ejercicio de su profesión. Al funcionario que prevarica se le castiga como corrupción. Pero al final fueron los españoles quienes distinguieron entre el abuso del abogado en ejercicio de su representación, y el del funcionario en ejercicio de su función, mediante la traición y ambas expresiones delictivas las llamaron *prevaricación*[704].

El prevaricato consiste en el intento de hacer pasar como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es; se excluye así posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado del derecho. De ello se deduce con toda claridad que el error y la ignorancia de derecho excluyen el prevaricato[705]. Prevaricato en la justicia es un delito comparable al incumplimiento de los deberes de funcionario público. La misión de los jueces es la de aplicar el derecho vigente al caso concreto. El ejercicio de esa función se denomina "jurisdicción". Algo así como decir el derecho.

Una definición del delito de prevaricato lo realizada, por ejemplo, una resolución de la Fiscalía Suprema de Control Interno mediante Resolución N° 775-2008-F-Supr.CI de fecha 30 de mayo de 2008 (Caso N° 1821-2007; Exp.141-2006-ODCI-PIURA, Cuarto al Sexto del Fundamento Jurídico) ha señalado "que el delito de prevaricato es un delito de infracción de deber, por lo tanto, el fundamento de la imputación del delito de prevaricato se encuentra en la infracción de un deber positivo extrapenal, el cual no se deriva de las relación del sujeto con el Estado, sino de la posición jurídica que ostenta el juez respecto de la Administración de Justicia, es decir, de la responsabilidad institucional que posee el magistrado.

---

[703] FERRER BARQUERO, Ramón; *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2002, Pág. 40.

[704] FERREIRA, Francisco; *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe de Bogotá, 1995, Pág. 132.

[705] SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, tomo V, Buenos Aires, 1963, Pág. 207.

En lo referente, al aspecto subjetivo, se tiene que el delito de prevaricato es doloso, esto es, el Juez o el Fiscal expiden una resolución o dictamen con conciencia y voluntad de que están yendo contra el texto claro y expreso de la ley, o citando hechos falsos o pruebas inexistentes, o apoyándose en leyes supuestos o derogadas; asimismo, para la configuración típica del prevaricato, acorde con los principios de un estado de derecho, se tiene que tomar en cuenta que el magistrado es un intérprete de la ley y no un operador mecánico de la misma, por lo que el criterio de conciencia que tenga sobre el sentido de una norma legal expresado en la motivación que realice con relación a sus resoluciones, *per se*, no es un delictivo".

Cuando un magistrado se aparta voluntariamente de la aplicación del derecho al caso concreto comete un delito del derecho penal que se denomina prevaricato. Específicamente la incriminación de los actos que definen el prevaricato de los magistrados, responde a la necesidad de tutelar la recta administración justicia. Esta es lesionada por el delito de prevaricato, y aunque ocasione, generalmente, un daño a intereses particulares, el que experimenta la administración es el que prevalece para establecer la objetividad jurídica del hecho[706]. El sujeto pasivo del delito de prevaricato es el Estado, como titular del bien jurídico vulnerado, sin embargo, nada obsta para calificar como víctima o perjudicado a la persona afectada con la resolución o dictamen prevaricador.

En todo caso es evidente que la prevaricación comienza con el abandono del principio de legalidad que, ya como fuente única (Derecho penal) ya como primera fuente (Derecho no penal), indica, cuando menos, lo que en ningún caso puede hacerse, sin perjuicio de que sea varias las posibilidades diferentes de hacer, como se corresponde con la multiplicidad de interpretaciones posibles[707]. Encuadra el delito de prevaricación aquella resolución o dictamen que está guiada por un cri-

[706] GÓMEZ, Eusebio; *Tratado de Derecho Penal, tomo V*, Buenos Aires, 1941, Pág. 577.

[707] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; en: Quintero Olivares (Dir), Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Navarra, 1999, Pág. 1319.

terio abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable.

Por lo tanto, ninguna decisión judicial que sea conforme a alguna de las interpretaciones del derecho positivo podrá integrar el delito de prevaricación. Por ello el actuar prevaricante de los jueces y los fiscales debe ser descrito como un delito exclusivamente doloso. No hay prevaricato culposo; es siempre un delito de intención. El legislador ha respetado de esta manera, la definición del prevaricato hecha por la Real Academia Española como la acción de: "*Faltar uno a sabiendas y voluntariamente a la obligación de la autoridad o cargo que desempeña, quebrantando la fe, palabra, religión o juramento*".

Actualmente, por hallarse entre los delitos contra la Administración de justicia, la figura de prevaricato sólo puede entenderse como un ilícito penal propio de los jueces y fiscales. De esta manera se guarda armonía con la concepción del estado democrático de derecho, proclamada por la constitución de 1979 y la de 1993, en la que es esencial la separación de poderes. El D. Leg. 121° (1981), modificó el texto primigenio del Código Penal de 1924, introduciendo una "*lata figura de prevaricación*" que comprendía a los fiscales y a los funcionarios o servidores públicos facultados para dictar resoluciones en asuntos administrativos. La regulación penal vigente -CP de 1991- si bien ha mantenido a los fiscales, como posibles sujetos activos en el delito de prevaricato, no hace lo mismo con los funcionarios o servidores públicos, ya que el actuar torticero de éstos está tipificado bajo otro rubro. La decisión del legislador ha sido comprender la actividad prevaricante de los funcionarios o servidores públicos en el tipo destinado a describir el abuso de autoridad (*Art. 376° - Delitos contra la Administración Pública).*

La doctrina y la legislación penal extranjera ofrecen un panorama distinto en el tratamiento del prevaricato. Así, se distinguen varias clases de prevaricación: **(i)** El prevaricato cometido por los Jueces. **(ii)** El prevaricato cometido por los funcionarios públicos en general. **(iii)** El prevaricato de los Abogados y mandatarios judiciales. Lejos de asumir

una fórmula restrictiva para describir el delito de prevaricato, nuestro legislador ha establecido una tipificación amplia en esta figura.

Por otro lado, dos son las formas de cometer el delito que prevé el artículo 269 del Código penal argentino, responde a las dos clases de prevaricación judicial que tradicionalmente se ha venido reconocimiento en el ámbito doctrinario: el prevaricato de derecho y el prevaricato de hecho[708]. En el primer caso se trata del Juez o el Fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o se apoya en leyes supuestas o derogadas. En cuanto al prevaricato de hecho, debe entenderse que el juez o el fiscal, invoca hechos falsos cuando ellos no existen o más exactamente, cuando no aparecen constando en los autos que resuelve[709]. Así resulta falso invocar la existencia de facultades a favor de una determinada persona, cuando de conformidad a la normatividad vigente no las tiene.

Dos son las circunstancias en las que puede darse el prevaricato: una mediante el dictado de resoluciones contrarias a la ley invocada (prevaricato de derecho), otra fundado la resolución en hechos o resoluciones falsas (prevaricato de hecho)[710]. Como lo señala Bacigalupo "(...) el Derecho aplicado puede ser violentado de dos maneras diferentes: o bien se tergiversa el sentido de la ley que se debe aplicar mediante una interpretación improcedente, o bien se tergiversan los hechos que se debe juzgar para aplicarles una ley que realmente no les sería aplicable. En este mismo sentido López Barja de Quiroga sostiene que "el hecho de que la injusticia de la resolución equivalga a contrariedad a Derecho no significa que han de ser examinados sólo los fundamentos jurídicos de la resolución pues la fijación de los hechos y el camino que

[708] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *"La prevaricación judicial en el Código penal argentino"*, en: Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba, 2001, Pág. 563.

[709] En este sentido FONTAN BALESTRA, Carlos; *Derecho Penal – Parte Especial,* Buenos Aires, Pág. 901.

[710] DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte Especial,* Buenos Aires-Santa Fe, Pág. 416.

lleva a ellos reviste carácter primordial a la hora de afirmar la existencia de una resolución injusta"[711].

El prevaricato, evidentemente, constituye una falsedad, por consiguiente el elemento subjetivo requiere relevancia fundamental para el tipo, toda vez que el juez debe tener pleno conocimiento que resuelve contra lo que dispone la ley que invoca como fundamento del fallo, o que los medios o las resoluciones fundamentales no existieron con el significado o no existieron con el significado que se les otorga. También forman base objetiva del prevaricato las citas hechos o resoluciones falsas. Esta clase de cita solamente tienen importancia en la medida que son hechas *para fundar resoluciones*, esto es, que deben guardar conexión con el elemento decisorio de la resolución en sí.

El haber el Estado monopolizado para si la potestad de imponer penas es decir la capacidad punitiva (*ius puniendi*) y la potestad de administrar justicia (*función Jurisdiccional*), la cual realizan por intermedio de personas llamadas jueces, estos no deben ejercitar de cualquier forma ni arbitrariamente sino que deben su actuación a lo establecido por las leyes y lo establecido por la Constitución, del mismo modo, deben respetar las resoluciones y los mandatos de instancias superiores. En otras palabras, el Estado de Derecho exige a los jueces sometimiento a la Ley y a la Constitución[712].

---

[711] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *Derecho Penal. Parte Especial, III*, Madrid, 1988, Pág. 206.

[712] BACIGALUPO, Enrique; *"La responsabilidad penal de jueces y fiscales en el Estado Democrático de Derecho"*, en: Justicia Penal y Derechos Fundamentales, Madrid, 2002, Pág. 47. Sostiene que "Jueces y fiscales tienen una importante función en un Estado de Derecho, dado que la existencia de un poder o de una autoridad judicial independiente es precisamente uno de los elementos básicos de la noción de Estado de Derecho. Una justicia independiente es, por lo tanto, una condición de legitimidad del Estado. A su vez, un elemento fundamental de la independencia judicial es la vinculación del juez exclusivamente a la ley y a la ausencia de responsabilidad por las decisiones que adopte. De esta manera, se garantiza, por un lado, una vigencia real del derecho ya, mismo tiempo, la protección jurídica de los ciudadanos".

Esta exigencia de vinculación a la ley y a la Constitución adquiere especial importancia en el ámbito punitivo no sólo porque la magistratura tiene el papel de garante de los derechos fundamentales y en forma general de la vigencia del ordenamiento jurídico sino porque en éste prima el principio de legalidad, reconocido constitucionalmente, como límite (y fundamento) de la coerción penal que es además, el mecanismo de coerción más violento que tiene el Estado.

Es por eso que, así como el sistema jurídico reconoce al magistrado independencia como elemento básico del Estado de Derecho, exige también responsabilidad. Como lo señala Ramos Tapia "En un sistema constitucional donde la independencia jurídica del juez está plenamente garantizada, la exigencia de responsabilidad penal a través del delito de prevaricación judicial se configura como el único cauce jurídico compatible con dicha independencia que permite exigir responsabilidad al Juez cuando en la administración de justicia no resuelve con sometimiento exclusivo al ordenamiento jurídico"[713].

En ese mismo sentido se ubica lo sostenido por Bacigalupo al afirmar que "la penalización de los abusos de la función judicial en la aplicación del Derecho y en la dirección del proceso, con perjuicio de las partes o con beneficios injustificados de ellas, es percibida por algunos especialistas como importante correlato o contrapeso que garantiza la libertad de responsabilidad y, de esta manera, la independencia"[714].

Por esta razón se ha dicho que la cuestión de la responsabilidad penal de los jueces comienza allí donde la aplicación incorrecta de la ley no puede ser imputada a la factibilidad humana, sino al abuso de poderes del Juez, es decir, allí donde se trata de un hecho imputable al juez y no al sistema, es allí donde empieza a configurarse el delito de prevaricato.

---

[713] RAMOS TAPIA, María Inmaculada; *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Pág. 29.

[714] BACIGALUPO; *"La responsabilidad penal de jueces y fiscales en el Estado Democrático de Derecho"*, cit, Pág. 49..

La tipificación del delito de prevaricato sirve para resguardar el correcto funcionamiento de los órganos administradores de justicia, haciendo más previsible en la resolución de conflictos sociales. Evidentemente, que en algunas ramas del Derecho la discrecionalidad es mucho más amplia que en otros; así en el ámbito del derecho privado es mucho más amplia que en el Derecho penal material, donde el principio de legalidad debe primar en todo sentido. El sistema de fuentes que se maneja en el derecho privado –costumbres, principios generales del derecho, etc- permite al magistrado "llenar" determinados vacíos de acuerdo a su criterio de sana crítica y no por ello estaría incurriendo en un delito de prevaricato.

Al respecto cabe las siguientes interrogantes: ¿Cuáles serían las razones por las cuales no existe jurisprudencia en nuestro país sobre el delito de prevaricato?, ¿O caso nuestros magistrados son todos probos e imparciales en la tramitación de sus expedientes? A nuestro entender existen razones de corte político que condiciona la aplicación de los delitos de prevaricato, es decir, en la jurisprudencia peruana casi no existen condenas por el delito de prevaricato –y en cualquiera de sus modalidades- y no es precisamente porque tengamos los mejores Jueces o Fiscales del mundo, o que nuestros abogados tengan una conducta intachable durante la tramitación de un proceso judicial.

La razón proviene de dos fuentes. Ambas corporativas. Es decir, ambas antidemocráticas. La corporación judicial difícilmente condene a un par y la corporación política hizo fracasar los sistemas de contralor de las inconductas judiciales porque la otra corporación siempre le fue funcional. Entre ambas se intercambian en múltiples favores, de tal manera que siempre en el delito de prevaricato reinará la impunidad.

Una cuestión que también debe resaltarse es que la Constitución Política (art. 149°) prescribe lo siguiente: "*Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer* ***las funciones jurisdiccionales dentro de un ámbito territorial*** *de conformidad con el* ***derecho consuetudinario****, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona,. La ley establece las*

formas de coordinación de dicha jurisdiccional especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial". A nuestro juicio, las Autoridades Campesinas y Nativas del Perú si bien la Constitución Política les reconoce expresamente una función jurisdiccional en la resolución de conflictos, ésta función no puede ser equiparada a aquella función que precisa el delito de prevaricato, ya que dicho tipo penal tipifica aquellos sujetos activos que estén investidos de la calidad de "Juez" o "Fiscales" y también uno de los supuestos es que aplican una "ley" manifiestamente contrarios a su texto. Y el término "Ley" hasta donde se sabe por la Teoría General del Derecho no forma parte –ni como fuente ni como principio- del denominado Derecho consuetudinario. En todo caso, las incorrecciones e injusticias que puedan presentarse en el marco de resolución conflictos dentro de las Campesinas y Nativas del Perú, deben resolverse del sistema de sanciones que emanen del derecho consuetudinario.

Según la estructura sistemática del delito de prevaricato en el Código Penal peruano –y esto como consecuencia de la doctrina penal– la prevaricación no solo la comete el Juez o Fiscal cuando aplica de manera incorrecta las reglas y principios del ordenamiento jurídico (comprendiendo el llamado "prevaricato de derecho" y "prevaricato hecho"); sino que también el Juez o el Fiscal lo pueden cometer de distintas maneras: una de ellas es a través de actos que dañan la lealtad y la moralidad profesional en al ámbito de la administración de justicia (por ejemplo cuando se sanciona al Juez o Fiscal que asume competencia que antes ha patrocinado en calidad de abogado litigante).

Además, debe comprender también a quienes colaboran e intervienen de manera directa en la administración de justicia, como son los abogados o los mandatarios judiciales (por ejemplo se sanciona que el abogado asuma un caso cuando antes estaba patrocinando a la parte contraria). Habrá que advertir que se ha dejado un "vacío legislativo" relevante el hecho que el Código penal peruano no haya sancionado expresamente el prevaricato cometido por los auxiliares de justicia (secretario judicial, relator, etc.) o asistente del representante del Ministerio Público como se prevé en otras legislaciones penales comparadas, quie-

nes de alguna manera coadyuvan a la realización de la administración justicia.

Habrá que establecer que la mayoría de delitos que se sancionan en el delito de prevaricato tiene como penalidad privaciones de libertad no mayor de dos años (por ejemplo: delito de prohibición de conocer un proceso que patrocinó y el delito de patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial); o en algunos delitos las penas privativas de libertad no superan los cinco años (por ejemplo: delito de prevaricato del Juez o el Fiscal y el delito de detención ilegal o arbitraria). Con esto se demuestra que el legislador penal peruano de 1991 no ha querido ser –en cuanto a las penas- muy draconiana, pues entiende que existen otros mecanismos extrapenales de control y sanción de las conductas prevaricadoras, que están –o deben ser estar– ubicadas antes que las sanciones penales.

III. EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL JUEZ O FISCAL (ARTÍCULO 418 DEL CÓDIGO PENAL)

1. Descripción legal y antecedente

Actualmente el delito de prevaricato se encuentra regulado en el artículo 418 del Código Penal[715], en los siguientes términos: *"El Juez o el*

[715] En cuanto a legislación penal comparada debe citarse:
El artículo 446 del Código Penal español: *"El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia injusta será castigado: 1°. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por el delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años".*
El CP argentino, art. 269 *"Sufrirá multa de tres mil a setenta y cinco mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas. Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.*

fiscal que dicta resolución o emita 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años". Sin embargo, el delito de prevaricato se encontraba regulado en su texto original en el art. 418 bajo los términos siguientes: "*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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años*".

El derogado Código Penal de 1924, la prevaricación del Juez estaba regulada en el art. 354 (versión original), en los siguientes términos: "*El juez que dictara resoluciones manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley o que citara resoluciones o hechos falsos i que se apoyare en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación absoluta perpetua*". Después el derogado Código Penal del 1924, modificado por el D. Leg. N° 121 de fecha 21.Jun.81, Art. 354 "*El juez que dictare resoluciones o el fiscal que omitiere dictámenes manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley o citare resoluciones o hecho falsos o que se apoyare en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación absoluta perpetúa. La misma pena será aplicada al funcionario o servidor público que incurriere en las mismas acciones en asunto administrativo*".

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los arbitradores amigables componedores".
Código penal de Costa Rica (artículo 350) "*Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos. Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión. Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores*". (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 348 al 350)

2. LA TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. El sujeto activo

Una de las primeras características del delito en mención es que se trata de un delito especial propio, en el sentido que requiere una especial cualificación en el sujeto activo (la de ser juez o fiscal). Se trata de cualquier persona que integre en forma permanente (titular) o coyuntural (suplente) el Poder Judicial[716] o el Ministerio Público[717]. En la actualidad los

[716] "El Poder Judicial es la institución del Estado a quien le está confiada la vida, el honor y el patrimonio de las personas, que tiene la potestad de administrar justicia a través de sus órganos jurisdiccionales, cuyo rol es contribuir a la Paz Social en Justicia, gozando para el efecto de independencia en lo jurisdiccionales, cuyo rol es contribuir a la Paz Social en Justicia, gozando para el efecto de independencia en lo jurisdiccional y autonomía en lo funcional; por lo que se exige a sus integrantes condiciones excepcionales y se les rodea de las garantías que aseguren independencia y rectitud en sus decisiones. Así como, también sus actos de conducta irregular contraria a los fines de la Justicia, son castigados con severas sanciones". (Véase, Introducción, del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura. REGLAMENTO DE ORGANIZACION Y FUNCIONES DE LA OFICINA DE CONTROL DE LA MAGISTRATURA ANEXO - RES. ADM. N° 263-96-SE-TP- CME-PJ (La Resolución que aprueba el presente reglamento fue publicada el día 17 de julio de 1996).
Según nuestra Constitución Política del Perú (art. 143°) *"El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica"*. De la misma forma el artículo 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial:
1.- La Corte Suprema de Justicia de la República;
2.- Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales;
3.- Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las Provincias respectivas;
4.- Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede; y,
5.- Los Juzgados de Paz

[717] El artículo 36 de la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone que son órganos del Ministerio Público:
1. El Fiscal de la Nación
2. Los Fiscales Supremos.
3. Los Fiscales Superiores.
4. Los Fiscales Provinciales.
También lo son:
- Los Fiscales Adjuntos.
- Las Juntas de Fiscales

Magistrados son generalmente los funcionarios que integran los tribunales superiores de justicia, como la Corte Suprema de un país. En ocasiones se denomina magistrado a todo aquel juez que forma parte de un órgano colegiado o Tribunal, haciendo mención a un rango superior dentro de la jerarquía. Sin embargo, tanto el funcionario judicial como fiscal deben ser incluidos dentro de la frase Magistrado (del latín *magistratus*) que es un término utilizado para referirse a ciertos funcionarios públicos[718]. Al respecto, la jurisprudencia peruana ha dicho al respecto que: "No existe delito de prevaricato y denegación y retardo de justicia, si la denunciada no es miembro del Poder Judicial, del Ministerio Público o de la defensa sino que desempeña una función administrativa dependiente del Poder Ejecutivo"[719]. El carácter específico del prevaricato no deriva de la calidad personal del sujeto, sino de la naturaleza de los asuntos sometidos a los jueces y de la importancia social de la función de administrar justicia[720].

Cuando el prevaricato lo comete un solo Juez o Fiscal no hay ningún problema, pues ahí habrá una autoría individual, sin embargo, la referencia a un Juez o Fiscal como menciona la norma no excluye la aplicación de estos delitos cuando han sido cometidos en el seno de un Tribunal, siempre que pueda imputarse a cada uno de sus miembros a título personal en calidad de autor o coautor el acto constitutivo de los mismos[721]. Cuando un órgano colegiado delinque la problemática es

[718] Dicho término procede de los tiempos de la antigua Roma y ha evolucionado en los países de habla hispana para referirse a cargos administrativos o, especialmente, judiciales. En la antigua Roma, los magistrados eran ciudadanos elegidos para encargarse de la dirección y administración de la ciudad. Practicaban las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales de manera unida o por separado. Los Magistrados eran esencialmente los cónsules, procónsules, pretores, ediles, tribunos y los censores. En la época del principado y, más tarde, del dominado, los magistrados fueron perdiendo poder efectivo, que pasó al emperador, y ocupaban cargos más administrativos, incluyendo la administración de justicia en los tribunales.

[719] Véase: Expediente N° 2442-82-Lima, Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia, Año Judicial, 1985, Tomo LXXIII, 1990, Pág. 271.

[720] SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, tomo V, Buenos Aires, 1963, Pág. 204.

[721] MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2001, Pág. 876.

especial, pues se trata de voluntades diversas, dirigidas por un ponente, y existe la posibilidad de disensión que otorga la institución del voto particular. En una sentencia serán responsables los jueces que la firman y quedarán exonerado el que haya salvado su responsabilidad a través de un voto particular[722].

Una de las cuestiones que debe resaltarse en cuanto al sujeto activo del delito en comento es que en el derecho peruano no sólo se castiga al Juez prevaricador, sino también –de manera alternativa– al Fiscal prevaricador. El derogado Código Penal de 1924, con relación al delito de prevaricación sólo contemplaba como autor al Juez. Así, el art. 354 (versión original) decía lo siguiente: *"El **juez** que dictara resoluciones.* Ahora bien, si uno revisa la legislación penal comparada casi la mayoría castiga el prevaricato en el *marco exclusivo de la función jurisdiccional,* soslayando otras actividades donde también constituye decisiones en un caso concreto como son la función fiscal, arbitral, etc. A mi juicio, me parece correcto y conveniente la inclusión de los miembros de Fiscalía –se entiende que son en todos sus niveles y jerarquía– como posibles autores del delito del prevaricato (artículo 418 Código Penal).

Por otro lado, sería conveniente analizarse si los miembros, por ejemplo, del Tribunal Constitucional pueden también ser pasibles del delito de prevaricato, por la enorme influencia que están teniendo actualmente en el marco de resolución "final" de los conflictos jurídicos que tienen a su cargo. Una cuestión a tener en cuenta es que dichos miembros del Tribunal Constitucional tienen la misma jerarquía que los miembros de la Corte Suprema de la República, aquellos son igualmente magistrados, que aplican e interpretan no cualquier ley de la materia, sino fundamentalmente la ley de leyes de un país (Constitución Política), entonces: ¿Por qué no pueden ser pasibles los miembros del Tribunal Constitucional del delito de prevaricato en el Código penal peruano, si lo que castiga aquél delito es precisamente una mala aplicación del de-

[722] ORTS BERENGUER, Enrique, en: AAVV, *Derecho Penal. Parte Especial,* Valencia, 1999, Pág. 782.

recho? Su tratamiento jurídico-penal en función a la autoría individual correría la misma suerte que la de los miembros de un Tribunal colegiado, es decir, con su voto en una resolución asumen su responsabilidad o irresponsabilidad.

Habrá que establecer dos cuestiones finales en este punto: en primer lugar, el Código Penal de Costa Rica amplía el ámbito de posibles autores del delito de prevaricato. Así, el artículo 350° de dicho Código establece lo siguiente: "*Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo será aplicable en su caso, a los **árbitros y arbitradores***" (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 348 al 350); y en segundo lugar, los demás intervenientes que han colaborado en la redacción de la sentencia o en el dictamen prevaricador no serán autores, porque no reúnen la cualidad exigida típicamente (el secretario judicial, abogado relator, o el asistente fiscal son funcionario públicos, pero no son jueces ni fiscales), ni poseen competencia funcional propia para dictar una resolución o dictamen[723]. Ellos responderán a título de partícipes necesarios.

2.2. Las "resoluciones judiciales" y los "dictámenes fiscales" como formas de expresión del delito de prevaricato

Las resoluciones judiciales[724] que pueden comprender, en principio, una decisión prevaricadora generalmente han estado basadas

[723] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; "*La prevaricación judicial en el Código penal argentino*", en: Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba, 2001, Pág. 569.

[724] Por resolución habrá que remitirnos al artículo 120 del CPC que lo regula en los siguientes términos: "*Los actos procesales a través de los cuales se impulsa o decide el interior del proceso o se pone fin a éste pueden ser decretos, autos y sentencias*". Asimismo, el artículo 121° Código Procesal Civil "*Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.*
Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvención, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios de impugnación, la admisión, imprudencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieren motivación para su pronunciamiento.

en las sentencias[725] porque resuelven la causa en forma en definitiva; empero, eso no debe significar que los autos también forme parte del artículo 418° CP pues dicho tipo penal menciona la expresión "resoluciones judiciales" en forma amplia y los autos decide cuestiones de incidencias durante el desarrollo del proceso. Así la jurisprudencia penal da cuenta sobre este aspecto: "Al haber el juez penal expedido en forma indebida resolución favorable para el otorgamiento del beneficio de libertad provisional sin antes pronunciarse respecto a la denuncia ampliatoria efectuada por el fiscal provincial y la medida de coerción personal que correspondía, transgrediéndose así lo preceptuado en los artículos 77° del Código de Procedimientos Penales y los artículos 182° y 183° del Código Procesal Penal (1991), se ha incurrido en el delito de prevaricato"[726].

La pregunta sería: ¿si los simples decretos o providencias que provean peticiones de partes o impartan órdenes sobre actividades jurisdiccionales constituye delito de prevaricato? No constituirá la materia del

---

Mediante sentencia el Juez pone fon a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la valides de la relación procesal".

[725] Como es sabido, todas las sentencias generalmente se componen de tres secciones, que son las siguientes:
- **Parte expositiva:** en el que se señala la fecha y ciudad en que se dicta, las partes intervinientes, sin que se puedan omitir sus nombres sin afectar a la debida integridad y publicidad de las sentencias. Se hacen constar también las peticiones o acciones y las excepciones o defensas presentadas por las partes, junto a los presupuestos o antecedentes de hecho en que se fundan.
- **Parte considerativa:** en la que se expresan los fundamentos de hecho y de derecho, que contienen los argumentos de las partes y los que utiliza el Tribunal para resolver el objeto del proceso, en relación con las normas que se consideran aplicables al caso.
- **Parte resolutiva:** en la que se contiene la decisión o fallo de condena o absolución del demandado o acusado. Suele incorporarse el nombre del Juez que la ha redactado y la firma de todos los que han concurrido a su acuerdo.

[726] Exp. N° 3412-97-Lima, Ej. Supr., 12 de mayo de 1998, SP en: ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal,* tomo I, Lima, 1999, Pág. 760 y 761.

prevaricato una providencia de mero trámite o de carácter formal, por ejemplo una vista "agréguese y hágase saber", "notifíquese por cédula", cuando debía ser por nota[727].

El sujeto activo del delito en estudio, como hemos visto, puede ser un juez o fiscal. En efecto, el delito de prevaricato puede ser cometido, también, por los miembros del Ministerio Público. Ello en razón a que los Fiscales deben actuar con sometimiento a la legalidad, lo que les exige imparcialidad en virtud del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley[728]. En este sentido, para el caso específico de los fiscales, el delito de prevaricato se configura cuando se emite un dictamen o resolución fiscal, que contraviene el Derecho o cuando, en éste, se alegan hechos falsos, pues, en lugar de colaborar con la correcta administración de justicia, altera su curso desviándola en un sentido ajeno a lo prescrito clara y expresamente en la ley.

Efectivamente, una de las principales funciones que tiene el Ministerio Público dentro del ámbito de la administración de justicia es la de *dictaminar*. Según la Constitución Política del Perú (articulo 159°, inciso 6) corresponde al Ministerio Publico *"Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla"*. Si quien emite el dictamen lo hace con el carácter de fiscal, a sabiendas de que ha consignado preceptos o elementos que pueden alterar la verdad por él conocida, incurre en prevaricato, así sus afirmaciones mendaces no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio[729].

La jurisprudencia penal ha establecido que "La acción típica en el prevaricato cometido por el Fiscal, según el texto de la norma legal glosado, consiste en emitir dictamen contrario al texto expreso y claro de la ley, citando pruebas inexistentes o hechos falsos o apoyándose

[727] BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar R.; *Código Penal y leyes complementarias*, 2, Buenos Aires, 2003, Pág. 703.

[728] FRISANCHO APARICIO, 2000, Pág. 182.

[729] FRISANCHO APARICIO, 2000, Pág. 190.

en leyes supuestas o derogadas"[730]. En esta misma línea, en otro caso, la jurisprudencia ha señalo "Que el acusado ha emitido dictámen en clara contravención a las normas adjetivas y sustantivas sobre la materia, así como se le atribuye no haber reparado que se haya admitido a trámite demandas sin acompañar las partidas de nacimiento de los adoptados"[731]

La emisión de los dictámenes fiscales en un proceso judicial deben guardar cierta coherencia y razonabilidad entre todas las instancias que comprende el Ministerio Público, la contravención, por parte de éste último ente, a la unidad de criterios que le impone el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, pues ella implica a decir San Martín Castro "...la necesidad de unificar criterios de interpretación de la ley... "[732], que su inobservancia reviste una infracción al principio de unidad, el cual a decir de Sánchez Velarde "...busca la unificación de criterios y modos de actuación y proceder en la función Fiscal"[733].

El Ministerio Público, al contrario de lo que se cree, tiene el mayor protagonismo en las llamadas "investigaciones preliminares", por ello, la participación del Representante del Ministerio Público en la investigación pre-procesal es para cautelar la legalidad del procedimiento y el respeto del derecho del investigado, de ahí que Sánchez Velarde afirme que: "el fiscal en la etapa prejurisdiccional debe velar por la defensa de la legalidad del procedimiento y el respeto de los derechos del imputado y del perjudicado del delito, así como garantizar la veracidad de las

[730] Exp. N° 052-01-Lima, Sentencia de fecha 10 de Noviembre 2004, Res. Supr., SPE "A", en: BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto / NOLASCO VALENZUELA, José Antonio; *Jurisprudencia penal generada en el subsistema Anticorrupción. Corrupción gubernamental*, tomo I, Lima, 2006, Pág. 502.

[731] Exp. N° 65-94-B-Cusco, Ej. Supr., 27 de diciembre 1994, SP en: GOMÉZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Lima, 1996, tomo II, Pág. 356.

[732] SAN MARTIN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal I*, Lima, 2003, Pág. 240.

[733] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004, Pág. 137.

actuaciones que en ésta etapa se realizan"[734], por esta razón la emisión de sus dictámenes –y por ende objeto de prevaricación- son de igual de importancia en la finalización de la etapa preliminar (formalización de denuncia) que en las instancias finales de un proceso penal (acusación sustancial). Debemos tener presente que el poder de los fiscales se está viendo últimamente incrementado a raíz de la entrada en vigencia en algunas partes del país del Nuevo Código Procesal Penal, disminuyendo, por consiguiente, las facultades del juzgador.

A mayor abundamiento, se tiene que el num. 1 del art. 159 de la Carta Magna establece que corresponde al Ministerio Público promover la acción judicial **en defensa de la legalidad**. Gimeno Sendra califica ésta como la primera y más importante de las funciones del Ministerio Público. En su actuación, se debe regir bajo el Principio de Legalidad, y ejercita la defensa de este principio mediante el cumplimiento de su obligación que le asiste de ejercitar la acción penal[735].

Así por ejemplo, conforme a lo dispuesto por los arts. 12 y 94 de la LOMP, el Fiscal, al calificar la denuncia o después de haber realizado una comprobación preliminar, podrá dictar una resolución fundamentada, formalizando la denuncia penal. Si bien, entre sus facultades está la de declarar el archivo provisional o definitivo de la denuncia o no formalizando la denuncia penal, esta resolución debe fundamentarse en los hechos sometidos a la investigación preliminar. Es decir, en resguardo del principio de legalidad, el Fiscal sólo puede amparar su resolución en los hechos que realmente se han constatado, de forma tal que si emite pronunciamiento incumpliendo con lo, expresamente, establecido por la norma, cometerá delito de prevaricato[736].

---

[734] SANCHEZ VELARDE, 2004, Pág. 441.

[735] Véase MORENO CATENA, *El nuevo proceso penal: Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Valencia, p. 68.

[736] Así, para denunciar formalmente, por ejemplo, un delito ecológico el art. 149 de la Ley General del Ambiente –Ley Nº 28611- dispone de manera expresa que: "***Del informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental.*** *149.1 La formalización de la denuncia por los delitos tipificados en*

Parece que el dictado de una resolución judicial o dictamen fiscal es una acción típica de naturaleza activa, que difícilmente admitirá la comisión por omisión. El dictado de una "resolución" o "dictamen" como expresión de la conducta típica, presupone la existencia de un proceso jurisdiccional en curso, de cualquier naturaleza o carácter (civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, voluntario o contradictoria, etc.). Ello equivale a que debe tratarse, en primer lugar, a una resolución de naturaleza jurisdiccional dictada en función jurisdiccional, vale decir, en proceso judicial en el que el pronunciamiento emitido tenga carácter "decisorio" o "dispositivo" acerca de la resolución procesal entablada en el juicio y sobre la que recaerá una modificación en la situación jurídica sometida a conocimiento del autor[737]. Por otro lado, si se trata de un dictamen, el tipo penal del artículo 418 no exige que el dictamen sea producido en una instancia judicial importante, basta que sea un dictamen emitido por un representante del Ministerio Público.

2.3. La incorporación del término *"manifiestamente"* es un límite cualificado a la tipicidad objetiva

Como antecedente legislativo podemos mencionar que mediante la Ley N° 28492, se modificó uno de los supuestos del delito de prevaricato (artículo 418 Código Penal). En consecuencia, conforme a la precisión que incorpora la modificación establecida por la Ley N° 28492, "aquella resolución judicial o dictamen fiscal que se encuentre en los límites de la interpretación, está fuera de la figura del prevaricato tipificada en la

---

el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, ***requerirá de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental.*** *(...)" 149.2* ***El Fiscal deberá merituar los informes de las autoridades sectoriales competentes o del Consejo Nacional del Ambiente según fuera el caso.*** *Dichos informes deberán igualmente ser merituados por el Juez o el Tribunal al momento de expedir resolución".* Si formaliza denuncia el Fiscal omitiendo dicha norma comete delito de prevaricato, específicamente al emitir un dictamen o resolución **contraria al texto expreso y claro de la ley.**

[737] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *"La prevaricación judicial en el Código penal argentino"*, en: Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba, 2001, Pág. 561.

primera modalidad del artículo 418 del Código Penal". La modificación introducida se refiere a la primera modalidad. Así, precisa que será reprimido el Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen *"manifiestamente"* contrarios al texto expreso y claro de la ley.

Dicho cambio tuvo como punto de partida el Proyecto de Ley Nº 11571/2004-CR de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), que propuso la eliminación de la primera modalidad del artículo 418, a fin de descriminalizar la expedición de dictamen o sentencia contraria a ley. El proyecto de la CERIAJUS fue materia de evaluación por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, en cuyo análisis consideró que si bien es cierto que toda norma jurídica no siempre resulta clara, la existencia de problemas interpretativos no justifica la descriminalización de la conducta de los magistrados al emitir sentencias y dictámenes contrarios a la ley. Finalmente, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso acordó suprimir del texto vigente la exigencia *"a sabiendas"*, pues queda claro el contenido doloso del tipo penal de prevaricato.

Una cuestión que resulta relevante es que el tipo penal de prevaricato (art. 418 Código penal) no sanciona cualquier conducta que vaya en contra de los estándares de aplicación correcta del derecho, sino sólo aquella conducta que sea expresada de manera *"manifiesta"*. Según la Real Academia de la Lengua Española *"manifiesto"* es lo que está descubierto, es patente o claro. Como ha dicho la jurisprudencia colombiana, "lo manifiesto es aquello que no requiere de muchos análisis ni de razonamientos profundos para su entendimiento, esto es, que la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notorio, grosera o de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse"[738].

[738] Véase: GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso / GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código penal de 2000*, Bogotá, 2004, Pág. 434.

Manifiestamente contrario a la ley, es lo que viola su tenor literal o su contenido espiritual, es decir, aquello que no puede desconocer un funcionario al ejercer sus funciones. En ese sentido, el legislador nacional ha puesto expresamente un límite a la tipicidad del prevaricato, es decir no cualquier acto de aplicación de ley, no cualquier cita de pruebas o hechos falsos, no cualquier cita de una ley derogada o supuesta será prevaricato. Aun en la hipótesis de que el acto objetivamente considerado sea manifiestamente contrario a la ley, puede plantearse un error sobre el tipo. Se trataría de una causal de atipicidad –antes de inculpabilidad- edificada sobre una equivocación respecto de la interpretación de un elemento normativo del tipo[739].

A este respecto, en el Código penal español se prescribe en relación al delito de prevaricato (artículo 446) *"El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia **injusta**..."*. Una resolución puede ser catalogada de injusta cuando su ilegalidad está fuera de toda duda, esto es, cuando no exista interpretación alguna que pueda justificar o explicar la resolución dictada, y aún, como se sabe, toda actividad jurisdiccional está sometida a la ley, debemos significar que también la llamada actuación discrecional puede infringir la ley y, en consecuencia, adquirir la condición de "injusta", o de "manifiestamente" ilegalidad en nuestro lenguaje punitivo; sin perjuicio de que el estimar en tales casos que existe una infracción de la ley puede naturalmente resultar difícil[740]. Al parecer el legislador peruano ha querido equiparar el término "maliciosamente" con el de "sin motivo legal". Es decir, que si el Juez (penal) motivada adecuadamente la resolución que autoriza la detención preventiva no se tipifica el delito en mención.

2.3.1 Las resoluciones manifiestamente injustas por falta de fundamentación razonable

Se afirma la existencia del tipo objetivo de la prevaricación cuando la resolución judicial carece materialmente de una fundamentación jurí-

[739] GÓMEZ MÉNDEZ / GÓMEZ PAVAJEAU, 2004, Pág. 442.

[740] Véase: CÒRDOBA RODA; *"El delito de prevaricación judicial"*, cit., Pág. 1224.

dica razonable o, lo que es lo mismo, adopta una solución que no resulta jurídicamente defendible. Desde esta perspectiva de la teoría objetiva, la razón es que se trataría de una resolución objetivamente contraria al Derecho; desde la perspectiva de la infracción de deberes, la conducta típica deriva del incumplimiento por parte del juez de su deber de que sus resoluciones están fundadas en Derecho. Este deber, cuyo incumplimiento da lugar a una resolución manifiestamente injusta, ha sido objeto de profusa atención por la jurisprudencia del TC, puesto que ha considerado como parte del derecho a la tutela judicial efectiva no solo el derecho al acceso al proceso o a los recursos sino también el derecho del ciudadano a obtener de los tribunales una resolución fundada en derecho, pero la exigencia de este Derecho no nos puede llevar a la concreción de una de las formas de realización del prevaricato.

Nos parece correcta y conveniente la incorporación de dicho límite porque responde a la idea de respecto irrestricto a los principios de mínima intervención penal y fragmentariedad que debe inspirar un derecho penal de lesividad. Así, por ejemplo, cuando el Juez o el Fiscal citen una ley que estaba derogada hace bastante tiempo, y demás conocida por otros los ciudadanos de su derogación, constituiría pues un comportamiento por parte del Magistrado notoriamente de no querer aplicar el derecho de manera correcta, o cuando las pruebas de un examen pericial de oficio (médico-legal por ejemplo) totalmente ratificado, donde además existen pruebas de cargo no cuestionadas, y por último existe una confesión sincera del imputado, éstas pruebas son notoriamente contundentes de la responsabilidad penal del imputado, y no obstante eso, el Juez falla absolviendo de la acusación fiscal sustancial; o cuando la fijación del hecho en un proceso siempre ha ido por una línea "A", sin embargo, el fiscal a la hora de emitir su requisitoria oral en el juzgamiento opina que debe cambiarse los hechos, sin fundamentarla, lo cual demuestra que dicho "cambio" es manifiestamente sospechoso de cara a la búsqueda de la búsqueda de la verdad material del proceso.

Ahora bien, el término "manifiestamente" se trata de una condición objetiva que debe configurarse para efectos de cerrar la tipicidad objetiva del prevaricato. No es una condición subjetiva que oriente la

tipicidad del Magistrado. En todo caso, cuando en la versión original y con el derogado Código penal de 1924 se expresa el tipo penal el término *"a sabiendas"* ha sí el legislador estaba esperando del magistrado una aptitud directa (dolo directo) de quebrantar la aplicación correcta del derecho al caso concreto.

La necesidad de que la resolución sea *"manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley"* exige cierto grado de cualificación de ilicitud: la contradicción tiene que ser flagrante, ostensible e indubitable, situación que será apreciable cuando la aplicación del Derecho sea irracional (carezca de explicación razonable) y no resulte de ningún método legítimo de interpretación (v.gr. respetando las reglas de interpretación gramatical, teleológica, sistemática, histórica, etc.) y, siempre tiene que encontrarse en oposición evidente con la norma jurídica establecida. Se puede decir, entonces, que una resolución judicial o el dictamen fiscal no responden o se funda ya en la ley aplicable, sino en la propia voluntad del Magistrado. Por lo mismo, deben descartarse del delito de prevaricato las meras apreciaciones producto de un criterio de conciencia judicial que, en mayor o menor medida, san discutidas por el Derecho y que poseen sus propios mecanismos de control.

Una resolución es manifiestamente injusta cuando la contrariedad con el ordenamiento jurídico es notoria, palparía o clara, de forma que la resolución comporte una contrariedad a Derecho evidente e indiscutible para un tercero. Se insiste en especial por parte de la jurisprudencia, que no se trate de una resolución dudoso acierto o una cuestión opinable que deba dejarse a la libre interpretación, sino de una resolución que no pueda explicarse por una interpretación razonable. Pero esa *"notoriedad"* o evidencia de la contrariedad a derecho no puede surgir sino de la falta de una fundamentación razonable de la resolución. Puesto que la interpretación del derecho es prácticamente siempre discutible y el juez tiene libertad para realizar lo que considere mas adecuado, la contrariedad manifiesta al derecho solo puede afirmarse cuando en la fundamentación de la resolución se observe una importante y clara quiebra de la racionalidad en la forma de interpretar el ordenamiento o en las conclusiones a las que se llega.

Cuando se viola manifiestamente la ley por quien la aplica, es obvio que lo hace queriendo violarla, porque conoce su verdadero sentido y aplicación. De tal forma que no debe prosperar este delito, cuando el supuesto normativo en interpretación admite diversas posibilidades. En el supuesto que (la resolución o dictamen) sea ilegal, (y ésta) no alcanza el grado de ostensible, evidente o protuberante, nota que se descarta en los asuntos que dan lugar a plurales puntos de vista, por la ambigüedad, oscuridad o amplitud de las disposiciones aplicables, la conducta adolecería de ese elemento, y en consecuencia, apuntaría el fenómeno a la atipicidad.

2.4. Los supuestos concretos para la comisión del delito de prevaricato del Juez o del Fiscal

El artículo 418º del Código Penal tiene cuatro modalidades típicas específicas: i) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen contraria a ley; ii) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen citando pruebas inexistentes, iii) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen citando hechos falsos; y iv) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen apoyado en leyes derogadas o supuestas. Sólo estas cuatro formas constituyen, en el derecho peruano, un delito de prevaricación del Juez o del Fiscal, y esto no es más que tutelar el principio de legalidad que debe reinar en todo juicio de tipicidad penal.

2.4.1. *La conducta por parte del Juez o Fiscal de emitir resolución o dictamen contraria a ley*

La primera modalidad del tipo penal prevaricato es que el juez o fiscal dicte una resolución o dictamen que vaya en contra del sentido *"expreso y claro de la ley"*. Así, podemos citar el Código penal español que también sanciona al *"...servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley..."*. Asimismo, en el Código penal argentino también sanciona al juez *"...que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo..."*. Aunque en el Código penal alemán se sanciona el prevaricato se manera muy

genérica cuando prescribe: *"El juez, funcionario o árbitro, que en la dirección o resolución de un proceso se hace culpable de una violación del derecho..."*.

La expresión de "ley" comprende tanto la ley en sentido formal como sus decretos reglamentarios y los decretos de los poderes del Estado que autorizadamente pueden regular relaciones jurídicas[741]. El tipo penal se refiere a la ley expresa, que se refiere a la que ha sido invocada como fundamento de la resolución. La contradicción implica que entre la resolución o dictamen y la ley que el magistrado declara que aplica existe una oposición. El delito sólo se podrá dar cuando la cita de la ley aparezca hecha con manifiesta mala fe, cuando el argumento sea forzado y no corresponda la conclusión a lo que dice el precepto legal. Por tanto, es indispensable tener en cuenta el propósito que ha guiado al magistrado en el dictado de las resoluciones o dictámenes[742].

---

[741] La Constitución de 1993 establece expresamente dos regímenes para la difusión de las normas legales, con requisitos diferentes para las normas en general, a las que exige "Publicidad", y las Leyes y Decretos Legislativos a las que exige "Publicación en el Diario Oficial". En efecto, distingue entre Publicidad (Genero) y Publicación (Especie), como distingue también entre Norma (Genero) y Ley (Especie). En efecto: el Art. 51° de la Constitución establece como requisito general que: "... La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.", entendiendo publicidad como información al obligado o afectado por la norma, ya sea por notificación o publicación según sus normas. La publicidad se cumple y es vigente, legal y constitucionalmente, notificando a los afectados o interesados, sin que necesariamente sean publicadas. Por otro lado, el Art. 109° diferencia expresamente, al establecer que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial...". Este artículo requiere expresamente la publicación en el Diario Oficial para la vigencia de las Leyes, establece un requisito específico para estas normas, distinto a la publicidad exigida a otras normas que no son Leyes. Para la Constitución, las Leyes sólo las expide el Congreso en ejercicio de su función legislativa. Esa función legislativa puede delegarse para que el Ejecutivo legisle, con los mismos requisitos que a las Leyes (Art. 104°), esto es, la obligatoriedad de publicación en el Diario Oficial.

[742] DONNA, Pág. 418.

2.4.1.a. El supuesto del artículo 77º del Código de Procedimientos Penales y la comisión del delito de prevaricato

Como es sabido, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales establece los presupuestos del control jurídico al que se encuentra obligado el Juez Penal para dictar auto apertorio de instrucción sobre la base de una denuncia formalizada por el representante del Ministerio Público. Cabe precisar que, dicho artículo es aplicable para el Fiscal al momento de calificar una investigación que tiene a su cargo. Ahora bien, el citado artículo describe los tres presupuestos fundamentales para abrir instrucción: *individualización del autor, subsistencia de la persecución penal y antijuricidad penal del hecho denunciado.*

En este sentido, para dictar una resolución donde se formalice una denuncia así como el auto de instrucción no sólo se exige la imputación de una conducta típica –en sus ámbitos objetivo y subjetivo–[743] y la individualización del autor en sentido estricto; esto no quiere decir que se realice un análisis pleno de responsabilidad penal al inicio del procedimiento; por el contrario, la imputación fiscal como judicial sólo será razonable si cuenta con datos objetivos, indicios simples, que den verosimilitud relativa a la hipótesis delictiva que se atribuye al denunciado, y a raíz de la cual se pretende instaurar una instrucción judicial.

En ese sentido, si por ejemplo si un Juez Penal decide finalmente abrir instrucción penal por un delito que ya prescribió ya sea en forma ordinaria o extraordinaria, es ir –de manera intencional- contra el texto y expreso de la ley, en este caso del Código de Procedimientos Penales, y por ende la comisión del delito de prevaricato (de derecho). Lo mis-

[743] La Corte Suprema ha establecido que: "Uno de los presupuestos procesales para la apertura de la instrucción es que el hecho constituya delito, y es bajo este concepto que se ha instruido y venido juzgado al inculpado; sin embargo, no basta con declarar que el hecho que se instruya constituya delito, sino también, es necesario que reúna los presupuestos constitutivos de carácter subjetivo para calificar el hecho imputado como delito" (Ej. Suprema del 28.5.1996, Exp. N° 949-96, Puno. Gaceta Jurídica: *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal,* Lima, 2001, p. 178].

mo ocurre cuando el Juez Penal no se ha individualizado plenamente al presunto autor o partícipe del delito imputado.

2.4.1.b. El delito de prevaricato y el límite en la interpretación de la ley

Si bien los métodos de interpretación y fundamentación del Derecho permiten al juez, en la mayoría de los casos, decidirse por una de las sentidos posibles de la norma, sin embargo, se admite también que, de vez en cuando, le queda al juez un margen de libre enjuiciamiento que ya no puede se rellenado por cualesquiera ponderaciones convincentes, especialmente cuando tiene que concretar una pauta legal de valoración que precisa ser llenada de contenido. Se trata de casos en los que la propia ley ha renunciado a la fijación de una dimensión cuantitativa para la delimitación del supuesto de hecho y se da, en lugar de un limite tajante entres distintos casos comparables, un cierto espacio intermedio dentro del cual la resolución del juez puede ser de este o de aquel modo, existiendo, por tanto, un margen de libre enjuiciamiento del juez.

Cuando se otorga por ley una verdadera apreciación libre al juez es para que este encuentre dentro de ciertos limites, obligatoria y no arbitrariamente, pero si subjetiva y personalmente, la decisión correcta del caso concreto, según la concepción personal de lo conveniente, de lo necesario y de lo justo. Por ello, habrá que adoptar un criterio para valorar la injusticia de la resolución que permita también exigir responsabilidad penal por prevaricación en estos casos de libre apreciación judicial.

Ahora bien, el hecho de que en el ámbito que hemos denominado márgenes de libre apreciación del juez, el deber de dictar una resolución justa se yuxtaponga con el de dictar una resolución conforme a su convicción jurídica, no implica en absoluto que el criterio de la convicción del juez sobre lo justo ha de prevalecer en todos los casos. Allí donde el ordenamiento jurídico prevea una determinada solución del caso concreto, solo la conformidad de la resolución con el ordenamiento jurídico habrá de servir de parámetro para valorar su justicia. Sin embargo, esta afirmación ha sido cuestionada mas o menos explícitamente en la doc-

trina que se ha ocupado del delito de prevaricación judicial, en cuanto que se ha pretendido establecer una disyuntiva entre resolución legal y resolución justa, negando la tipicidad de la resolución que es ilegal pero justa y afirmando la de aquella que es legal pero injusta.

Cuando de nuestro Código Penal se desprende la expresión: "manifiestamente contrario al texto expreso y claro de la ley" debe de interpretarse como la propia de una resolución que contiene una solución que no es la jurídicamente adecuada al caso, bien porque se haya adoptado infringiendo los métodos o reglas de interpretación o aplicación del Derecho, en cuyo caso, la injusticia de la resolución será perceptible por terceros con la solo lectura de la fundamentación jurídica, bien por que el juez no haya optado, entre las diversas soluciones defendibles, por aquella que, según la convicción jurídica obtenida en el proceso, resulte la mas adecuada al caso, la más justa.

Con la prohibición de dictar a sabiendas resoluciones injustas lo que se proscribe, en último termino, es que el juez cometa una arbitrariedad, en el sentido amplio de acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho; y una resolución judicial es arbitraria, tanto cuando es claramente contraria a los sentidos posibles de una norma, como cuando se basa en una fundamentación irrazonable, como cuando se dicta sin el propósito de aplicar la solución mas justa del caso.

En definitiva, la injusticia exigida por el art. 418 CP se puede manifestar tanto por una resolución cuya fundamentación jurídica o fáctica no es jurídicamente defendible por desviarse de los métodos o criterios científicamente admitidos en la interpretación y aplicación del Derecho o en la determinación y valoración de los hechos probados. El Juez que de forma inexcusable desconoce los métodos o reglas básicas de la aplicación del Derecho o, por negligencia, no los aplica al caso enjuiciado, incurre en responsabilidad penal por el dictado de una resolución que será manifiestamente injusta. Y es que cuando un juez dicta una resolución con inobservancia de la mas elemental técnica jurídica, con independencia del concreto perjuicio que eventualmente ocasione a los

derechos e intereses de las partes a las que afecta la resolución, esta incumpliendo una exigencia básica de la propia posición constitucional del juez y del sistema jurídico como es la vinculación de los jueces al Derecho.

Para este supuesto es necesario que exista, previamente, una ley que mande o prohíba terminantemente lo contrario de lo que el juez manda o prohíbe. Es decir, que para configurar el delito, el Juez debe ir contra el texto expreso de la ley, no ya contra las interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales de las mismas. Por ello resulta relevante tratar de diferenciar entre el actuar prevaricante de los jueces de la facultad que tiene éstos para interpretar la ley. El acto prevaricador encuentra su límite en todo aquello que signifique –por parte del magistrado- el ejercicio normal de la interpretación[744]. Todo aquello que caiga dentro de los límites de la "interpretación de la ley" está fuera de la figura del prevaricato, excluyéndose así la posibilidad de prevaricación sobre la base de algún precepto insospechado de derecho. Es decir, que: «cuando la ley no es clara, cuando ella permite interpretaciones –salvo el caso evidente de malicia-, el juez no prevaricaría al aplicarla».

Se supone que un magistrado –entiéndase juez o fiscal- debe actuar con probidad y lealtad ante el ordenamiento jurídico, es decir, bien existe un margen de discrecionalidad para interpretar y aplicar la ley al caso concreto, la discrecionalidad no debe ser absolutamente irracional y que vaya contra los intereses de la "administración pública" de los justiciables quienes son servidores de él. En suma, el cambio de opinión respecto a una interpretación (jurídica) de la ley, la ignorancia de ésta, el accionar dentro del margen de discreción y árbitro –margen de libertad– que la ley faculta a los magistrados, así como el mero error de interpretación o de aplicación de la ley o las vulneraciones culposas o consumadas con dolo eventual, no configuran el delito de prevaricato; sólo merece una sanción en los niveles administrativos o de responsabilidad civil.

[744] FRISANCHO APARICIO, 2000, Pág. 185.

Actualmente la función del Juez, y también del fiscal, no solamente debe focalizarse en la mera aplicación de la ley a un caso concreto, eso sería una visión clásica y tradicional del sigo XVIII, ya que existe unanimidad de criterio en el sentido que el rol del Juez debe ser más creativo en el marco de resolución de conflictos. Por ello, si existe una norma jurídico-penal que impida tal propósito de creación debería de *lege ferenda* ser modificada o derogada. Nos estamos refiriendo precisamente al delito de prevaricato (artículo 418 CP) restringe severamente las facultades de interpretación literal, pues sanciona penalmente aquellos actos de los jueces (y fiscales) que se aparta del texto expreso y claro de la ley, sin importar que son muchos los casos en que ley es ambigua o contradictoria. En efecto, el artículo 418 CP precisa que *"El juez (...) dicta resolución (...)* ***contrarios al texto expreso y claro de la ley*** *(...).*

La jurisprudencia peruana ha dicho que: "Se ha comprobado la comisión del delito de prevaricato, así como la responsabilidad penal del procesado, quien en su calidad de juez suplente del Tercer Juzgado Penal de Lima, en forma consciente y voluntaria expidió en forma indebida y en discrepancia con lo opinado por el representante del Ministerio público resolución favorable para el otorgamiento del beneficio de la libertad provisional, sin antes pronunciarse respecto a la denuncia ampliatoria efectuada por el fiscal provincial y la medida de coerción personal que correspondía, *transgrediéndose lo preceptuado en los arts. 77 del Código de Procedimientos Penales y 182 y 183 del Código procesal Penal*, al no existir nuevos elementos de prueba que permitan prever una menor responsabilidad del procesado y el cumplimiento del pago de la caución, obligación que recién se cumplió luego de tres días de oficiada su excarcelación"[745].

El texto es el límite más reconocible de la interpretación. Sin embargo, si el operador muestra cómo el texto admite varias interpretacio-

[745] Exp. 3412-97 de 12-03-97 extraída de CARO CORIA, Dino Carlos; *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*, Lima, 2002, Pág. 68. Las cursivas son mías.

nes, perderá su condición de "claridad", momento por demás oportuno para iniciar el trabajo interpretativo propiamente metódico. Algunos intérpretes preferirán basar sus interpretaciones sólo en las referencias textuales encontradas en la redacción de las normas, orientados por un modelo interpretativo objetivo –interpretación literal[746]-. Otros, en cambio, intentarán rastrear la intención del legislador, la que no se encuentre en el texto sino en los trabajos preparatorios de la versión final de la norma. Sea como fuere, parece inevitable no dejar de considerar el texto, y no traicionarlo con interpretaciones antojadizas, volátiles o dislocas. En suma, las limitaciones en las facultades de interpretación que enfrenta los magistrados en general puede resumirse en dos puntos: Primero, porque no es posible determinar con exactitud y *a priori* que un enunciado normativo sea claro, pues como lo ha demostrado la filosofía analítica, ello siempre va a depender del caso concreto. Segundo: la norma establece una opción legal por el método de interpretación literal, lo cual es contrario a los postulados de la teoría general del derecho, ya que para aplicar es necesaria interpretarla, para lo cual pueden utilizarse varios métodos, no necesariamente el literal, para solucionar el conflicto social.

La diferencia del Derecho penal y las restantes ramas del ordenamiento jurídico consiste en que ésta, el juez debe llenar los vacíos (lagunas) sirviéndose de cualquier disposición o principio general que

[746] En efecto, se ha dicho que el texto legal constituye en sí un punto de referencia, pero no un criterio sólido y definitivo, de allí que se puede advertir una distinción entre el denominado tipo de texto y tipo de interpretación. Por el primero, se entiende el tipo legal tal como se presenta en sentido literal, según el lenguaje corriente y ordinario, en tanto que el tipo de interpretación será aquél que está diseñado a los fines de la aplicación del derecho. Para una mayor claridad se puede decir que el tipo de texto tiene su apoyatura en la comprensión de la ley cercano al sentido original de las palabras y el texto de interpretación es una comprensión de la ley exigida en función de la aplicación del derecho. Como el legislador no se expresa a veces en un lenguaje riguroso sino apelando a formulaciones un tanto amplias y a veces imprecisas, es válido apelar al tipo de interpretación, pero para ello también es necesario recurrir a una toma de posición, es decir, una decisión cuyo límite es que el texto legal pueda exhibirse como deducible del fundamento elegido.

sean compatible con el Derecho vigente. En Derecho penal, siempre es la exclusividad de la norma penal, y esa norma simplemente es *nullum crimen sine lege*, que da, para algunos delitos que deberían tipificarse, siempre el mismo resultado: la impunidad[747]. Ahora bien, el problema de las "lagunas de la legislación" no existe para el Derecho penal, que es un sistema discontinuo de ilicitudes[748]. De manera que un método para llenar esos vacíos sería a través de la analogía, que supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no *comprendido* en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análoga* a otros sí comprendidos en el texto legal. La analogía, en líneas generales, para el Derecho penal no está permitida[749].

Por otro lado, la analogía se diferencia de la interpretación (extensiva), que si está permitida, porque ésta no sobrepasa el sentido posible de la letra de la ley. Por ejemplo, el art. 80, inciso primero del Código Penal argentino, prescribe una circunstancia agravante del homicidio

---

[747] Así, SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, 1, Buenos Aires, 1983, Pág. 135. FONTAN BALESTRA, Carlos; *Derecho Penal. Introducción y Parte General.* Actualizado por Guillermo AC. Ledesma, Buenos Aires, Pág. 120 y 121. Este autor apunta que "El problema de las lagunas del derecho, que contempla los silencios de la ley y que deben resolver los códigos de derecho privado por disposición del derecho positivo, según dijimos, no existe en el orden penal: la ley penal está, debe estar llena de silencios, y *en materia penal el silencio es libertad*".

[748] SOLER, 1983, Pág. 132

[749] Suele distinguirse en Derecho penal, entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam parten*, entendiendo por la primera la que integra la ley extendiendo la punibilidad (es decir, para crear o agravar la responsabilidad penal), por lo tanto, en caso de aplicación del Derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina en los límites de la interpretación; y por la segunda la que la restringe más allá de la letra de la ley (es decir, para atenuar o excluir la responsabilidad penal), este planteamiento, estará acorde con el límite garantizador que posee el propio texto legal: dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio. En el ejemplo descrito del supuesto parricidio, se trata sin duda, de una analogía *in malam partem*.

(parricidio) si la víctima es ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son. Sería una aplicación análoga extenderlo al que matare a quien desde pequeño se encuentra en casa, y se le considera como a un "hijo".

Lo cuestionable de esto es que el intérprete penal aplica necesariamente criterios personales-subjetivos cuando no tiene al frente parámetros legales bien definidos. En este sentido, existen elementos de la teoría del hecho punible: la causalidad, el dolo y los elementos subjetivos del injusto o la inimputabilidad y ahora las posiciones de garantía en la omisión, que son conceptos cuya aplicación real se ha dejado en manos de la libre convicción del juzgador. "Ello tiene como consecuencia –dice Ragués i Vallés– que la pretensión de la dogmática de aportar soluciones uniformes y previsibles para supuestos de hecho idénticos ha quedado en la realidad cotidiana a mitad de camino, pues, pese a la racionalidad que introduce la teoría del delito, la solución de los casos acaba dependiendo en muchas ocasiones de un factor tan subjetivo como es el acto de convicción judicial"[750].

2.4.2. La conducta por parte del Juez o fiscal de emitir resolución o dictamen citando pruebas inexistentes

Etimológicamente hablando, el término prueba proviene del latín *probatio, probationis*, el cual a su vez procede del vocablo *probus* que significa bueno[751]. Su importancia se pone de manifiesto en dos puntos importantísimos[752]. El primero tiene que ver con propia eficacia de los

[750] RAGUÉS I VALLÉS, Ramón; « *Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI* », en: RPDJP, 2, Lima, 2001, Pág. 542.

[751] SENTÍS MELENDO, Santiago; "*¿Qué es la prueba (Naturaleza de la prueba)?*", en: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1973, N° 2-3, Pág. 259-60. Citado por MIRANDA ESTRAMPES., Manuel; *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, Pág. 15.

[752] DEVIS ECHANDÍA decía que la administración de justicia era imposible sin la prueba. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. OP cit. p. 13. Citado por MIRANDA ESTRAMPES., Manuel. Op cit. p. 19. El mismo autor, considera que "es difícil

derechos materiales[753] y el segundo alude a la prueba como necesario y adecuado instrumento a través del cual el Juez, en el marco del proceso, entra en contacto con la realidad extraprocesal.[754] Según Cafferata Nores, de la prueba penal puede predicarse en dos sentidos[755]. El primero constituye el *sentido lato*, según el cual a prueba "es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente."[756] En *sentido estricto*, la prueba, llevada al proceso penal, sería "todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva."[757]

---

imaginar un proceso penal en el que no se haya practicado ningún tipo de actividad probatoria." Ibid. En ese mismo sentido, se ha llegado incluso a afirmar que sin prueba no hay proceso. Cfr. SENTÍS MELENDO, Santiago; Op cit. p. 538. Citado por MIRANDA ESTRAMPES., Manuel. Op cit. p. 15.

[753] Cfr. Ibid. Pág. 19. Así mismo, este mismo autor manifiesta que respecto a este punto es relevante resaltar la antigua sentencia "tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo." Ibid.

[754] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op cit. p. 14. Citado por MIRANDA ESTRAMPES., Manuel. Op cit. Pág. 19.

[755] Sin embargo, MIRANDA ESTRAMPES advierte que "al igual que en el lenguaje común, el primer problema que nos encontramos al abordar el estudio del concepto de prueba procesal es que, en el ámbito jurídico-procesal, el término prueba presenta múltiples significados según la perspectiva desde la que se contemple el fenómeno probatorio. Así, se habla de la *prueba como procedimiento utilizado para probar (procedimiento probatorio)*, es decir, como actividad procesal que se despliega durante el desarrollo de la causa por las partes y el Juez; de la *prueba como medio o medios utilizados para la demostración del thema probandum*; de la *prueba como las razones, argumentos o motivos que se obtienen de los medios de prueba para llevar al Juez el convencimiento sobre los hechos*; y de la *prueba como resultado, afirmándose que tal o cual hecho ha quedado probado o no*." MIRANDA ESTRAMPES., Manuel. Op cit. p. 20.

[756] CAFFERATA NORES, José. Op cit. Pág. 3. Es preciso hacer notar la ***alusión al silogismo*** en este sentido de la prueba.

[757] Ibid. 4. El mismo autor cita definiciones de prueba hechas por otros connotados procesalistas. Así, para CASTRO MÁXIMO la prueba es "todo medio jurídico de adquirir la certeza de un hecho o de una proposición." (CASTRO, MÁXIMO. *Procedimientos penales*, Tomo II, p. 283 (sic)); para MITTERMAIER la prueba es "la suma de motivos productores de la certeza." (MITTERMAIER, *Tratado*

En el Derecho Procesal, la prueba sólo una manifestación de la prueba genérica, por lo tanto, "es, también, una actividad de verificación de la exactitud de la afirmaciones realizadas por las distintas partes procesales, es decir, de que dichas afirmaciones coinciden con la realidad."[758] Sin embargo, las características propias que presenta la prueba procesal no desvirtúan su naturaleza de prueba.

Es al juez a quien le corresponde la actividad de verificación mediante la comparación mientras que las partes colaboran con dicha actividad sólo aportando las fuentes de prueba, medios de prueba, etc. En ese sentido, esta verificación mediante comparación "permite determinar el mecanismo de funcionamiento de la prueba, es decir, su esencia o naturaleza."[759] Lo anterior permite afirmar que su configuración como verificación no es exclusiva del proceso civil sino también del penal; "su naturaleza es la misma con independencia del proceso en que tenga lugar."[760]

En efecto, el motivo de la prevaricación no solo se limita al ámbito de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, sino también abarca el ámbito procesal de la prueba, como elemento indispensable para alcanzar la verdad material en un proceso penal acorde con las

---

de la Prueba en Materia Criminal. p. 7 (sic); para CARRARA FRANCESCO prueba es "***todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición.***" CARRARA, Francesco; *Programa de Política Criminal,* Pág. 72 (sic.). Citado por CAFFERATA NORES, José. Op cit. p. 4. El subrayado y las itálicas son nuestras.

[758] Ibid. En ese sentido, COUTURE hablaba de ella como un "medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulen en el juicio." COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, 1988, Pág. 217. Citado por Ibid. Así mismo, para un recuento de las posturas de los principales autores de esta corriente doctrinal. Vid. Ibid.

[759] Ibid. Pág. 31.

[760] Ibid. Así mismo, respecto al estudio de la naturaleza procesal de la prueba, este "debe realizarse dentro de la Teoría General del Proceso como institución básica y fundamental, de naturaleza inmodificable, y sujeta a unos principios generales." Ibid. Pág. 32.

garantías del Estado de Derecho. No se trata de un cuestionamiento a la valoración de las pruebas, que es atribución exclusiva del juzgador y que puede ser impugnada dentro proceso y obtener su revisión, sino que no existen pruebas o las que existen son falsas y que no justifican el fallo[761].

En principio, habrá que mencionar que el Fiscal debe ser el principal protagonista de este supuesto típico prevaricador, desde que la carga de la prueba del proceso penal lo tiene exclusivamente el órgano acusador (artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). Este órgano es quien deberá destruir el estado jurídico de inocencia buscado la culpabilidad del imputado y la defensa contestar la acusación, es decir, es quien deberá prevalecer el estado jurídico de inocencia.

El tema de la prueba sin duda alguna tiene como piedra angular a la verdad, al punto que se afirma que el fin del proceso penal es la averiguación de la verdad[762]. Este marco jurídico delimitado por la referida

---

[761] VERA DONAYRE, Flor de María; *"Elementos del tipo penal de prevaricato"*, en: Actualidad Jurídica, tomo 165, Agosto 2007, Pág. 118.

[762] Sobre los aspectos generales de la prueba véase: Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5.Abr.07, Exp. N.° 1014-2007-PHC/TC, en el caso "Luis Federico Salas Guevara Schultz" ha dicho que:

"10. No obstante, es menester considerar también que el derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

11. Atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Esto es así por cuanto el proceso penal no sólo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de

sentencia, ha permitido que la finalidad del proceso penal instaurado contra el autor se plasme en una sola verdad material que a decir de Muñoz Conde "...sigue y seguirá siendo el objetivo principal del proceso penal, en tanto se trate de la determinación de hechos de fácil constatación empírica"[763]. En cuanto a la valoración de la prueba, la doctrina ha distinguido principalmente el sistema de la prueba legal o tasada, denominado también, de tarifa legal, el sistema de la íntima convicción, y el sistema de la libre convicción (llamada también de la sana crítica racional)[764]. El Código Procesa Penal de 2004, en el artículo 393, inc.2,

---

los procesados, sino también debe hacer efectiva la responsabilidad jurídico-penal de las personas que sean halladas culpables dentro de un proceso penal.

12. Por ello, la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (1) *Veracidad objetiva*, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, *prima facie*, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; (2) *Constitucionalidad de la actividad probatoria*, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) *Utilidad de la prueba*, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) *Pertinencia de la prueba*, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada.

[763] MUÑOZ CONDE, Francisco; *La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, Buenos Aires, 2003, p. 107.

[764] Como se sabe, en cuanto a los métodos para valorar la prueba han ido variando de acuerdo al tiempo, y son los siguientes:

a) El **sistema de la prueba legal o tasada**, es aquella donde la ley procesal establece cuándo el juez debe o no darse por convencido del sometimiento de una infracción y de la responsabilidad de un individuo; aquí involucra el cumplimiento o no de ciertas condiciones y es la ley la que señala el

ya no sigue expresamente el criterio de conciencia para la valoración probatoria, sino el de la sana crítica. Así, dicho artículo prescribe que: *"El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la* ***sana crítica****, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos"*. Sin embargo, habrá que tener en consideración que el criterio de conciencia del artículo 283 del Código de procedimientos penales –que está actualmente en vigencia– prescribe que: *"Los* ***hechos y las pruebas*** *que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia"*.

Todo Tribunal tiene que fundamentar debidamente su decisión, explicando suficientemente, de conformidad a la garantía constitucional que ordena la motivación en toda resolución del poder público que afecte a las personas, y no simplemente fallar de tal o cual forma porque así lo cree o porque esa es su apreciación; la resolución tiene que fun-

---

carácter y valor jurídico de las pruebas, además de la forma, número y tipo de hechos que se prueban.

b) El **sistema de la íntima convicción** es aquel donde la ley no establece ninguna regla para la apreciación de las pruebas, el juez o tribunal es libre de convencerse según su íntimo parecer de la existencia o inexistencia de los hechos, así como de la responsabilidad del acusado, según como le hubiesen impactado las pruebas presentadas. El sistema de la libre valoración o íntima convicción surge como reacción frente al sistema de las pruebas legales o tasadas, para paliar los excesos y abusos que a su amparo se habían cometido. Se trata de una apreciación libre o absoluta de la prueba, propia del sistema de jurado, y en virtud del cual no resulta necesario dar expresión de las razones de la decisión judicial. Lo fundamental era que el juzgador se encontrara convencido "en conciencia", con independencia de si esa convicción íntima o psicológica se fundamentaba o no en las pruebas practicas en el acto del juicio oral.

c) El **sistema de la sana crítica racional** o **libre convicción** es un criterio intermedio entre las dos anteriores; lo cual señala que el Juez deberá valorar, las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y el criterio racional; es decir, de acuerdo con las reglas de la lógica, de la psicología, de la sociología y de la experiencia. Aquí, el Juez o Tribunal se convence de los hechos y de la responsabilidad en base a las pruebas presentadas que son valoradas con libertad pero enmarcadas a dichas reglas.

darse en las pruebas válidas, presentadas e incorporadas al proceso en forma legal y oportuna. El principio de libre convicción de la prueba exige como presupuesto fundamental la existencia de la prueba.

Por último, la doctrina jurisprudencial, a tono con el derecho y la jurisprudencia comparada, ha desarrollado los presupuestos del art. 77° del Código de Procedimientos Penales, extendiendo los alcances del control jurídico del Juez Penal[765] en concordancia con el artículo 94.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, a la exigencia de que la imputación contenida en la denuncia formalizada describa con claridad un tipo penal concreto, que el Fiscal cuente con *prueba suficiente*, lo que la doctrina denomina *sospecha inicial simple* de la comisión del ilícito[766].

Se requiere pues que el hecho, en la dimensión total de las actuaciones aportadas por el Fiscal, tenga carácter delictivo, y que el denunciado esté plenamente identificado; además, se precisa de indicios simples que permitan dar consistencia a la imputación fiscal tanto en orden al injus-

---

[765] Ejecutoria suprema del 14.6.1991: *"El art. 77° del CPP establece que el Juez instructor sólo abrirá instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito, dictando la resolución correspondiente debidamente fundamentada y motivada; que en el presente caso, tanto el Fiscal Provincial cómo el Juez Instructor han dado mérito al proceso basándose únicamente en la denuncia presentada por la agraviada a la misma que acompaña un certificado médico que arroja cinco días de incapacidad, recaudos que no constituyen suficientes elementos probatorios para aperturar instrucción (...)"*. Exp. N° 755-91, Cusco. En: PAREDES PÉREZ, Jorge; *Para conocer el Proceso Penal*, Grijley, Lima, 1998, Pág. 54

[766] ROXÍN, Claus, acota que se requiere "puntos de partida objetivos", es decir, un apoyo justificado por hechos concretos y fundados en la experiencia criminalística, de que existe un hecho punible perseguible; para ello, insiste el autor, no son suficiente las meras presunciones [*Derecho Procesal Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 329]. En esta misma línea GIMENO SENDRA, Vicente apunta magistralmente: "... no basta para someter al procedimiento penal a una persona la indicación de un denunciante o querellante, sino que se exige una valoración, con toda la provisionalidad que el momento procesal reclama, por parte de la autoridad judicial, que ha de realizar un *juicio de verosimilitud* del relato contenido en la denuncia, a base sólo del precario material con que cuenta, y sin perjuicio de lo que resulte de ulteriores actuaciones" [*Derecho procesal penal*, Madrid, 1996, p. 340].

to denunciado cuanto a la intervención del denunciado en el hecho, de acuerdo a las reglas de imputación reconocidas por el Derecho penal[767].

En ese sentido, y teniendo en cuenta todo lo expresado también resulta razonable señalar que cuando la ley penal prescribe "...*citando pruebas inexistentes...*" se está refiriendo a un concepto de prueba en sentido amplio, es decir, abarcando el concepto de "actos de investigación" en la etapa preliminar llevado a cabo por el Ministerio Público. En otras palabras, si un miembro del Ministerio Público cita en su dictamen –ya sea de formalización de denuncia o en su dictamen de No Ha Lugar a Formalizar denuncia- algunos actos de investigación que son falsos, estará cometiendo el delito de prevaricato.

2.4.3. La conducta por parte del Juez o Fiscal de emitir resolución o dictamen citando hechos falsos

El hecho es falso cuando el juez o el fiscal saben que no existió, o que no existe o que habiendo existido, le otorga una significación distinta. La resolución falsa es la que se invoca como fundamento de la decisión del pronunciamiento del juez, cuando nunca existió. Falso es invocar un secuestro que no se ha hecho, declarar que un recurso ha sido interpuesto fuera del término, cuando lo fue a tiempo, y cosas semejantes. Es falso el hecho (relevante para el fundamento) presentado como existente, o como probado, siendo que es inexistente o precisamente, esta probado que no ocurrió[768].

---

[767] La Corte Superior de Lima, en varias Ejecutorias, asume esta concepción. Así: Ej. Sup. del 30.3.1998, Exp. 8058-97 (BACA CABRERA, Denyse y otros, *Jurisprudencia penal procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 657); Ej. Sup. del 15.7.1998, Exp. 2049-98 (BACA CABRERA, Denyse y otros, cit., p. 656]; Ej. Sup. del 18.11.1998, Exp. 4009-98 (BACA CABRERA, Denyse y otros, cit., p. 638].

[768] MOLINARIO, Alfredo; *Los delitos,* Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tomo III ,editorial tipografía editorial Argentina, 1ª impresión, Bs As 1999, Pág. 405-406.

En el tipo de prevaricato del juez, el hecho ha de considerarse falso cuando aquel sabe que no exista o no existió tal como el se lo presenta; por el contrario, no lo es aquel cuya acreditación - conforme la prueba – depende del criterio del juzgador[769]. Ejemplo: cuando se afirma que una excepción ha sido rechazada cuando nunca fue resuelta, o en el caso que se invocara el pago fuera de término en juicio civil o comercial para decidir la existencia de una retención indebida lo que importa es la consecuencia de la falsedad[770], o el caso de la declaración de un testigo que no declaro, interposición de un recurso que no se interpuso).

Este supuesto típico encierra lo que se llama el prevaricato de hecho, y comprende la "motivación fáctica" que debe tener toda resolución o dictamen. La motivación fáctica es un procedimiento lógico-intelectual realizado por el Juzgador en las resoluciones finales con declaración del fondo del caso. Miranda Estrampes nos dice que: "La motivación fáctica de la sentencia permite constatar que la libertad de ponderación de la prueba ha sido utilizada de forma concreta, adecuada y que no ha degenerado en arbitrariedad. Únicamente cuando la convicción sea fruto de un proceso mental razonado podrá plasmarse dicho razonamiento en la sentencia, mediante su motivación. La motivación fáctica de las sentencias es, por tanto, consustancial a una concepción racional del principio de libre valoración de las pruebas"[771].

---

[769] Cam. Nac. Crim. Y Corr. Fed., Sala I, 18 de mayo de 1988, LL 1988-E p. 265

[770] FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, Parte Especial,* Segunda Edición actualizada por el Dr. Guillermo a. c. Ledesma; reimpresión Abeledo-Perrot, bs. as., 5 de mayo de 1993, Pág. 377.

[771] MIRANDA ESTRAMPES, M.; *La mínima actividad probatoria en el proceso penal,* Barcelona, 1997, Pág. 165. Al respecto, SÁNCHEZ VELARDE, 2004, Pág. 608S sostiene que "El juicio de hecho concentra la atención del Juez en el análisis de lo acontecido y en el resultado de la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral de los mismos. Su valor es significativo para el resultado final de la decisión judicial". De la misma manera puede citarse a CLIMENT DURÁN, Carlos; *La prueba penal,* tomo I, Valencia, 2005, Pág. 99 cuando dice que: "...la fijación fáctica es una operación mediante la cual quedan organizados armónicamente aquellos hechos que, habiendo sido originariamente alegados, considera probados, los cuales se exponen en la sentencia mediante un relativo

2.4.4. La conducta por parte del Juez o Fiscal de emitir resolución o dictamen apoyado en leyes derogadas o supuestas

Cabe dos supuestos típicos: emitir resolución o dictamen basándose en leyes "derogadas o en leyes "supuestas". En este último supuesto sólo existe la ley en la imaginación del magistrado más en la objetividad del ordenamiento jurídico. Una supuesta ley es una ley irreal, imaginaria, ilusoria, ficticia, supuesto, aparente, engañoso. Con respecto al segundo supuesto habrá que mencionar que la derogación es atribución que le compete al poder estatal que la ha originado –Poder Legislativo-. En principio, las leyes se sancionan para regir indefinidamente pero las circunstancias pueden ser convenientes la derogación parcial o total de la ley. La derogación puede ser *expresa* cuando una nueva ley dispone explícitamente el cese de la ley anterior, y *tácita* cuando resulta de la incompatibilidad existente entre la ley nueva y la ley anterior, que queda así derogada.

La función del magistrado tiene que ver con el análisis y aplicación de la norma a un hecho en concreto puesto a su conocimiento, se debe entender que los magistrados son los primeros en conocer sobre la publicación, vigencia o derogación de una ley, así como sus plazos, sus alcances y demás[772]. Se supone que un magistrado como experto jurídico debería cerciorarse de la vigencia de una norma jurídica para poder aplicarlo a un caso concreto, de suerte que el tipo penal del artículo 418° exige que la conducta sea realizada de manera intencional y no de manera culposa, es decir, el amparo de una resolución o dictamen en una ley derogada debe ser "a sabiendas" que es derogada. Además, cuando un Magistrado ampara una resolución o dictamen en una ley derogada lo que está realizando, aparte de cometer el delito de prevaricato, es "confrontar" la función del poder legislativo, pues estaría "reviviendo" una ley que ha sido expurgada del ordenamiento jurídico.

---

fáctico en el que se contienen los hechos resultantes de la prueba practica, tanto directa como indirecta o indirecta. Con esto queda preparara ya la aplicación de la norma jurídica correspondiente, lo que tiene lugar mediante el denominado juicio de derecho".

[772] VERA DONAYRE; *"Elementos del tipo penal de prevaricato"*, cit., Pág. 118.

3. TIPO SUBJETIVO

Como apunta Bramont-Arias Torres[773], el dolo incluye el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha relación es antijurídica –no incluye la conciencia de la antijuricidad-. En el mismo orden de ideas, Rojas Vargas comenta respecto del elemento "a sabiendas" del art. 418 del CP: "Existiendo ley expresa sobre un determinado aspecto de la regulación jurídica o del desempeño funcional, que es (debe ser) de conocimiento del magistrado, y en tal contexto éste desacata el texto expreso de la norma, para optar por un criterio personal o discrecional o simplemente apartarse del cauce legal, ello será suficiente para configurar un marco de actuación infractor de la norma penal, por el tipo penal 418(...)"[774]

Ello significaría un mayor rigor o exigencia a los jueces, que a los funcionarios administrativos, tal vez basada en que los jueces saben o deben saber más el Derecho, que los funcionarios administrativos, y que como dice Rudolphi les compete "garantizar y realizar" el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación judicial (así, el dominio del Derecho, preservar la legalidad, la función del Derecho de crear un ordenamiento adecuado a la vida social, evitar decisiones objetivamente falsas, etc) y no infringirlo, no agotándose el injusto de la prevaricación judicial en la mera consecución de una lesión del bien jurídico, sino que también comprende la lesión de un deber específico del juez[775].

El estudio de los elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción delictiva no agota, a nuestro juicio, el contenido del tipo. Es preciso,

---

[773] BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel; *La tipicidad, el tipo doloso de comisión*; en: Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, Ed. San Marcos, Lima, 2003, p. 47.

[774] ROJAS VARGAS, Fidel; *"El elemento subjetivo "a sabiendas" en el delito de prevaricato: comentarios y problematizaciones"*; en Gaceta Jurídica, Num. 39 Diciembre 2001, p. 26.

[775] MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000, Pág. 56.

todavía, analizar todo aquello que pertenece a la dirección de voluntad del autor. En los delitos dolosos, esta parte subjetiva del tipo estará compuesta por el dolo y, en algunos casos, por los elementos subjetivos del injusto.

El dolo es conocimiento y voluntad de hacer los elementos objetivos del delito. Así, una de las particularidades de la tipicidad subjetiva es el sujeto tenga *"certeza sobre lo se debió conocer"*, es decir, sobre lo que se conoció para efectos de cometer el delito, pues a decir de Zaffaroni, dicha certeza nos conduce a establecer que: *"El conocimiento siempre es efectivo, es decir, que siempre debe referirse a contenidos efectivos de la conciencia"*[776]. Frente a aquel saber de la realización del tipo penal, debe operar un *"querer hacer"*, elemento que desde luego constituye no sólo la segunda vía exigible por el dolo, sino también la consecuencia lógica del conocimiento propiamente dicho. Al respecto, Zugaldía Espinar afirma lo siguiente: *"Para poder afirmar ese querer, es necesario primero constatar que el sujeto tenía conocimiento de lo que hacía pues se parte de que no se puede querer aquello que no se conoce o que, al menos, no se ha previsto. El conocimiento es un presupuesto necesario para afirmar la voluntad"*[777]. Sólo a partir de la verificación de dicho presupuesto, podremos hablar de la existencia del elemento volitivo, el mismo que a decir de Jescheck consiste: *"...en la resolución dirigida a la realización de la acción típica y en la ejecución de tal decisión; en la intención..."*[778].

El conocimiento propio del dolo requiere el conocimiento de la significación del hecho. Es evidente, que ello aparece como imprescindible en aquellos tipos que incorporan elementos normativos, pues su conocimiento implica una cierta valoración, y como el artículo 418° CP preceptúa el término "Juez", Fiscal", "resolución", "dictamen", "ley", etc., son conceptos que deben tener una explicación en sede extra-penal. A

[776] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2002, Pág. 522.

[777] ZUGALDÍA ESPINAR, José M; *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 2004, Pág. 496.

[778] JESCHECK, Hans Heinrich; *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Granada, 2003, Pág. 315.

nuestro juicio, el conocimiento es imprescindible, también, cuando de elementos descriptivos se trata. Que el elemento intelectual del dolo debe abarcar el conocimiento de los hechos descritos en el tipo objetivo, no suscita polémica en la ciencia penal. Es suficiente la representación de la conducta y sus consecuencias, aunque no sepa que la misma figura descrita en un tipo penal ("dolo neutro").

El autor tiene que saber y tener la voluntad de resolver contra lo que dispone la ley invocada como fundamento de su fallo o que los hechos o las resoluciones en las que se basó no existieron o no tuvieron la significación que él les otorgó[779]. Siendo el prevaricato una falsedad, como toda falsedad, según hemos adelantado, tiene que conformarse con un contenido subjetivo muy determinado: sólo incurre en falsedad quien sabe que invoca algo falso; lo cual importa reconocer en el tipo –aunque la ley no lo contenga expresamente- un verdadero elemento subjetivo cognoscitivo[780]. La jurisprudencia argentina ha dicho: "El delito solo se configura cuando se citan deliberadamente hechos falsos para fundar la resolución judicial"[781].

No existía ni existe, pues, un prevaricato objetivo o inadvertido por el juez. Esta característica determina que para imputar un hecho como prevaricato, no basta mostrar la incorrección jurídica de una sentencia; será preciso mostrar la incorrección moral del magistrado[782]. El solo objetivo de una resolución contraria a la ley expresa invocada por las partes o por el juzgador o la sola cita de hechos o resoluciones falsos, no constituye un prevaricato, pues puede ser fruto de una opinión de buena fe que obedezca a ignorancia, error, irreflexión o negligencia.

---

[779] DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires-Santa Fe, Pág. 421.

[780] CREUS, Carlos; *Derecho Penal. Parte Especial, Buenos Aires, tomo 2*, Buenos Aires, 1999, Pág. 318.

[781] Sup. Corte Bs. As., AS, 1968-161 (Extraído de: OSSORIO Y FLORIT, Manuel; *Código Penal de la República Argentina*, comentarios, jurisprudencia y doctrina, 11 ª Edición Actualizada, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, pág. 574).

[782] SOLER, 1963, Pág. 207.

El prevaricato no es compatible con ninguna de esas circunstancias, por perjudiciales que resulten, sino que presume la mala fe del juzgador[783]. Lo mismo cabría decir de la emisión de un dictamen –contrario al texto expreso y claro de la ley- hecho de manera negligente: por ignorancia o error inexcusable, no tiene cabida en nuestra tipificación penal. El Fiscal ha de actuar dolosamente cuando cita pruebas inexistentes o hechos falsos o cuando se apoya en leyes supuestas o derogadas para emitir su dictamen prevaricante.

La acción de un sujeto que se atribuye erróneamente la calidad de juez o fiscal sin serlo, es ¿Delito putativo o tentativa inidónea? El Profesor Rusconi ha dicho que "Tradicionalmente la discusión se reconducía a una simple inversión de la teoría del error, de este modo si se trataba de un error de tipo "al revés" la solución correcta era la tentativa inidóena y si se trataba de un error de prohibición "al revés" la solución era delito putativo. En verdad una y otra respuesta dogmática tiene consecuencias visibles en la respuesta estatal. El delito putativo es una conducta clásicamente impune, mientras que la conducta inidóena es punible en forma disminuida"[784]. Así, si el sujeto no cualificado que se atribuye esa calificación (por ejemplo, el secretario o el asesor de confianza) en forma errónea y comete algo similar a una acción de prevaricato desde un punto de vista externo, éste sólo realiza un delito putativo.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito en comento se consuma con la formación del dictamen o resolución[785]. No se precisa una efectiva lesión al bien jurídico, por ello

---

[783] NUÑEZ, Ricardo C.; *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*; volumen II Tomo V, 1992, Pág. 14.

[784] RUSCONI, Maximiliano; *"El delito de prevaricato judicial"*, en: Rusconi, Maximiliano (Compilador), Delitos contra la administración de justicia, Buenos Aires, 2001, Pág. 19.

[785] CALDERON CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; *Derecho Penal, tomo II, Parte Especial*, 2001, Pág. 545. VERA DONAYRE; *"Elementos del tipo penal de prevaricato"*, cit., Pág. 119 "Reiteramos que el delito se comete y se

debe considerarse la prevaricación como un delito de pura actividad[786]. En consecuencia, la prevaricación judicial y fiscal se configura como un delito de peligro abstracto. Si su decisión es contraria a la ley, sin importar el perjuicio que pueda ocasionar, se encuadrará en el tipo de prevaricato. La jurisprudencia argentina ha dicho: "El prevaricato, *aun tratándose de un delito de carácter instantáneo*, puede integrarse en su realización por su pluralidad de actos del agente, por lo que el instituto de la prescripción comienza a correr a partir del ultimo acto de la conducta"[787]

El dictado de una resolución o dictamen no es algo automático, pues desde que el magistrado realiza un borrador, en papel hasta que la resolución se imprime, firma, une a las actuaciones y ejecuta, hay un largo comino. Pero no parece que un cambio de rumbo adoptado por el jugador en ese proceso implique, sin más, una tentativa. En efecto, estimamos que mientras que el Juez o el Fiscal tenga en su poder y bajo su control el escrito sólo estamos ante uno actos preparatorios impunes, no pudiendo hablarse siquiera de delito intentado[788].

Una resolución de alzada no puede transformar en prevaricato una resolución que no era prevaricante en el momento en que se dictó, porque la prevaricación está en la conciencia del juez o el fiscal y no en el auto mismo. En este sentido, el prevaricato es un delito formal[789]. En otras palabras, se ha sostenido que la prevaricación no existe si la resolución judicial no está firme, como si la injusticia cometida dependiera de la posibilidad de subsanación a través del sistema de recursos. No puede sostenerse tal apreciación, toda vez que la revisión de la decisión por

---

consuma con el dictado de la resolución o la emisión del dictamen, por lo que es uno de naturaleza instantánea pero con efectos que pueden perdurar en el tiempo. El tipo penal no exige acreditar el daño o resultado que se puede haber ocasionado. No se admite tentativa".

[786] FRISANCHO APARICIO, 2000, Pág. 195.

[787] Cam. Nac. Crim. y Corr., Sala VI, 23 de septiembre de 1993, JA, 1994-III, síntesis. Las cursivas son mías.

[788] Véase, de la misma manera: FERRER BARQUERO, 2002, Pág. 193.

[789] SOLER, 1963, Pág. 208.

un juez superior o tribunal puede corregir la grave desviación (porque prevaricar es salirse del camino), pero no neutraliza ni esconde el injusto típico realizado por el juez prevaricador[790]. Es decir, el delito se ha consumado formalmente produciendo todos sus efectos punitivos. En todo caso, la subsanación del error por un órgano superior –vía recurso impugnatorio- funcionaría como una especie de "excusa absolutoria" que no está contemplado en el actual Código penal.

La apertura de un proceso penal por el delito de prevaricato no deja en suspenso lo resuelto una resolución donde se cuestiona una mala aplicación de las reglas del derecho. Lo que busca un procesamiento penal es la acreditación del delito y la responsabilidad penal, y como consecuencia de ello, la reparación civil. Nada más. Al respecto, nuestra jurisprudencia constitucional ha dicho –parte pertinente– que "...debe desestimarse la alegada afectación a la inmutabilidad de la cosa juzgada, por cuanto el proceso penal por delito de prevaricato no tiene por objeto dejar sin efecto lo resuelto por el demandante cuando el mismo ejercía funciones jurisdiccionales"[791].

5. LA PENALIDAD

En cuando a las penas accesorias-disciplinarias a la pena privativa de libertad que acarra estos delitos contra la administración justicia, habrá que mencionar al artículo 426 del Código Penal que prescribe lo siguiente: *"Los delitos previstos en los Capítulos II y II de este Título, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2"*. En este caso, la inhabilitación produce, según lo disponga la sentencia: a) privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular (art. 36°, inc. 1); b) incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (art. 36°, incs. 2).

---

[790] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; en: Quintero Olivares (Dir), Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Navarra, 1999, Pág. 1319.

[791] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 15 de setiembre de 2003, Exp. N.° 1166-2003-HC/TC, en el caso "Víctor Raúl Martínez Candela",

6. ALGUNOS SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS DEL ARTÍCULO 418º DEL CÓDIGO PENAL

6.1. ¿El apartamiento de una jurisprudencia plenaria vinculante por parte de un magistrado constituye delito de prevaricato?

La pregunta que cabe hacernos es la siguiente ¿Si un magistrado se aparta de las líneas dogmáticas dominantes cometería delito de prevaricato? Vayamos por parte, el artículo 418 CP sólo sanciona cuatro supuestos puntuales, no más, y esto responde al principio de legalidad que debe primar al momento de la tipicidad. Ahora, si dentro del concepto de ir contra del texto claro y expreso de la *ley* implica salirse de las líneas dogmáticas dominantes, por ejemplo si el Código penal –que es una ley- sigue según sus exegetas una tendencia finalista, sin embargo, a la hora de su aplicación a un determinado caso concreto interpretan el Código penal bajo los cánones del sistema causalista-positivista, o por ejemplo un magistrado aplica a un caso concreto la teoría unitaria de la autoría para los delitos dolosos, no obstante que la ciencia penal peruana y comparada aplica la teoría del dominio del hecho ¿éste supuesto se puede decir que cumple con las exigencias del art. 418 CP?

A nuestro juicio tenemos que responder de manera negativa, estos supuestos necesariamente responde a un criterio de interpretación de las normas, está dentro de lo que se llama el "criterio de consciencia" de los magistrados, y eso no puede ser de ninguna manera una causal de imputación penal por prevaricato. Lo contrario sería suponer que todos los jueces y fiscales sigan una línea doctrinal y jurisprudencial que su formación profesional no sigue la mayoría, pero eso así, el apartamiento del magistrado de la doctrina y jurisprudencia penal dominante debe ser motivada para evitar suspicacias. La doctrina ha resuelto que no constituye el delito prevaricato el apartamiento de una doctrina plenaria por parte de un magistrado[792].

[792] BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar R.; *Código Penal y leyes complementarias*, 2, Buenos Aires, 2003, Pág. 704.

Un juez de raíz continental, puesto ante la tesitura de escoger entre aplicar la jurisprudencia emanada de un Tribunal Superior o bien interpretar la ley del modo que le parece correcto –separándose de aquel precedente jurisprudencial-, no está obligado a prestar un rígido acatamiento al precedente jurisprudencial. "Ello no significa –según Benlloch Petit- que en nuestro contexto jurídico no se advierta la importancia de salvaguardar la igualdad en la aplicación judicial de la ley ni se perciba la conveniencia de evitar excesivas disparidades en la resolución judicial de casos idénticos. Lo que sucede es que para consecución de este deseable objetivo se ha preferido –en vez de acudir a la figura del precedente vinculante- recurrir a la vía de los recursos como instrumento unificador de la interpretación de la ley"[793].

Actualmente, no sólo existe una cierta vinculación del juez a la ley penal, sino también existe una vinculación del juez hacia los "precedentes" como un valor fundamental y casi "excluyente" en el sistema penal[794]. En efecto, existe un efecto vinculante de la ley a través del

---

[793] BENLLOCH PETIT, Guillermo; *"¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (Caso Santiago Raposo)"*, en: Hurtado Pozo, José (Director), Interpretación y aplicación de la Ley penal, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2005, Pág. 226.

[794] HASSEMER, Winfried; *Crítica al derecho penal de hoy*, traducción de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, (primera reimpresión 2003), Pág. 42 y 43 "Junto a una formación y selección de los juristas orientada al estado de derecho, para la concreción de la prohibición de analogía son también de importancia sobre todo dos cuestiones que caracterizan en cierta medida a nuestra justicia penal: la formación de la jurisprudencia en un sistema transparente y su acompañamiento crítico por la opinión pública. El temor de que la prohibición de analogía a disposición del juez tenga como consecuencia subjetivismos imprevisibles e indominables por parte de los jueces particulares en perjuicio del afectado, carecería de fundamento; no se tomaría en cuenta que la jurisprudencia, en las formas de organización modernas, constituye un sistema complejo de información, control y corrección recíproca. La jurisprudencia está "sujeta" a sí misma (menos afectivamente a la ley, sino, en la práctica, en forma múltiple): las instancias más bajas en la misma causa, a la decisión de las más altas, y todas a la "opinión dominante" o a las propias tradiciones del tribunal. La mayoría de estos vínculos son informales, pero no por ello menos efectivos; por regla general, evitan modificaciones espontáneas. Por cierto, su problemática también se ve claramente: la falta de transparencia de un sistema complejo para quien está fuera de él. Aquí solamente se puede ayudar a

derecho creado por los mismos magistrados en aplicaciones anteriores a la ley[795]. La actividad de los jueces suele acomodarse a las llamadas "tendencias jurisprudenciales" y estas tendencias deben de adecuarse a ciertos estándares que impone la dogmática jurídico-penal, que en definitiva es la misma doctrina aplicada al caso concreto[796]. En tal sentido,

largo plazo mediante los instrumentos "blandos" de una mejor información de la opinión pública acerca del interior de la justicia (medios, instrucción jurídica)".

[795] Sobre esta cuestión véase: FIERRO, Guillermo J.; *Legalidad y retroactividad de las normas penales,* Buenos Aires, 2003 En argentina la jurisprudencia penal plenaria, al igual que el instituto de la casación, y otros medios procesales como el recurso de inaplicabilidad de la doctrina legal, responden a la necesidad de uniformar la jurisprudencia respecto de ciertos puntos conflictivos, habiéndose discutido su alcance retroactivo, el cual se le acuerda pues la equiparación a las leyes interpretativas". Así, SAN MARTÍN CASTRO, César; *"Estudio preliminar, presentación y prólogo"* al libro de Miguel Pérez Arroyo, La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005), Lima, 2006, Pág. 13El opina que el valor de la jurisprudencia del Supremo Tribunal, conforme a la legislación vigente, se desenvuelve a partir del presente panorama:

a) El artículo 22° de la LOPJ estipula que, en principio, no cualquier sentencia del Tribunal Supremo puede configurar doctrina jurisprudencia y vincular a los tribunales inferiores. Sólo lo serán aquellas Ejecutorias que trimestralmente la propia Sala Suprema define y únicamente en el ámbito concreto *–ratio decidendi-* que ella misma disponga. La Obligatoriedad de los fallos, sin embargo, no es absoluta, pues los jueces y magistrados pueden apartarse de su sentido siempre que lo motiven expresa y especialmente *–exigencia de previa motivación de la discrepancia.*
b) El artículo 80°. 4 de la misma LOPJ modificado por el artículo 2° de la Ley número 27645 también permite al Supremo Tribunal instituir fallos vinculantes o de principio. Para esto se requiere que trimestralmente así lo acuerden la Sala Plena de la Corte Suprema. En este supuesto, pareciera que no cabe que ningún órgano jurisdiccional inferior pueda apartarse de este tipo de sentencia.
c) El artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto legislativo número 959ª, semejanza del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

[796] Debemos citar, por ejemplo, el Pleno Jurisdiccional de fecha 13.Oct.06 (Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116) expedida por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de la República. En ella se fija puntos relevantes para efectos de una correcta interpretación de la denominada "Cosa Juzgada en relación al delito de Asociación ilícita para delinquir". Dicha ejecutoria como se sabe tiene carácter ***vinculante para el resto de instancias judiciales.*** Así, se expresa que *"Dada*

el análisis e interpretación jurisprudencial es veces un "fiel reflejo" de lo que pasa en el análisis e interpretación doctrinal. La interpretación que realizan los jueces –en materia penal– es una interpretación que debe seguir los cánones que impone la doctrina dominante. Una prueba de ello es, por ejemplo, cuando los juzgadores tratan de conceptuar la autoría en derecho penal; y para ello se basan en lo que la doctrina mayoritaria, hasta la fecha, ha establecido como "dogma", es decir, la teoría del "dominio del hecho". Así: *"Es autor todo aquel que realice la acción típica o alguno de sus elementos, y, en los delitos doloso, será también autor el que tenga el* ***dominio final del hecho****, aunque no haya realizado la conducta típica"*[797].

---

la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar como doctrina legal y disponer ***su carácter de precedente vinculante****"*. En ese sentido, citada la ejecutoria suprema vinculante tiene dicho, parte pertinente, lo siguiente: "***Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan -no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes*** *y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar"*. Agrega, la ejecutoria en la parte final lo siguiente: *"En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir* ***se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo****"*. Como se puede observar, la citada ejecutoria suprema vinculante delimita de manera correcta el aspecto típico objetivo del Delito de Asociación Ilícita para Delinquir (artículo 317° Código Penal). En ese sentido, para la interpretación correcta del Delito de Asociación Ilícita para Delinquir se tiene que seguir *"ésta"* línea jurisprudencial con todas las características que se han mencionado anteriormente y *"no otras"* interpretaciones jurisprudenciales.

[797] CNCCorr, sala V, 18-8-2004, "Acevedo Benmuya, Ezequiel Salomón", c. 24.941, Intranet.

Así, en este punto tenemos que citar la Sentencia del Tribunal Supremo español del 11 de diciembre de 2001, en el caso *"Santiago Raposo"*, parte del silogismo que a continuación se describe[798]: en primer lugar la premisa mayor, toda resolución judicial es injusta –y realiza, de esto modo, el tipo objetivo de la prevaricación- si se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo; en segundo lugar la premisa menor: en el sentido que todo juez o magistrado conoce, como experto en derecho, la doctrina casacional aplicable a las cuestiones sometidas a su enjuiciamiento, de modo tal que, cuando se aparta de dicha doctrina, necesariamente lo hace a sabiendas y, por tanto, concurriendo el dolo requerido por el tipo subjetivo de la prevaricación; y por último la conclusión es la siguiente: todo juez o magistrado que se aparta en alguna de sus resoluciones de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo aplicable a la cuestión sometida a su enjuiciamiento comete el delito de prevaricación judicial dolosa.

6.2. La agravante que faltaba en el artículo 418° Código Penal: cuando el prevaricato versa sobre una sentencia condenatoria

Un aspecto sumamente relevante que debió tipificarse es si el dictado si la conducta prevaricadora se da en una sentencia condenatoria, lo cual merecerá un mayor disvalor de la acción por parte del Juez Penal. Este supuesto sí lo tiene, por ejemplo, el Código penal de Costa Rica (artículo 350) que prescribe lo siguiente: *"Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión"*. Como puede observarse, sólo el Juez Penal –y en sentido amplio a un Tribunal Penal- puede ser sujeto activo de esta circunstancia agravatoria en la medida que únicamente él puede emitir –y también confirmar-

[798] Véase para más detalle: BENLLOCH PETIT, Guillermo; *"¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (Caso Santiago Raposo)"*, en: Hurtado Pozo, José (Director), Interpretación y aplicación de la Ley penal, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2005, Pág. 216

una sentencia condenatoria. Al parecer no resulta lo mismo prevaricar dolosamente en una sentencia condenatoria –siendo indiferente si es de ejecución suspendida o efectiva– donde se aniquila el derecho a la presunción de inocencia y en el peor de los casos al derecho a la libertad del imputado si es condena efectiva. Un dictamen fiscal donde se "opina" de un tema procedimental, aún cuando éste sea de una acusación sustancial de condena prevaricadora no afectará demasiado el bien jurídico-penal tutelado "Administración de Justicia" aunque sí habrá que poner énfasis que en ambos el delito de prevaricato igual estaría consumado.

El problema es cuando a la afectación de un bien jurídico institucional "Administración de Justicia" se conecta otro bien jurídico de carácter personal "libertad", esto debe tener una respuesta racional y gradual en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. En todo caso, reiteramos que de *lege ferenda* debería incorporarse dicho supuesto en nuestro Código Penal, pero mientras tanto la circunstancia agravatoria debería hacerse sólo en el ámbito de la determinación judicial de la pena, incrementándose hasta el límite máximo de pena abstracta que impone el artículo 418 CP.

6.3. ¿Debería tipificarse el delito de prevaricación en forma culposa?

La llamada "prevaricación negligente" puede proceder no sólo del desconocimiento mínimo de las normas legales que corresponde tener en cuenta, sino de la desidia por la prueba o por la averiguación de los hechos, o por el impulso del proceso, que dé conjuntamente lugar a una resolución o dictamen basada en datos incorrectos, deformados, no contrastados con pruebas realmente controladas por el Juez[799]. La

[799] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; en: Quintero Olivares (Dir), Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Navarra, 1999, Pág. 1323. Así, a nivel del derecho comparado puede citarse los casos de prevaricación culposa: El CP español castiga la prevaricación por imprudencia grave en el artículo 447: *"Juez o Magistrado que por imprudencia grave... dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta"*, y castiga la prevaricación por ignorancia

negligencia puede ser mayor, firmando los magistrados resoluciones o dictámenes sin leerlas siquiera. De hecho, el exceso de trabajo puede conllevar que, previo informe del ponente y tras una breve discusión verbal del asunto, los magistrados suscriban sin reparo alguno la resolución o dictamen que se les presenta[800].

Según Ferrer Barquero "...nos parece que la figura culposa de la prevaricación judicial debe desaparecer, tal y como, acertadamente, sucedió con la administrativa, pues estimamos que el bien jurídico con la modalidad dolosa, máxime si hemos defendido que la expresión "a sabiendas" cobija el dolo eventual. Y es que la propia acción de prevaricar, cuyo sentido etimológico –"andar torcido"- ha derivado en un sentido jurídico –"torcer el derecho"-, no parece abarcar a quien, en suma, sólo es negligente al impartir justicia"[801].

Un error judicial se da cuando por ejemplo el Juez o fiscal dicta y ejecuta una medida cautelar o un mandato de detención, respecto a una persona cuyos datos obran en el expediente no como imputado sino como testigo, y que ello se debido a un descuido "grave" y no a una enemistad. El descuido deviene de no revisar bien la resolución o dictamen y de haber utilizado como plantilla en el ordenador un escrito en el que constaban los datos de ese testigo. En tal hipótesis, no creemos que pueda hablarse de una prevaricación culposa, sino de un error judicial.

Al respecto, Ferreira, sobre el prevaricato culposo señala lo siguiente:

> "Por eso el derecho define lo que es mío (lo debido ser) a fin de hacerlo más patente ante mí mismo y ante los demás. En este sentido la definición que da la ley de derecho es soberana, porque es válida para todos los hombres, incluyéndome a mí mismo. En un caso dado el agente, en este caso el juez a quien le corresponde aplicar

---

inexcusable en el mismo artículo al *"Juez o Magistrado que por... ignorancia inexcusable dictare sentencia o resolución manifiestamente injusta"*.

[800] FERRER BARQUERO, 2002, Pág. 54.

[801] FERRER BARQUERO, 2002, Pág. 172.

la ley, podrá considerar que está actuando conforme este derecho, cuando en realidad está obrando antijurídicamente por error. La ley considerará esta decisión errada, pero no reprochará al juez su error. El reproche se hace a quien infringe el precepto derecho con conciencia de su infracción. Aquí entre en juego, por parte del autor, la cultura y jerarquía del cargo que desempeña, que le aleja de la posibilidad de explicárselo por error. En tanto sea mayor su jerarquía cultural, menor será el margen de error. El título de abogado y el desempeño de un cargo jurídico, como el de juez, prueban el conocimiento de lo decidido por él, y del conocimiento del derecho que debió aplicar y no lo hizo."[802]

La jurisprudencia argentina ha dicho: "No se configura este delito por el error de los jueces al calificar los hechos o al aplicar las normas legales, por que los jueces no están libres de incurrir en error, salvo existencia de prueba plena de que hayan precedido dolosamente"[803]. No debe de confundirse esta conducta que es dolosa, que consiste en falsear a sabiendas, con el mero error de apreciación de los hechos o el derecho en el que puede incurrir el juzgador, situación que es esperable de un ser humano y como tal posible; o por un insuficiente conocimiento; a falta de concentración; o aplicación necesaria a la cuestión que se ventila.

Coincidimos con Frisancho Aparicio que reprimir el error en el delito de prevaricato sería atentar contra el principio de independencia y libre determinación de los magistrados (jueces y fiscales). Dentro de la facultad de interpretar la ley y crear el derecho en el caso necesario, que presupone la libertad de criterio y de apreciación, cabe admitir la posibilidad del error[804].

---

[802] FERREIRA, Francisco; *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe de Bogotá, 1995, Pág. 133.

[803] Sup. Corr. Bs. As., 10 de septiembre 1959, AS, 1959 IV, p. 350.

[804] FRISANCHO APARICIO, 2000, Pág. 193.

6.4. El tema concursal del delito de prevaricato con otros delitos

6.4.1. Con el delito de abuso de autoridad

Es fácil de comprender que el hecho punible no siempre se ajuste al supuesto de hecho de un único tipo penal, pues se común que el comportamiento delictivo sea de una complejidad tal que haga posible la aplicación de más de una disposición de la parte especial del Código penal. Así, en principio, el delito de prevaricato concursará con el delito de abuso de autoridad, pues éste último delito es considerado por la doctrina como un delito subsidiario de los demás ilícitos contemplados en el capítulo de "Delitos contra la Administración Pública". Mejor dicho, el bien jurídico protegido por este tipo penal es el de la administración pública la cual puede verse afectada por el arbitrario ejercicio de la función publica[805]; se buscaría con ello garantizar la regularidad y especialmente la legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo. Por lo tanto debe quedar claro que se trata de un delito especial propio, ya que solo un funcionario público, entendido en el sentido del artículo 425 del Código penal, dentro o en el ejercicio de sus funciones, puede configurar este ilícito. El delito de Abuso de autoridad se encuentra previsto en el artículo 376 del código penal, artículo modificado por la Sétima Disposición Final de la Ley N° 28165, publicada el 10 de enero de 2004, cuyo texto es el siguiente: **Artículo 376.-** *El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.*"

El bien jurídico protegido por este tipo penal es el de la administración pública la cual puede verse afectada por el arbitrario ejercicio de la

[805] DONNA, Edgardo; *Delitos contra la administración pública*, Buenos aires, 2002. Pág. 162.

función publica[806]; se buscaría con ello garantizar la regularidad y especialmente la legalidad de los actos de los funcionarios en las actividades propias de su cargo. Por lo tanto debe quedar claro que se trata de un delito especial propio, ya que solo un funcionario publico dentro o en el ejercicio de sus funciones puede configurar este ilícito. Este articulo aunque deja a la interpretación la determinación concreta de lo que se entiende por abuso, sin embargo el "abuso" consiste en el mal empleo de la autoridad que ejerce, mal empleo que estriba no en la errónea aplicación de la ley sino en la no aplicación de la ley; con lo cual finalmente el funcionario sobrepasa los limites de su competencia y no observa los preceptos legales que regula su función especifica.

El sujeto activo sin embargo no puede ser cualquier funcionario público, sino solo aquel que en el marco de sus atribuciones comete la acción típica, es decir solo que tiene mando y jurisdicción sobre los actos funcionariales de los cuales abusa[807]. Con respecto al acto arbitrario, podemos entender la arbitrariedad como la oposición del acto a las leyes; en el que el funcionario sustituye la ley por su propia voluntad[808]. El injusto de esta conducta se consuma tan solo con la orden abusiva o arbitraria; ya que el tipo no precisa si esta debe ser cumplida o no, pero si que runa los demás elementos que configuran el tipo, como son la idoneidad para causar perjuicio, y el manifiesto dolo en el proceder abusivo. Siendo que el tipo es considerado como uno de mera actividad, la referencia a la exigencia del perjuicio causado a alguien parece convertirlo en uno de resultado, pero lo haría rompiendo con el bien jurídico antes señalado como es el correcto funcionamiento de la administración publica, es por ello que no interesa el resultado cuando dicho funcionamiento ya ha sido afectado. Rojas Vargas entiende ese perjuicio como un resultado pero solo en la modalidad de cometer y no

[806] DONNA, 2002, Pág. 162.

[807] ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Delitos contra la administración publica en el código penal peruano,* 2003, Lima, Pág. 226.

[808] ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal. 1ª. Edición, Pág. 96.

lo exige en la de ordenar[809]. Por lo tanto el perjuicio debe entenderse como la posibilidad de cualquier menoscabo en intereses y derechos de la persona, es por ello que el acto es realizado precisamente para perjudicar a alguna persona concreta, la cual en este caso es mi persona en mi calidad de abogado.

En realidad, el prevaricato es un abuso de autoridad cometido por la específica situación anímica de la simpatía o la animadversión hacia alguien a quien pretende ocasionar provecho o perjuicio. Pero si eliminamos de su estructura la animosidad que lo caracteriza y distingue, nos queda un abuso de autoridad puro y llano. La diferencia entre quien abusa de autoridad con violación de la ley en perjuicio de terceros, al resolver o dictaminar funcionalmente asunto a su cargo, y quien abusando de su autoridad dirige su poder en perjuicio de terceros, el prevaricador concreta su abuso en su poder decisorio y dictaminante; el abusador llano lo extiende a cualquier otra actividad funcional o extrafuncional desde que fundamente su daño en su poder[810].

6.4.2. Con el delito de cohecho

Ahora si tenemos en cuenta el delito de cohecho, la Ley 28355 respeta la clasificación tradicional, es decir, *cohecho pasivo,* (art. 393, art. 394, art. 395, y art. 396 del Código penal) constituido por la acción del funcionario o servidor público que recibe, acepta o solicita una ventaja o beneficio por la ejecución u omisión de un acto funcional, diremos que el legislador ha tipificado como delito autónomo un acto preparatorio de aquel delito como es el tráfico de influencias (art. 400 CP), y también se ha preocupado de castigar penalmente los efectos que genera un acto de corrupción como el cohecho pasivo, que pueden constituir un delito autónomo como el prevaricato (art. 418 Código Penal). Si bien en el delito de cohecho también está implicado un magistrado, la diferencia con el delito de prevaricato es que en este último, la sanción está en una

[809] ROJAS VARGAS, Fidel. Ibid. Pag. 99.

[810] De la misma manera: FERREIRA, 1995, Pág. 148.

mala aplicación del derecho al caso concreto, mientras que en el delito de cohecho el motivo de la mala –o buena- aplicación del derecho al caso concreto viene motivado por un medio corruptor.

6.4.3. Con el delito de avocamiento indebido

La conducta de avocamiento indebido a causas judiciales pendientes se encuentra reprimida penalmente conforme lo establece el artículo 410° del Código Penal: *"Art. 410.- Avocamiento ilegal de procesos en trámite. La autoridad que, a sabiendas, se avoque a procesos en trámite ante el órgano jurisdiccional, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4."* Esta prohibición constitucional puede ser afectada por los propios órganos judiciales o de persecución penal como expresa Escalada López: [...] el principio protege la independencia y aún imparcialidad judiciales, es evidente que tales garantías constitucionalmente tuteladas pueden resultar vulneradas no sólo por la actividad del Ejecutivo, sino también por la del Legislativo, y aún por los propios órganos del Judicial. Conforme a esta interpretación, el derecho al juez legal pasa de ser una simple o mera tutela contra la arbitrariedad del Ejecutivo, para convertirse en un principio que protege contra cualquier intervención ilegal por parte del Estado y, por tanto, también contra las realizadas a través de los tribunales.[811]

El art. 410 que indica que *"La autoridad que, a sabiendas, se avoca a procesos en trámite ante el órgano jurisdiccional..."*, ya que si una de las causales del delito de prevaricato es ir contra el texto expreso de la ley, y la constitución es la ley suprema, y si ella expresa que ninguna autoridad puede ...entonces cabe indicar que el Tribunal Constitucional, máximo interprete de la Constitución y garantizador de los Derechos Fundamentales, ha señalado que frente a un proceso penal en trámite

[811] ESCALADA LÓPEZ, María Luisa; "El derecho al juez legal en el ordenamiento constitucional alemán". *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XIX N°1, julio 2006, pp. 179-204.

no puede aperturarse paralelamente una investigación por los mismos hechos, dado que dicho acto vulnera el artículo 139°, inc.2) de la Constitución, que prohíbe el avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano judicial, y el inciso 3) del mismo numeral, que reconoce el derecho al debido proceso[812].

---

[812] Habrá que advertir que la prohibición del avocamiento indebido como parte integrante del debido proceso no solo es una prohibición de carácter jurídico-constitucional (artículo 139°, inciso 2, segunda parte, de la Constitución Política), sino también se trata de una prohibición de carácter jurídico-penal; así de acuerdo al artículo 410° del Código Penal peruana estatuye lo siguiente: *"La autoridad que, a sabiendas, se avoca a procesos en trámite ante el órgano jurisdiccional, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1,2,3"*. El artículo en mención es muy claro en cuanto al sujeto activo: prescribe que puede ser cualquier autoridad estatal (o sea, puede ser un fiscal). Sobre el tema materia de la presente petición, cabe indicar que el Tribunal Constitucional, máximo interprete de la Constitución, ha señalado que frente a un proceso penal en trámite no puede aperturarse paralelamente una investigación por los mismos hechos, dado que dicho acto vulnera el artículo 139°, inc.2) de la Constitución Política, que prohíbe el avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano judicial, y el inciso 3) del mismo numeral, que reconoce el derecho al debido proceso. En cuanto al principio constitucional de la prohibición de avocamiento indebido, cuyo enunciado es *"ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones"*, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que la figura del avocamiento supone, por su propia naturaleza, *"...que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y que, en su lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera (que) sea su clase"* (véase: Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1091-2002-HC/TC, Fundamento primero). También en este sentido, tenemos que mencionar que el Tribunal Constitucional al expedir la sentencia de fecha 24.Oct.2005 en el *Hábeas Corpus* signado con el *Exp. N° 2521-2005-PHC/TC* consideró que el acto lesivo se produjo con el avocamiento indebido de un Fiscal Anticorrupción al conocimiento de una causa pendiente ante el órgano judicial, iniciando una investigación, con el apoyo de la autoridad policial, paralela a la que realizaban las autoridades judiciales competentes. Así, la citada sentencia sostiene respecto a las facultades del fiscal en la investigación preliminar que *"si bien la ley penal de la materia no configura nítidamente los perfiles de la investigación preliminar fiscal, pues la ley no fija plazos, procedimientos, limitaciones precisas, no cabe duda de que, en cuanto a la extensión de la actividad investigadora del Ministerio Público, esta debe cesar una vez cuando el Juez Penal asuma jurisdicción sobre los hechos."*

6.4.4. Con el delito de negativa del juez de administrar justicia

Otros de los delitos donde puede concursar con el prevaricato es el delito de negativa del juez a administrar justicia (artículo 422 Código Penal). Dicho delito prescribe lo siguiente: *"El juez que se niegue a administrar justicia o que elude juzgar bajo pretexto de defecto o deficiencia de la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años"*. Como puede observarse en este delito lo que se sanciona fundamentalmente es una conducta pasiva-omisiva del Magistrado –en este caso sólo del Juez– tanto en el primer supuesto de no aplicar el derecho al caso concreto, como en el segundo supuesto cual es la de eludir un juzgamiento so-pretexto de un defecto o una deficiencia de la ley; mientras que en el delito de prevaricato lo que sanciona es una conducta fundamentalmente comisiva, yendo contra el texto expreso de la ley, citando pruebas falsas o leyes derogadas o supuestas para amparar una resolución o dictamen.

Tanto en el delito de prevaricato como en el delito de negativa del magistrado en administrar justicia se vulnera un mismo bien jurídico-penal "Administración de Justicia" como parte integrante de un bien jurídico más amplio "Administración Pública"; sin embargo, la diferencia entre ambos delitos está no en el grado de aproximación hacia la afectación del bien jurídico-penal, sino en el grado de estructuración típica que presentan ambas figuras, y el supuesto conflicto de superposición entre ambos sería resuelto bajo el *principio de la especialidad* de la conducta incriminada (pues sería un caso de concurso aparente de normas penales), pues el prevaricato (artículo 418 Código Penal) sería una norma genérica de protección del bien jurídico, mientras que el delito de negativa de administrar justicia (artículo 422 Código Penal) sería una norma específica.

Por otra parte, una especie de prevaricación orientada a la protección del medio ambiente es el regulado en el artículo 306° del Código Penal que prescribe lo siguiente: *"El funcionario público que otorga licencia de funcionamiento para cualquier actividad industrial o el que, a sabiendas, informa favorablemente para su otorgamiento* ***sin observar***

***las exigencias de las leyes y reglamentos sobre protección del medio ambiente**, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años, e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4*". Aquí lo que sanciona el legislador peruano es el comportamiento del funcionario público de no querer observar los requisitos legales y reglamentarios para el otorgamiento de licencia de una empresa, lo que constituye en sí una mala aplicación o "desviación" del derecho a un caso concreto. Nuevamente debe aplicarse el principio de especialidad que resolverá la supuesta superposición de normas penales, quedándonos con el presente precepto (art. 306° CP) cuando lo que está en riesgo abstracto es el bien jurídico-penal: "estabilidad del ecosistema".

6.5. Sobre el desconocimiento del requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal y su vinculación con la comisión en el delito de prevaricato

El magistrado tiene –y debe- de conocer que esta técnica, por a través de esa técnica es que le permitirá "trasladarse" a otra norma extra penal, en este caso a la Ley General del Ambiente (art. 149). Si un Fiscal –como este caso- no sabe o ignora de esta técnica penal legislativa de remisión hacia otras normas extra-penales está cometiendo delito de prevaricato. La vigencia y aplicación de las normas procedimientos para el ejercicio de la acción penal no está condicionada a la existencia de determinados valores de la sociedad, tampoco de aspiraciones de justicia social, ni mucho menos de equidad y de moral. Es decir, el magistrado no debe estar constreñido por sentimientos de "justicialistas". El Magistrado sólo debe a la Constitución Política y a las normas jurídicas, que son de aplicación inexorable para los casos que conoce, de acuerdo a su jurisdicción y competencia. En tal contexto, estos hechos se subsumen en el delito de prevaricato que descansa, precisamente, en el conocimiento diligente y actualizado que posee un Magistrado con respecto del ordenamiento jurídico al momento de resolver un caso.

Las reglas procedimientos que condicionan el ejercicio de la acción penal perdería su razón de ser cuando un Magistrado arguye, por ejem-

plo, que por encima sobre todo de la ley penal –en sentido amplio abarcando también como este caso normas y reglas procedimentales- **está ser justo y por tanto incumple una norma jurídica**. Este razonamiento podría darse en el campo de Filosofía del Derecho, de Teoría del Estado, y hasta en normas del derecho privado donde efectivamente hay un sinnúmero de fuentes del derecho, pero en el campo específico del derecho penal y procesal penal, no podemos trasladar dicho razonamiento.

En otras palabras, en cuanto a la acción típica requerida por el prevaricato, ésta consiste, en el caso de los fiscales, en emitir un dictamen o resolución **contraria al texto expreso y claro de la ley**, citando pruebas inexistentes o hechos falsos o apoyándose en leyes supuestas o derogadas. Lo que ha pasado en este caso es la primera modalidad de acción típica. La fuente primaria del Derecho penal es la aplicación de la ley penal, pues sino sería, la aplicación del derecho justo y necesario. Sería cualquier otra cosa menos un derecho penal formal. Estamos viviendo –para bien o para mal- en un Estado de Derecho, no en un Estado de Justicia.

Si bien un Magistrado –ya sea Juez o Fiscal- posee una cuota de discrecionalidad a la hora de decidir un caso, también es cierto que dicha discrecionalidad no debe realizarse violentando los principios que inspiran al ordenamiento jurídico-penal. Así por ejemplo, si existen determinados delitos económicos –entre los que se encuentra el delito ambiental- que poseen requisitos expresos de procedibilidad para su ejercicio penal ante el Poder Judicial[813], su respeto por parte de los magistrados en su aplicación no puede ser sometido a la una voluntad discrecional. Su aplicación debe ser en forma impositiva.

[813] La doctrina procesal denomina a estos obstáculos en la persecución de los delitos de contaminación como "condiciones procesales". Los presupuestos procesales son las condiciones de admisibilidad que debe reunir un proceso para asegurar tanto la validez de la sentencia (sea que se trate de condenatoria o absolutoria) como, según los casos, la del procedimiento mismo. En consecuencia, su inobservancia dará lugar a una defensa técnica como es la cuestión previa.

En resumen, no se trata de poner en tela de juicio aquella discusión en que es lo que más conviene: ser justo o ser legal en un caso. Esa discusión, a mi juicio, debe hacerse en otro plano –criminalización primaria: mejores leyes en el delito de prevaricato, mejores reformas en el Código Penal-, pero en este tema en concreto, se trata, simplemente de si se cumplió o no con la normatividad penal ambiental. Nada más. Si no se cumplió como en este caso, se ha tipicidad el delito de prevaricato de derecho, por ir en contra del texto claro y expreso de la ley.

San Martín Castro señala: "(...) la función persecutoria –investigación y acusación- se encuentra en el Ministerio Público (arts. 159, inc. 4 y 5, de la Constitución y 58° del CPP de 1991) que por lo demás, constituye un órgano público autónomo, separado de la organización judicial y regido por su propio Estatuto Orgánico (art. 158° de la Ley Superior y LOMP, aprobada por el Decreto Legislativo N° 52).[814] Eso significa que el Ministerio Público es el único órgano legalmente competente para evaluar si corresponde o no formalizar una determinada denuncia ante el Poder Judicial, así como, acusar o no a una determinada persona por la comisión de un delito. "La persecución penal del hecho punible constituye una obligación o un deber constitucional de un órgano público (...) en nuestro país corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal"[815].

De más está decir, que el representante del Ministerio Público –al momento de emitir un dictamen fiscal- debe de respetar determinadas reglas de juego al momento de procesar penalmente a una persona. Por ejemplo, el fenómeno actual de la administrativización del Derecho penal –económico- es algo que los magistrados peruanos no lo pueden obviar tan fácilmente, argumentando para ello que el Ministerio Público es ente autónomo y que deben únicamente a la Constitución. En tal sentido, podemos decir que actualmente el ejercicio de la acción

[814] SAN MARTIN CASTRO, Cesar Eugenio; *Derecho Procesal Penal*, 2° edición actualizada y aumentada Tomo I, Editorial Grijley, 2003. pp. 125.

[815] SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p. 313.

penal por parte del Ministerio Público es un ejercicio "reglado administrativamente" a determinados requisitos legales para su inicio, como por ejemplo las denominadas condiciones de procedibilidad del proceso que el mismo legislador los ha impuesto para determinados delitos económicos, y su incumplimiento acarreará la comisión del delito de prevaricato.

Bajo este razonamiento, podemos decir que cómo existen otras alternativas legales para poder controvertir la falta de un requisito de procedibilidad en el ejercicio de la acción penal en determinados delitos (por ejemplo, el delito de tala ilegal de árboles), la comisión del delito de prevaricato debe decaer en su tipicidad penal (también de su antijuricidad y culpabilidad), lo cual nos parece definitivamente un absurdo jurídico.

En esta misma lógica, podemos decir, que si una persona causa graves daños a la propiedad ajena, pero como llegaron a un acuerdo conciliatorio en la vía civil entre agresor y víctima, entonces la comisión del delito de daños ya no se verifica en el caso concreto porque el agraviado ya ejercitó la otra alternativa legal para el caso en concreto; o aquella persona que le ocasionó lesiones intencionalmente a otra persona, porque el agraviado lo perdonó porque era su amigo, no por eso las lesiones en el ámbito del derecho penal serán también perdonadas. En igual sentido, si un magistrado –en este caso Fiscal- ha emitido un dictamen que es manifiesto en contra del claro y expreso texto de la Ley –en este caso la vigente Ley General del Ambiente- está cometiendo flagrantemente el delito de prevaricato del artículo 418° del CP, por más que pueda existir –y de hecho existen- otras alternativas legales para poder controvertir la falta de un requisito de procedibilidad.

En suma, no podemos "perdonar" la comisión de un delito, como el delito de prevaricato bajo el argumento –absurdo en todo el sentido de la palabra- de que existen otras alternativas legales. El Derecho en general posee una amplia gama de alternativas legales para proteger los derechos, y no solo desde el punto de vista del Derecho penal; en la lógica de la resolución de fecha 30 de Junio del 2008 –que hoy se cuestiona

vía apelación- todos los delitos de la Parte Especial de nuestro Código penal no existieran, pues, porque mañana más tarde, si se ejercitó la "otra" alternativa legal, el delito tendrá que decaer.

IV. EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL O ARBITRARIA (ARTÍCULO 419 DEL CÓDIGO PENAL)

1. BIEN JURÍDICO TUTELADO Y CONSIDERACIONES GENERALES

En el artículo 419° del Código penal se tutelan simultáneamente dos bienes jurídicos: por un lado la "Administración de Justicia" y por otro lado, la "Libertad Individual", por eso, en algunos Códigos penales como en argentino el delito de detención ilegal está ubicado sistemáticamente en los delitos contra la libertad. Sin embargo, en nuestro Código Penal el delito en comento forma parte del delito de prevaricato, y por tanto, constituye delito contra la Administración de Justicia. En efecto, el delito del artículo 419° tutela lo siguiente:

a) Respecto al bien jurídico-penal "Administración de Justicia" como bien de carácter colectivo-institucional, podemos decir que la detención ilegal o arbitraria tutela penalmente el correcto tratamiento jurídico-procesal de la medida cautelar personal durante la tramitación de un proceso penal. Por ello sostenemos que el correcto tratamiento jurídico de la detención preventiva si bien forma parte de la justicia penal, ésta última comprende a su vez en una correcta administración de justicia en general.

b) Respecto al otro bien jurídico de carácter personal: el derecho a la "libertad individual" porque es precisamente lo que se afecta en una medida cautelar personal; la libertad es un derecho fundamental consagrado en diversas normas nacionales y supranacionales como: nuestra Constitución Política de 1993 en el art. 2 inciso 24) literal b.; la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 3 y 13; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 9; la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 7. La libertad individual derecho

> mediante el cual la persona humana alcanza un desarrollo constante en su vida en sociedad, y que como consecuencia de dicho desarrollo obtiene una serie de derechos amparados y regulados por nuestro sistema jurídico nacional. A decir del propio Tribunal Constitucional la libertad individual constituye: *"uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional"*[816].

La detención ilegal, ordenada o mantenida dolosamente por un Juez en contra de cualquier ciudadano afecta, principalmente, la legalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional y la confianza pública en que la labor del juzgador se realiza respetando los principios del Estado de Derecho[817]. El Juez penal es quien debe velar por los derechos y garantías que le asisten al imputado (derecho a la libertad, principio del *in dubio pro reo*, principio de excepcionalidad, principio de proporcionalidad, etc.), y sobre ese mismo juez es quien recae el deber de formar un juicio de valor sobre los indicios racionales de criminalidad, de determinar el avance procesal y acordar, en su caso, las medidas cautelares que sean procedentes para garantizar la válida prosecución del proceso penal, con la consecuente afectación de derechos fundamentales que su adopción puede conllevar, y el dictado de medida coercitiva se da, igualmente a través del auto de inicio de procesamiento penal y, en este punto habrá que separar dos cosas puntuales: todo auto de apertura de instrucción tiene una parte que contiene la **imputación penal**; y una parte que contiene las **medidas coercitivas** (personales y reales).

Y una de las instituciones más relevantes de las medidas coercitivas personales es sin duda lo que se regula en el artículo 135° del Código Procesal Penal. Artículo donde están contenidos los requisitos del mandato de detención –llamada actualmente "prisión preventiva" en el

---

[816] Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 1091-2002-HC/TC, en el caso: "Vicente Ignacio Silva Checa" (las cursivas son mías).

[817] FRISANCHO APARICIO, 2000, Pág. 213.

Nuevo Código Procesal Penal del 2004–. Como toda medida coercitiva se sustenta generalmente en dos instituciones fundamentales: el *"peligro de fuga"* y el *"peligro por entorpecimiento de la actividad probatoria"*.

En el supuesto de un mal procesamiento podrá cometerse un abuso de autoridad o algún otro delito contra la libertad, pero no prevaricato. El que la prisión preventiva presuponga el procesamiento del imputado, no quiere decir que también delinque el juez o el fiscal que dicta el auto de procesamiento en contra de una persona cuando no corresponde hacerlo, por cuanto lo que la disposición penal (artículo 419 Código Penal) requiere como elemento del tipo objetivo es el dictado de la prisión preventiva en forma irregular, no del procesamiento penal.

En el derecho comparado tenemos que citar el Código Penal español de 1995, que establece una doble regulación en el tema en estudio, distinguiendo ente el delito de detención ilegal material, tanto si media causa criminal (artículo 167) como si media causa criminal (artículo 530) por un lado; y el delito de detención ilegal formal por quebrantamiento de cualquiera de las garantías inherentes a la detención (artículos 530 y 531). Esta especial modalidad delictiva suele ser perpetua por funcionarios de policía, con lo que su regulación punitiva tiene una especial importancia ya que constituye una importante garantía de todos los ciudadanos frente a cualquier posible abuso policial.

2. DESCRIPCIÓN LEGAL Y ANTECEDENTE

El artículo 419 del Código penal prescribe lo siguiente: *"El Juez que, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o de un preso, que debió decretar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años"*. Como antecedente podemos citar al Código penal de 1924, que en el artículo 340°, inc. 1 tipificaba ya los supuestos de detenciones ilegales, así sancionaba al *"Funcionario público que ilegalmente privare a alguien de su libertad personal"*, inc. 2: *"El funcionario público que retuviere a un detenido o preso cuya soltura haya debido ordenar o ejecutar"*, inc. 3: *"El funcionario público que prolongare indebidamente la*

detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente". Además, el artículo 355° del Código Penal derogado de 1924 que prescribía casi en términos idénticos. Así, el artículo 355 decía: *El Juez que, maliciosamente, o son motivo legal, ordena detención, o no otorgara la libertad del detenido o preso cuya soltura ha debido decretar, será reprimido con multa de la renta de treinta a sesenta días e inhabilitación absoluta no menor de un año".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

El tipo penal sólo lo puede cometer el Juez en ejercicio de sus funciones, por tanto estamos hablando de un delito especial propio. Aunque el tipo penal solo refiera expresamente que se trata de un Juez, entendemos que sólo el Juez Penal tiene atribuciones para "detener" o "condenar" a una persona en un Centro Penitenciario, o para "autorizar" su excarcelación de un Centro Penitenciario.

3.2. Conducta típica

La resolución judicial que contiene la prisión preventiva sólo la puede decretar el juez penal. La libertad ambulatoria, *sólo* puede ser limitada por actos fundados del órgano jurisdiccional, en los casos y modos previstos por la ley, si esa limitación obedece a un fin procesal. El artículo 419° del Código Penal incorpora un término que debemos tener en consideración: "*El Juez que, **maliciosamente**...*". El legislador peruano ha querido direccionar la subjetivar del Juez de manera directa. Entiendo que la "malicia" en este contexto se refiere a que la detención o el no otorgar la libertad sea realiza sin "justificación legal" y a sabiendas de ello, sigue actuando.

Si bien la prisión preventiva tiene como presupuesto la tramitación de un proceso penal, esto no es del todo cierto, ya que también en la investigación preliminar puede decretarse una detención preventiva, la misma que tiene que ser solicitada por el Fiscal –como director de dicha investigación– y obviamente autorizada por el Juez Penal (por ejemplo

la Ley 27934, Ley que regula la intervención de la policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, en el artículo 3 establece lo siguiente: *"Habiendo **ordenado el Juez Penal** la detención preventiva **solicitada por el Fiscal**..."*).

Por tanto, este dato trae como consecuencia dos análisis: en primer lugar, que la comisión del delito de detención ilegal puede ser en los dos momentos procesales: en etapa preliminar y en etapa judicial, y en segundo lugar, que el Fiscal también interviene en el dictado de una prisión preventiva, y si el Fiscal de forma maliciosa o sin motiva legal, solicita la detención debe ser considerado como partícipe del delito en comento. En suma, habrá que advertir que el Fiscal si bien no tiene facultades de detención de una persona, sí puede solicitar –en base a su función requirente dentro del proceso penal– al Juez Penal que ordene la detención de una persona si se cumple sus presupuestos.

El artículo 419º tipifica dos supuestos concretos: en primer lugar, ordenar la detención de una persona, y en segundo lugar, no otorgar la libertad de un detenido o un preso que debió decretar. Veamos cada una de ellas.

3.2.1. Ordenar ilegalmente la detención preventiva de una persona

La primera modalidad es ordenar, que es lo mismo que decretar, mandar o disponer por medio de una resolución ilegal una detención preventiva, por lo que un Juez Penal debe verificar la concurrencia de las características propias de la detención preventiva (Excepcionalidad, Subsidiaridad, Proporcionalidad y Provisionalidad o temporalidad), pues si estas no se cumplen la detención es ilegal.

3.2.1.a. Los requisitos para el dictado de la prisión preventiva en el derecho peruano

El encarcelamiento preventivo tiene naturaleza procesal, protectora o cautelar de los fines del proceso a cuyo servicio exclusivo se halla: la

investigación de la verdad y actuación de la Ley[818]. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos expresamente ha sostenido que la prisión preventiva es una medida cautelar. Al respeto señala: "De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido mas allá de los limites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la *prisión preventiva es una medida cautelar*, no punitiva".

En el Derecho procesal peruano, según el artículo 135° del Código Procesal Penal (Modificado por la Ley 27753 de fecha 9 de junio de 2002)[819], los requisitos materiales concurrentes de la prisión preventiva, son los siguientes[820]:

a) La **prueba suficiente** para la aplicación de la prisión preventiva tiene como primera misión recolectar los primeros recaudos que realice el Fiscal. La prisión preventiva debe estar necesa-

---

[818] CAFFERATA NORES, José. "La Excarcelación", Depalma-Buenos Aires, 1988, Pág. 33.

[819] "*El Juez puede dictar mandato de detención, si ateniendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar:*

1. *Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.*
   No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado.
2. *Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y*
3. *Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intente eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para esclarecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.*
   En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida"

[820] Para más detalle, véase mi trabajo: REATEGUI SÁNCHEZ, James; *En busca de la prisión preventiva*, Lima, 2006, passin.

riamente precedido de una declaración previa que implique un juicio provisional de carácter incriminador: elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado –supuestamente inocente- podrá ser condenado.

b) En el derecho procesal penal peruano no se puede dictar prisión preventiva en ningún caso si la pena por el delito imputado tiene **sanción menor de un año de pena privativa de libertad**[821]. La prognosis de pena entiende que la ecuación no debe tener en cuenta la pena conminada en abstracto por el tipo penal de que se trate, sino la especie y medida de la pena en concreto, que eventualmente se aplicará.

c) El **peligro procesal** es considerado como uno de los requisitos –sino el más importante– para la imposición de la medida procesal-cautelar. Por eso resulta importante analizar cuándo y cómo, de acuerdo a las normas constitucionales se puede restringir la libertad ambulatoria del imputado. Cuando el imputado exterioriza una amenaza para los fines del proceso, comúnmente se hace alusión a dos extremos concretos: al peligro de fuga y al peligro de obstaculización o entorpecimiento de la actividad probatoria.

- El peligro de fuga debe interpretarse en la doctrina cautelar, como un *periculum in mora*. El peligro que el imputado siga en libertad tiene relación con el peligro de evasión o de fuga que se acrecienta cuando más grave sea la pena que surja como atribución de un hecho punible"[822]. La posibilidad de que el imputado utilice su libertad para obstaculizar la investigación, es causal denegatoria de la eximición de prisión

[821] Véase, para más detalle: REATEGUI SÁNCHEZ, James; *"Modificación de los requisitos materiales de la prisión preventiva. La reducción en la pena probable y la incorporación de la habitualidad delictiva"*, publicado en: Actualidad Jurídica, tomo 151, Junio, 2006.

[822] Véase: REATEGUI SÁNCHEZ, James; *En busca de la prisión preventiva*, Lima, Jurista editores, 2006, Pág. 206.

o de la excarcelación en las leyes procesales, por lo cual, a *contrario sensu*, dicha posibilidad se constituye en fundamento del encarcelamiento preventivo.[823] Para valorar el peligro de fuga tiene que reconducirse a cinco elementos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito, vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado; 5) conducta anterior y posterior al delito[824].

- El peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, o de alterar la verdad, frente a la posibilidad de que se actúe sobre las pruebas del delito dificultando o frustrando su objeción, o disminuyendo su eficacia. Semejante riesgo deberá ser neutralizado por el juez natural, quien podrá, incluso, recurrir al *"arresto"* del imputado, en aras del descubrimiento de la verdad sobre el hecho del proceso[825].

3.2.1.b. No otorgar la libertad de un detenido o un preso que debió decretar

Si bien es cierto que cuando un sujeto es procesado y condenado por un delito por un órgano jurisdiccional competente, también es cierto que un interno, por más delito que haya cometido, tiene derecho a determinadas condiciones mínimas de convivencia y seguridad al interior de un Centro penitenciario. Todo esto para acceder y alcanzar los objetivos impuesto por la Constitución Política del Estado y el Código de Ejecución Penal y su reglamento, cual es la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Enmarcado en la doctrina dominante de la Prevención Especial de la pena. Efectivamente cuando a un interno –sin razón justificada– se le traslada –por orden del Director del Centro Penitenciario– de un Pabellón a otro Pabellón, y donde éste

[823] CAFFERATA NORES, 1988, Pág. 24.

[824] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar; *Derecho Procesal Penal II*, Lima, 2003, Pág. 1126.

[825] CAFFERATA NORES, 1988, Pág. 25.

último no guarda el debido acondicionamiento para llevar a cabo los objetivos penitenciarios descritos, se está vulnerando flagrantemente la seguridad y las condiciones mínimas de convivencia al interior de un Centro Penitenciario, como desprendimiento del derecho fundamental del recluso de ser reincorporado a la Sociedad.

La segunda de las acciones típicas es no otorgar la libertad de un detenido o de un preso que debió decretar. La omisión del juzgador ha de estar referida, siempre, a la obligación o exigencia legal de otorgar la libertad de un ciudadano. El otorgamiento de una libertad se da, fundamentalmente bajos dos modalidades: cuando se han desvanecido los requisitos materiales de la prisión preventiva o cuando se ha sobrepaso el límite máximo exigido en la ley para mantener la prisión preventiva. La detención preventiva comprende no sólo el acto de detener, sino aquellos otros de mantenimiento o prolongación de la misma.

En cuanto a la prolongación indebida de una prisión preventiva es precisamente porque dicha medida cautelar se sustenta en la regla "rebus sic stantibus" o "regla de la variabilidad". Es decir, las medidas provisionales se encuentran sometidas a esta cláusula, de modo que su permanencia o modificación estará siempre en función de la estabilidad o cambio que los presupuestos que hicieron posible su adopción. San Martín Castro nos dice al respecto lo siguiente "Los presupuestos de la medida provisional responden a una determinada situación de hecho que el órgano jurisdiccional consideró existente en el momento de adoptar la medida. Esta situación de hecho puede sufrir modificaciones a lo largo del proceso, que necesariamente determinan un cambio en los presupuestos de la medida, a su vez, una variación de la medida adoptada"[826].

En esta misma línea, otra de las causas más comunes para no otorgar la libertad de un detenido es cuando se ha cumplido el plazo legal razonable de la prisión preventiva. Así, si por ejemplo, si la ley de leyes (la

[826] SAN MARTIN CASTRO; 2003, Pág. 1080.

Constitución Política) prescribe expresamente que el "...*detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente,* ***dentro de las veinticuatro horas***...". Como es sabido, el plazo razonable de las 24 horas es también un derecho no sólo a nivel constitucional sino a nivel Internacional (véase la Convención Interamericana de Derechos Humanos) o sea, una persona ***no puede estar privado de su libertad más allá de las 24 horas***. Generalmente en este supuesto se utiliza el proceso constitucional de Hábeas Corpus para obtener la libertad[827]. Si se tratase de un preso, el caso más común sería de aquella persona a la cual el Consejo Técnico del Centro Penitenciario donde purgaba pena le ha otorgado un beneficio penitenciario, no obstante ello, el Juez de la causa no le otorga la excarcelación correspondiente.

El hecho que un Juez emita una resolución judicial en la que se priva de su libertad a una persona, no significa que esta decisión no pueda ser objeto de control constitucional alguno, esta condición también conforma a la garantía del debido proceso, que constituye además un derecho fundamental. A mi juicio, no creo que ambas acciones sean incompatibles. En la acción penal se busca sancionar al Juez y en otra acción constitucional se busca la efectiva libertad de detenido o preso. Ahora bien, si no está dentro de la posibilidad legal del juez el devolver la libertad del detenido o preso (v. gr., cuando carece de competencia para ello o cuando el detenido está fuera de su jurisdicción), no será posible atribuirle la realización del delito.

La doctrina nacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son unánimes en aceptar que cuando nos encontramos ante una medida cautelar que limita la libertad personal; esta medida no puede ser indefinida en el tiempo y debe restringirse a un plazo razonable de detención,

[827] Así, en el Artículo 30 del Código Procesal Constitucional se regula la detención arbitraria en los siguientes términos: "Tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación de la integridad personal, el Juez resolverá de inmediato. Para ello podrá constituirse en el lugar de los hechos, y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia en el acta correspondiente y sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial".

luego de lo cual la medida resultaría desproporcionada e irracional por tanto ilegal e inconstitucional. Ello no sólo por la aplicación de las normas constitucionales y supranacionales sobre derechos humanos reseñadas, sino por mandato expreso de la ley en el caso de la prisión preventiva. En el artículo 137° del Código Procesal Penal se regula el plazo máximo de la prisión preventiva. El primer párrafo de dicho artículo establece lo siguiente: *"La detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 135 del Código Procesal Penal. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará.* ***A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado,*** *debiendo el Juez disponer las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales [...]"*. Se configura así, el derecho a la libertad procesal en cuanto es derecho del encausado el hacer cesar la medida de detención preventiva, cuando al vencimiento del plazo legal establecido en el artículo 137° del Código Procesal Penal, este no hubiere ejercido una defensa obstruccionista afectante del principio de celeridad judicial y no se le haya dictado sentencia en primera instancia, de allí que la doctrina y la jurisprudencia comparada califiquen dicha situación como arbitraria.

La libertad procesal supone, en este caso, la previa existencia de una negligencia jurisdiccional, al haberse negado o no haberse podido juzgar al encausado dentro del plazo legal establecido en el artículo 137° del Código Procesal Penal. La variación de la medida cautelar se sustenta en la acreditación objetiva de la vulneración del plazo razonable para sentenciar. La modificación de la situación del justiciable no debe menguar en modo alguno la continuación del proceso, ni tampoco impedir la adopción de medidas de prevención para asegurar su éxito.[828] En ese

[828] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio*, Exp. 2915-2004-HC/TC, Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2004.

orden de ideas, los presupuestos materiales que configurarían la libertad procesal serían los siguientes:

a) Vencimiento del plazo de duración de la detención preventiva.

b) Inexistencia de una sentencia en primera instancia.

c) Conducta procesal regular del encausado en la tramitación de la causa; vale decir, no incurrir en una defensa obstruccionista atentatoria de la celeridad y éxito judicial.[829]

Así también en el caso Silva Checa[830], el Tribunal Constitucional ponderó los diferentes plazos legales establecidos como plazo razonable en la detención preventiva. Esos criterios expresan uniformemente el desarrollo jurisprudencial de los Tribunales sobre derechos humanos, vislumbrados además en el derecho comparado. Constituyéndose en criterios validos y vinculantes para las instancias judiciales. Con todo se puede afirmar de cara a aquel desarrollo jurisprudencial, que la garantía al plazo razonable, se ha constituido en un derecho humano fundamental, y como tal, su estricta observancia constituye uno de los pilares del Estado de Derecho.[831]

---

[829] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio*, Exp. 2915-2004-HC/TC, Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2004.

[830] Sobre el particular, el Tribunal Constitucional recuerda que el artículo 137° del Código Procesal Penal establece 3 plazos respecto a la detención: a) 9 meses en el procedimiento ordinario, que es el procedimiento sumario regulado en el actual Código de Procedimientos Penales; b) 15 ó 18 meses, según sea el caso, para el caso del procedimiento especial, que es el actual procedimiento ordinario regulado por el Código de Procedimientos Penales; y, c) 30 ó 36 meses, según sea el caso, tratándose de procesos en los que se juzga delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de 10 imputados, o en agravio de igual número de personas o del Estado. Conforme dispone el segundo párrafo del mismo artículo 137°, dichos plazos, "cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y [que] el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Caso Vicente Silva Checa*, Exp. 0419-2003-HC, de fecha 17 de marzo de 2003, fundamento 3.

[831] José Caferatta Nores. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: 2000, pp. 190 y ss.

En este supuesto típico, la detención tiene "ab initio" una justificación legal, se ha cumplido con los requisitos formales y materiales de la detención o la reclusión del condenado en un centro penitenciario se encuentra plenamente justificada. Lo que se sanciona en este supuesto es que deviene en ilegal la privación de la libertad, vulnerándose con ello, y de manera dolosamente, las garantías constitucionales establecidas a favor del detenido o del preso –específicamente se vulnera el derecho al plazo razonable de la detención preventiva o el derecho a la excarcelación respectivamente–. La determinación temporal de las medidas cautelares y la tramitación rápida de los procesos es la base para resguardar el derecho fundamental a la libertad personal.

De la misma manera, el artículo 137 del vigente Código Procesal Penal regula la duración de la detención preventiva[832]. La excesiva du-

[832] Artículo modificado por el Art. 1° de la Ley 28105 de 21 -11 -2003. Lo previsto en el presente artículo, se aplica a todos los procedimientos en trámite, de acuerdo al Art. 2° de la Ley N° 28105 de 21/11/2003."La detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el Artículo 135° del Código Procesal Penal. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado, debiendo el Juez disponer las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales.
Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual.
La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que resolverá la Sala, previo dictamen del Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas.
El cómputo del plazo a que se refiere el primer párrafo de este artículo, cuando se trate de procesos complejos o se hubiere declarado la nulidad, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha del nuevo auto apertorio de instrucción. En los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos en fueros diferentes, el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención.
Una vez condenado en primera instancia el inculpado, la detención se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida. No se

ración de la prisión preventiva en sí no viola el principio de proporcionalidad representada en el plazo razonable, sino que viola, en primer lugar, el principio de inocencia que debe impedir que la prisión preventiva deba prolongarse más allá del tiempo estrictamente indispensable[833], desde el punto de vista del juez y del sistema judicial, la mantención de medidas coercitivas tiene siempre un alto costo en términos de la legitimidad del proceso, en cuanto estas siempre vulneran la presunción de inocencia, se aplican a quien legal y constitucionalmente debe ser tenido como inocente y que puede además resultar finalmente absuelto. Por lo tanto, los jueces estarán siempre interesados en su acortamiento y la resolución pronta del conflicto por vía de la sentencia[834].

---

tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufriere dilaciones maliciosas imputables al inculpado o su defensa.
La libertad será revocada si el inculpado no cumple con asistir, sin motivo legítimo a la primera citación que se le formule cada vez que se considere necesaria su concurrencia.
El Juez deberá poner en conocimiento de la Sala la orden de libertad, como la de prolongación de la detención. La Sala, de oficio o a solicitud de otro sujeto procesal, o del Ministerio Público, y previo informe del Juez, dictará las medidas correctivas y disciplinarias que correspondan.
Asimismo, el art. 253, inc. 3 del nuevo Código Procesal Penal 2004 señala lo siguiente: *"La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el* ***tiempo estrictamente necesario****, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva"*. Así, el artículo 272 del nuevo Código Procesal Penal del Perú establece que: *"1. La prisión preventiva no durará más de nueve meses. 2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva* ***no durará más*** *de dieciocho meses"*. Este mismo Código (artículo 273) establece que: *"Al vencimiento del plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refieren los numerales 2) al 4) del artículo 288"*.

[833] CAFFERATA NORES, José I.; *"Limitación temporal de la prisión preventiva y recepción de los "standars" de la jurisprudencia supranacional"*, en: La Ley, 2001-B, Buenos Aires, Pág. 354.

[834] DUCE Mauricio / RIEGO, Cristián; *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Velumen 1, 2002, Pág. 262.

En segundo lugar, viola de manera implícita el derecho a la libertad personal reconocida en el art. 2, numeral 24 de la Constitución Política[835], si bien en la Constitución Política del Perú no está regulado el plazo razonable de la prisión preventiva, sin embargo, como también lo señala el Tribunal Constitucional de Perú, se trata de un derecho que coadyuva al pleno respeto de los principios de proporcionalidad, subsidiaridad, necesidad, provisoriedad y excepcionalidad. En suma, más allá del plazo razonable de una prisión preventiva o de una condena cumplida no solamente constituye una violación a una garantía constitucional, sino también constituye un ilícito penal. En este supuesto también tiene relación con el art. 377 CP que prescribe lo siguiente: *"El funcionario público que, ilegalmente, omite, retarda algún acto de su cargo..."*, pero cuando la detención nace o surge teñida de ilegalidad, será de aplicación el primer supuesto típico contenido en el art. 419 del Código penal.

La diferencia entre ambos supuestos contemplados en el artículo 419° CP es que en el primero –ordenar la detención ilegal- sólo se refiere a una persona que ha sido detenida arbitrariamente en la tramitación de un proceso penal; mientras que en el segundo supuesto -no otorgar la libertad de un detenido o un preso que debió decretar-, a su vez caben dos posibilidades: no otorgar la libertad a un "detenido" o a un "preso".

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

En este punto, la acción prevaricadora requiere conciencia de la situación, pues, la prisión preventiva exige una resolución judicial fundada, vale decir, una expresa indicación de las circunstancias relativas

[835] Véase, en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú (Exp. 2915-2004-HC-TC) donde ha dicho que: "El contenido del derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable, viene dado por el adecuado equilibrio entre los valores que se encuentran en contrapeso al momento de aplicar la medida: por una parte, el deber del Estado de garantizar la expedición de sentencias penales justas, diligentes y plenamentes ejecutables; y, por otra, el derecho de toda persona a la libertad personal (art.2, 24) ya que se presume su inocencia, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad (art. 2, 24, e)".

al hecho, al delito y a su autor, lo cual no parece que pueda construirse semejante cuadro de situación por mera ligereza, dejadez o retardo[836].

5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma el Juez ordena la detención ilegal de una persona, o cuando otorga la libertad de un preso o de un detenido. Como se trata de un delito dd mera actividad y la técnica legislativa de protección es a través del peligro abstracto, no es necesario que la "orden" –ya sea para detener o no otorga la libertad– sea ejecutada efectivamente[837]. Si la persona fue detenida efectivamente o si sigue preso en un Centro Penitenciario, éstos supuestos serán catalogados como actos de agotamiento irrelevantes para perfeccionar el tipo penal en comento.

6. PENALIDAD

La pena que prescribe el tipo penal del artículo 419° CP es de pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

7. EXCURSO: EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

El artículo 143, inciso primero del Código penal argentino señala: "*El funcionario que retuviere a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar*". Se trata de un caso de privación de libertad *arbitraria*, que es un concepto más amplio que detención ilegal[838]. En

[836] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; "*La prevaricación judicial en el Código penal argentino*", en: Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba, 2001, Pág. 582.

[837] FRISANCHO APARICIO, 200.., Pág. 218.

[838] En este sentido: SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, Volumen II, Lima, 2003, Pág. 1098, pues el concepto de detención arbitraria, comprende supuestos de detención amparados en una ley, pero que contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respecto de los Derechos Humanos. De conformidad, parcialmente, con lo establecido por el Comité de Derechos

cuando a la conducta típica se trata de un delito cometido por omisión impropia[839], la misma que tendrá que ser realizado por un funcionario público colocado en posición de garante (delito especial) competente, cuya conducta típica consiste en dos supuestos concretos:

a) *Decretar* o disponer la soltura por sí mismo o en cumplimiento de una orden anterior de autoridad competente, a la que debe agregar su decisión (por ejemplo se omite dolosamente la libe-

---

Humanos (Informe N 44/79, párr.17), una detención será arbitraria cuando dicte: *"...conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respecto del derecho del individuo a la libertad y seguridad"; no consideramos –indica San Martín Castro- que sea arbitraria una detención dictada por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, pues ene se caso –según la propia dicción de la frase- se tratará de una detención ilegal".*

[839] En este sentido: ESTRELLA, Oscar Alberto/ GODOY LEMOS, Roberto; *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular, 2,* Buenos Aires, 1996, Pág. 84. "Es un delito de comisión por omisión pues se mantiene la privación de la libertad de una persona, omitiendo cumplir con la ley o la orden de soltura". BREGLIA ARIAS / GAUNA, Omar R; *Código Penal y Leyes complementarias,* Buenos Aires, 2001, Buenos Aires, Pág. 1040. De otra opinión: BACIGALUPO, 1983, Pág. 135, pues opina que se trata el art. 143, inc. 1 de un *puro delito de omisión.*
Asimismo, el art. 143, inciso primero ha sido interpretado por la jurisprudencia argentina como omisión impropia. Así en la Causa 31958 - "Ilaver, Leonardo N" - CNCRIM Y CORREC FED - SALA I - 06/07/2000 se puede ver: *"en el caso se presenta un delito de comisión por omisión -art. 143, inciso 1º, del código penal-: comisión, puesto que la acción se describe como la de retener, o sea mantener privado de su libertad al sujeto pasivo; omisión, ya que esa retención proviene de no haberse dispuesto la libertad o como sucede en el caso, de no haberse ejecutado la orden impartida por un funcionario competente (Conf. Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, tomo 1, Pág. 312, Ed. Astrea, 1996).- Se advierte que ha existido por parte de los imputados en estas actuaciones un abuso de las funciones que tenían a su cargo, manteniendo privadas de su libertad a siete personas, omitiendo dar cumplimiento a la orden de libertad impartida por el juez de la causa..."* (Texto completo al final).
En Alemania, sobre la base de la doctrina de la injerencia, se considera responsable de una detención ilegal dolosa en comisión por omisión quien, sin saber que una persona se encuentra dentro, cierra la puerta de una habitación (hacer precedente), omitiendo liberar al encerrado cuando posteriormente percibe las consecuencias de ese hacer precedente (Véase, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; *"La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición"*, en: R PCP, N 9, Lima, Pág. 327).

ración de una persona que ha cumplido ya la pena impuesta). En cuanto al sujeto activo tiene que tratarse de un funcionario público que tenga cierta capacidad de decretar directamente la libertad de una persona detenida, que general será el juez de la causa.

b) Tiene el deber de *ejecutar* la orden impartida por quien tiene a su cargo decidir la soltura (por ejemplo la orden actual y concreta del juez el decretar de la penitenciaria, mandando que se libere a un penado).

En cuanto al sujeto activo, puede tratarse de un funcionario del servicio penitenciario que reciben la orden judicial y no la ejecutan; también pueden ser los funcionarios policiales que reciben la orden judicial de libertad inmediata de un prevenido por conducto telefónico, y no lo acata; inclusive un funcionario del mismo juzgado (el secretario judicial responsable de ejecutar la excarcelación firmado por el juez a través del labrado del acta respectiva)[840]. Asimismo, ambos supuestos se tratan de un estado de detención que deben ser decretas *legítimamente*. También ambas son conductas que deben ser realizadas dolosamente, con conciencia de retener a un detenido o preso. Como puede observarse, en estructuras estatales puede darse la posibilidad de la división de trabajo y jerarquización de funciones, donde la responsabilidad penal generalmente recaerá en la toma de decisión emanada del jefe de repartición, o sea, por ejemplo del director del centro penitenciario, pero con amplias facultades para que éste delegue funciones a los funcionarios subalternos que lo ejecutan ya que simplemente cumplen las ordenes debidas.

Posteriormente, el art. 143, inciso segundo, del Código Penal argentino se tipifica el delito de prolongación indebida de la detención. En dicho tipo penal se prescribe: "*El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez*

[840] RAFECAS, Daniel; "*Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*", en: Niño/ Martínez, (Coord.) Delitos contra la libertad, Buenos Aires, 2003, Pág. 125.

competente". De acuerdo a la lectura del tipo, el funcionario público ha omitido cumplir con el deber de poner a una persona a disposición del magistrado competente. Se trata, en realidad de un delito contra la administración pública, con peligro para la libertad personal, y no de lesión a ella[841]. En cuanto al sujeto activo, se trata de un delito especial dirigido principalmente a funcionarios de agencias ejecutivas que son auxiliares de justicia (agencias policiales y demás fuerzas de seguridad) y no funcionarios penitenciarios. Nos encontramos en un caso de omisión impropia en la modalidad "escrita"[842] -no puede ser de otra forma en el modelo impuesto por el Derecho argentino-, además porque el hecho de privarlo de la libertad indebidamente –a través de la detención- se ocasiona un resultado lesivo para el bien jurídico al margen de que se individual (libertad personal) o institucional (administración pública).

Es decir, se tiene las dos condiciones para establecer el criterio de equivalencia de acción a una omisión: por un lado, en la posición de garantía: funcionario público, y por otro lado, aquel resultado lesivo que el funcionario público debe evitar. La condición objetiva, integrante de la omisión impropia, es precisamente que el funcionario público no lo pone a disposición del juez penal[843] competente. El tipo penal agrega

[841] MOLINARIO, Alfredo J.; *Los delitos II*, (Actualizado por Aguirre Obarrio), Buenos Aires, 1996, Pág. 68.

[842] DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal, Parte Especial, T II-A*, Santa Fe, 2001, Pág. 158 sostiene que la figura en cometario se trata de un delito de comisión por omisión consistiendo la acción en prolongar la detención de una persona, omitiendo ponerla a disposición del juez competente (por ej. juez de instrucción), dentro de los plazos legales. Por su parte, BREGLIA ARIAS / GAUNA, 2001, Pág. 1040 y 1041 afirman que se trata de un delito de comisión por omisión, que se consuma con el vencimiento del plazo dentro del cual el funcionario público con obligación la comunicar la detención al juez competente debe hacerlo. Asimismo, RAFECAS, "*Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*", cit., Pág. 132 apunta que "Se trata, nuevamente, de un delito de omisión impropia, dado que la infracción al mandato contenido en la norma prohibitiva consiste en no poner a disposición del juez a su debido tiempo, a un detenido que se tiene en custodia".

[843] Por Juez debe entenderse como todo aquel que integre al Poder Judicial, de la Nación o de las Provincias (Juez Federal, Nacional o Provincial), de cualquier

un elemento normativo, que la prolongación de la detención sea realizada "indebidamente", y para ello debemos recurrir al ordenamiento jurídico-procesal que fija las reglas de la coerción personal. Es decir, la detención en un inicio debe ser decretada legítimamente. En rigor es una expresión innecesaria y redundante ya que la tipicidad de las conductas se presume *juris tantun* que son antinormativas.

En el ámbito estricto de la conducta típica considero que se trata de un delito de omisión. Ahora bien, según la estructura del tipo penal me inclino por considerarlo un delito de omisión impropia escrito. La omisión está en la prolongación en el tiempo de forma ilegal. El art. 143 del Código Penal argentino constituye un tipo penal residual de los art 144 bis, inc. 1 y 143 inc. 1 del mismo texto punitivo. El delito se consuma materialmente cuando inmediatamente de vencido el plazo para poner el detenido a disposición del juez, el agente sigue manteniendo privado de su libertad.

Finalmente, el art. 143, inciso sexto, del Código Penal argentino tipifica el delito de omisión en hacer cesar o denunciar detenciones ilegales. Dicho tipo penal precisa lo siguiente: *"El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal,* ***omitiere,*** *retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver"*. La descripción típica, mal llamada según Soler "delito de connivencia con detención ilegal"[844], tiene como protagonista nuevamente a un funcionario público revestido de competencia para el cargo asignado. El funcionario debe haber recibido la noticia de una detención, por cualquier medio (escrito, verbal), siempre y cuando esté dentro de la asunción de competencia funcional. La pre-existencia para configurar la omisión punible es la noticia de un detención fuera de los mandamientos legales. Las

fuero o especialización (civil, penal, laboral) o grado de jerarquía (Juez de Paz, de Primera Instancia, de Cámara, Ministro de Corte). Quedan excluidos, en el tipo en cuestión, los funcionario representante del Ministerio Público, quienes les alcanza la figura delictiva anterior.

[844] SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, (actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, t IV, Buenos Aires, 1992, Pág. 50.

obligaciones que se imponen son disyuntivas: el funcionario tiene facultades debe disponer la libertad; si no tiene facultades debe dar cuenta del hecho ilegal. El tipo penal, de *lege lata*, utiliza varios verbos rectores: "omitir", "retardar" o "rehusar".

Acá puede observarse más nítidamente las zonas fronterizas que existe entre un delito de omisión propia y un delito de omisión impropia escrito, pues ambas realizaciones típicas tiene en común la descripción expresa "omitir". El tipo en cuestión está estructurado como un delito de omisión del funcionario competente que una vez enterado de la detención ilegal, no hizo nada en absoluto o realizó ciertos actos positivos (p. ej. tras enterarse abandona su puesto): basta el no cumplimiento de lo debido para encuadrar en el tipo penal[845]. En todo caso la pregunta sería: ¿ante qué figura omisiva estamos? Todos los verbos típicos tienen la misma finalidad delictiva: no hacer cesar o no dar cuenta a la autoridad quien deberá resolver el tema en cuestión. Si la detención fuera lícita, no existirá omisión alguna, ya que no se dará el requisito objetivo de toda omisión punible: la "situación típica", que es precisamente aquella privación antijurídica que pone en peligro concreto el bien jurídico: libertad personal, y el funcionario tendría la posibilidad física de revertir la situación procesal, y no lo realiza. En esta hipótesis delictiva, además, se afectaría a la administración pública.

En el extremo de la consumación, entiendo que la conducta se agota formalmente con la simple omisión o retardo, o el rehusamiento del funcionario, con lo cual estimo, finalmente, que se trata de una figura de omisión *propia*[846], es decir, que no se necesita de un resultado, del cual tenga que evitarse. Sería semejante a un delito de mera actividad tendiente a un delito de peligro abstracto para el bien jurídico: libertad personal.

---

[845] RAFECAS, "*Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*", cit., Pág. 151.

[846] En este sentido: ESTRELLA / GODOY LEMOS, 1996, Pág. 93. En cambio, RAFECAS, "*Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos*", cit., Pág. 152 parece incluir un supuesto de omisión impropia: "Es decir el funcionario competente será aquel que pueda responder, como *garante*, del cuidado del bien jurídico".

El inciso sexto del artículo 143 del Código penal argentino responde a una regla que no es sino la expresión concreta y particular de una norma más general, consagrada reiteradamente en el Derecho: que todo funcionario público que llegue a conocimiento de la perpetración de un hecho ilícito, tiene la obligación de denunciar su existencia a la autoridad competente, si no estuviere, hacerlo cesar de inmediato[847]. La detención que sufre la víctima puede ser a título de pena o no, y su ilegabilidad puede ser originaria, por haber sido ilegal la privación inicial, o superviniente, por cesamiento de su legimitidad[848]. La conducta típica debe ser realizada a título de dolo, es inadmisible la modalidad culposa.

V. EL DELITO DE INCOMPATIBILIDAD PARA EJERCER EN EL PROCESO LA LABOR JUDICIAL O FISCAL (ARTÍCULO 420 DEL CÓDIGO PENAL)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este delito lo que sanciona es la violación de los deberes de imparcialidad propios de servidor público[849]. Así, el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a los principios procesales en la administración de justicia destaca lo siguiente: *"Todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado bajo los principios procesales de legalidad, inmediación, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal, dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable"*.

Según Frisancho Aparicio de *lege ferenda*, propone la destipificación penal de este delito en vista de que suponen una vulneración al principio de intervención mínima que obliga a restringir el objeto de protección a

[847] MOLINARIO, 1996, Pág. 66.

[848] NÚÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, t V, Pág. 46.

[849] GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso / GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; *Delitos contra la Administración pública de conformidad con el Código penal de 2000*, Bogotá, 2004, Pág. 468.

aquellos ataques que lesionan gravemente, o ponen en peligro, igualmente grave, aspectos fundamentales a la eficacia, validez y fines del debido proceso[850]. Habrá que decir que efectivamente si un magistrado conoce en un proceso que anteriormente patrocinó como abogado, para tal supuesto existe las vías pertinentes que prevé las normas procesales como la recusación o impedimentos[851]; sin embargo, según la estructura típica del art. 420° Código Penal no contempla un *plus* de lesividad que es lo que marca la diferencia entre una infracción penal y una infracción extra-penal (como es una norma procesal de impedimentos).

La técnica legislativa de protección del art. 420° Código Penal se realiza a través del delito de peligro abstracto, lo cual lo pone en una categoría similar a una infracción extra-penal, es ahí, a mi juicio, el cuestionamiento de dicho tipo penal. Aquí cabrían dos posibilidades, o incorpora una técnica de peligro concreto, o simplemente se destipifica esta figura delictiva, dejándose para su protección a los remedios procesales.

---

[850] FRISANCHO APARICIO, 2000, Pág. 220.

[851] El Código procesal civil (artículo 307) establece que las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando (inciso 3) haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor. De la misma manera que las causales de impedimento y reacusación se aplican a los Jueces de todas las instancias y a los de la Sala de Casación (artículo 311 CPC), o debe ser el mismo Juez, que por decoro o delicadeza, deberá abstenerse de su función jurisdiccional, remitiendo el expediente al Juez que debe conocer de su trámite (artículo 313 CPC). Por otro lado, el artículo 29, inciso 7 del Código de Procedimientos Penales prescribe que el Juez en el procedimiento penal pueden ser recusados por el inculpado o por la parte civil, entre otros, por el siguiente supuesto: "Cuando hayan intervenido en la instrucción como jueces inferiores, o desempeñado el Ministerio Público, o intervenido como peritos o testigos, o por haber sido defensores del inculpado o del agraviado". Asimismo, el artículo 31° de mismo cuerpo de leyes prescribe lo siguiente: "También podrá ser recusado un juez, aunque no concurran las causales indicadas en el artículo 29, siempre que exista un motivo fundando para que pueda dudarse de su imparcialidad. Este motivo deberá ser explicado con mayor claridad posible en el escrito de recusación o al prestar el inculpado la primera declaración instructiva. En este último caso deberán escribirse textualmente las circunstancias alegadas por el declarante. Por igual motivo puede el Ministerio Público pedir al juez que se inhiba".

Lo que esta en juego permanente en este delito es la salvaguarda del concepto de "juez imparcial". Así, la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, destaca el derecho a un "tribunal imparcial". El parágrafo 1) del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e* ***imparcial****"*. Parágrafo 1) del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *"Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un juez competente, independiente e* ***imparcial****, establecido por la ley..."*. Parágrafo 2) del artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: *"Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oía en forma* ***imparcial*** *y pública..."*.

Artículo 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *"Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e* ***imparcial****, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra él en materia penal"*. En el caso de nuestra Constitución Política también se ha consignado de manera expresa el principio y derecho a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y asimismo el principio y derecho a un juez imparcial en el artículo 139 inc. 2 y artículo 139 inc. 1 y 3 respectivamente; por lo que dentro del contexto nacional se puede decir que ambas instituciones no tienen una identidad conceptual.

Sin embargo, la Ley Orgánica del Ministerio Público (artículo 19°) no es tan claro al respecto, ya que establece que los Fiscales no son recusables, pero deberán excusarse, bajo responsabilidad, de intervenir en una investigación policial o en un proceso administrativo o judicial en que directa o indirectamente tuvieses interés, o lo tuviese su cónyuge, sus parientes en línea recta o dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o por apoderado en el caso a que se refiere el artículo siguiente, inciso c).

2. DESCRIPCIÓN LEGAL Y ANTECEDENTE

El delito de incompatibilidad para ejercer en el proceso la labor judicial o fiscal se encuentra en el art. 420 del Código Penal peruano en los siguientes términos: *"El juez o fiscal que conoce en un proceso que anteriormente patrocinó como abogado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años"*. El antecedente directo del actual artículo 420° del citado Código Penal, se encuentra en el artículo 356° del Código Penal derogado de 1924 que prescribía casi en términos idénticos. Así el artículo 356° decía que: *"El Juez o el árbitro o el fiscal o el asesor que conociere en causa que patrocinó como abogado, será reprimido con multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación, conforme a los incisos 1° y 3° del artículo 27, por más de tres años"*.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Se trata de un delito especial propio en el sentido que sólo lo puede cometerlo el Juez o el Fiscal.

3.2. Conducta típica

La conducta típica del artículo 420° es bien simple, pues sólo se necesita que el Juez o el Fiscal efectivamente haya patrocinado como abogado una de las partes. La técnica legislativa prescrita en este tipo es de peligro abstracto, pues no se necesita que el conocimiento en un proceso que patrocinó como abogado cause un perjuicio a una de los clientes. Lo penalmente relevante en el marco de estas infracciones no reside en el mayor o menor importancia del asunto sometido a conocimiento del Juez o Fiscal, sino en que se dicte un acto, cualquiera sea el interés que reviste el asunto, que decide o dispone algo respecto de la relación procesal entablada en el litigio[852].

---

[852] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *"La prevaricación judicial en el Código penal argentino"*, en: Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba, 2001, Pág. 562.

Al respecto, Mixan Mass[853] señala lo siguiente: "En cuanto a quien ha sido defensor de una de las partes y luego es nombrado juez instructor o Vocal, el impedimento es doble: ético y legal; además, tal impedimento es convincente de por si; pues todo defensor se identifica y muchas veces hasta se apasiona con el interés de la parte que defiende, esta identificación con su cliente está además amalgamada con mucho amor propio y sentido de reputación profesional, de modo que quien logre la coincidencia de desempeñarse como juez o vocal en el mismo proceso haría propicia la ocasión para lograr a toda costa el triunfo de su ex cliente...".

Completa la idea el profesor Florencio Mixan, con la siguiente afirmación: "Cuando se trata del supuesto de la organización de abogados para defender, esto es, de los que nuestro medio se llaman Estudio Asociados o estudios Jurídicos Colegiados que se integran por lo general, en función de la integración de especialistas y asumen la defensa como entidad, como persona jurídica y si una defensa penal ha estado o está a cargo de uno de esas organizaciones para defender y también uno de los integrantes del mismo se aparta por haber sido nombrado juez instructor o vocal y se diere la coincidencia de que como magistrado tenga que resolver el caso... puede ser recusado; por ejemplo, si integró dicha organización para la defensa en su condición de especialista en Derecho Penal o Procesal Penal, pues no hay duda que haya intervenido en el asesoramiento del caso, salvo que acredite qué circunstancias de fuerza mayor no le permitieron (como por ejemplo, haberse encontrado en el extranjero o postrado en cama por razones de salud, etc.)..."[854].

3.3. Tentativa y consumación

Como se trata de un delito instantáneo, se consuma en el momento en que el Juez o el Fiscal toma conocimiento –y se contabiliza general-

[853] MIXAN MASS, Florencio; *Derecho Procesal Penal. Tomo III*, Edición Corregida y Aumentada, 1988, Pág. 369.

[854] MIXAN MASS, 1988, Pág. 370.

mente mediante el escrito de apersonamiento- del proceso cuando antes patrocinó como abogado. La tentativa resulta inadmisible pues se trata de un delito de mera actividad.

3.4. Penalidad

La pena que prescribe el tipo penal del artículo 420° Código Penal es de pena privativa de libertad no mayor de dos años. Resulta extraño que el legislador peruano no haya incorporado como sanción conjunta a la inhabilitación, como pasa con otros delitos que están ubicados en el mismo Capítulo III "Delitos contra la administración de justicia".

VI. EL DELITO DE PATROCINIO INFIEL (ARTÍCULO 421 CÓDIGO PENAL)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El abuso procesal significa la violación de alguno de los deberes que la ley impone a todos los sujetos en un proceso judicial: lealtad, probidad, veracidad y buena fe. El artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consagra como uno de los principios que rigen los procesos judiciales al principio de moralidad, al establecer que todos los sujetos procesales tienen los deberes de lealtad, probidad, veracidad y buena fe.

Que, en atención a lo dispuesto por los arts. 2°, 3°, 4°, 5°, 8°, 9° y 10° del Reglamento del Procedimiento Disciplinario de la Dirección de Ética Profesional, de los arts. 46°, 48°, 50°, 51°, 52° y 53° del Estatuto del Colegio de Abogados de Lima y de los arts. 1°, 3°, 14°, 15°, 31° y 48° del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú.

Tal como dispone el art. 1° del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, todo abogado tiene el deber de servir a la justicia y colaborar con su administración; su deber profesional es defender, con estricta observancia de las normas jurídicas y morales, los derechos de su patrocinado. Tal como dispone el art. 1° del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, todo abogado tiene el deber de servir

a la justicia y colaborar con su administración; su deber profesional es defender, con estricta observancia de las normas jurídicas y morales, los derechos de su patrocinado. Tal como dispone el art. 1° del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, todo abogado tiene el deber de servir a la justicia y colaborar con su administración; su deber profesional es defender, con estricta observancia de las normas jurídicas y morales, los derechos de su patrocinado. En efecto, el abogado debe obrar con honradez y buena fe tal como lo exige el art. 3° del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú: artículo 3° dispone que: *"El Abogado debe obrar con honradez y buena fe. No debe aconsejar actos fraudulentos, afirmar o negar con falsedad, hace citas inexactas o tendenciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la administración de justicia.* Así, el artículo 31° dispone que: *El Abogado ha de velar porque su cliente guarde respeto a los magistrados y funcionarios, a la contraparte, a sus Abogados y a los terceros que intervengan en el asunto; y porque no hagan actos indebidos (...)"*

El patrocinio infiel o desleal es un caso de abuso procesal, por tanto se determina siguiendo el proceso legal establecido para controlar y sancionar las conductas procesales indebidas. En el delito de patrocinio infiel es irrelevante la finalización del mandato, pues la prohibición de la representación de partes contrarias en un mismo asunto de manera sucesiva, supone la posibilidad de que haya finalizado un primer mandato, y seguidamente se constituye uno diferente otorgado por la contraparte, siempre y cuando se trate del mismo asunto.

La deontología profesional se sitúa en una esfera intermedia donde conviven normas exclusivamente de alcance ético y normas que no son sólo un juicio de desaprobación meramente valorativo de conductas sino que también normas de determinación en cuanto que su infracción lleva aparejada una determina sanción. El fundamento para que sean consideradas como deslealtades profesionales no está en el quebrantamiento de la lealtad o confianza que se presume de aquellos que participan como parte en un proceso respecto a la Administración de Justicia, sino que se trata de incumplimiento de deberes legales que tienen atribuidos los abogados y mandatarios judiciales en el ejercicio de su

profesión para lograr el correcto desarrollo de la función jurisdiccional a través del proceso[855].

El artículo 421 del Código Penal lo que sanciona es la secreta inteligencia entre el abogado-mandatario judicial y la parte contraria para perjudicar o engañar al propio cliente. El abogado que defiende a una de las partes, está obligadamente impedido para dar consejos o prestar asistencia a la parte contraria en un mismo juicio. Se trata de aquellos delitos donde se sanciona la deslealtad profesional de abogados y mandatarios judiciales frente a sus clientes. Los abogados que patrocinan o defienden y los mandatarios que representan a las partes en juicio, son sujetos cuya intervención perfecciona la relación procesal y, por tanto, el correcto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional también depende de ellos tanto como el juez; su actuación infiel la pone igualmente en peligro[856].

Finalmente en este punto habrá que mencionar que los delitos contra la Administración de Justicia son pluriofensivos, es decir, se trata de delitos que normalmente pueden atentar contra diversos bienes jurídicos. En concreto, no deben olvidarse ciertas consideraciones en relación con los bienes jurídicos involucrados en los preceptos objeto de análisis, puesto que los delitos de deslealtad profesional habitualmente no afectan exclusivamente al bien funcionamiento de Administración de Justicia como único bien jurídico protegido. Si bien el Abogado no es un funcionario, participa o al menos ejerce un papel auxiliar en el ejercicio de algunas de la Administración de Justicia, sin embargo considera que no es suficiente para fundamentar todas las conductas realizadas por los abogados o mandatarios judiciales incluidos como deslealtad profesional[857].

---

[855] PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, Navarra, 2000, Pág. 40.

[856] CREUS, 1999, Pág. 323.

[857] PÉREZ CEPEDA, 2000, Pág. 37.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1 Descripción legal

El artículo 421 Código Penal prescribe lo siguiente: *"El abogado o mandatario judicial que, después de haber patrocinado o representado a una parte en un proceso judicial o administrativo, asume la defensa o representación de la parte contraria en el mismo proceso, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años"*. El antecedente directo del actual artículo 421° del Código Penal, se encuentra en el artículo 357° del Código Penal derogado de 1924 que prescribía casi en términos idénticos. Así el artículo 357° decía que: *"El abogado o mandatario judicial que se coludiera con la parte contraria, o que sirviese por sus consejos o su asistencia a partes que tengan intereses opuestos, o que de otra manera perjudicase intencionalmente la causa que defiende o representa..."*.

2.2. Legislación comparada

El Código Penal español, en el artículo 467°, inc. 1 prescribe que: *"El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de laguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente e el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios..."*, inc. 2: *"El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años"*.

También debe citarse el caso del Código Penal de Costa Rica que en su artículo 352 sanciona el delito de la doble representación en los siguientes términos: *"Será reprimido con quince a sesenta días multa, el abogado o mandatario judicial que, después de haber asistido o representado a una parte, asumiere sin el consentimiento de ésta, simultánea o sucesivamente la defensa o representación de la contraria en la misma causa"*. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo tras-

pasó del 350 al 352). Empero, existe una figura delictiva en este mismo Código Penal de Costa Rica que sanciona una modalidad específica no contemplada en nuestro Código penal, cual es, que el patrocinio infiel haya efectivamente causado perjuicio a su "cliente" por entendimientos con la otra parte.

Así, el artículo 351 Código Penal de Costa Rica prescribe que: *"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el abogado o mandatario judicial que perjudicare los intereses que le han sido confiados sea por entendimiento con la otra parte, sea de cualquier otro modo"*. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 349 al 351). Finalmente, cabe destacar como novedad que el Código Penal de Costa Rica también sanciona (artículo 353) como sujetos equiparados del delito en cuestión a todos aquellas personas –asesores y funcionarios- que intervinieron en la comisión del delito. Así, dicha norma establece que *"Las disposiciones de los dos artículos anteriores serán aplicables a los **asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades**"*. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 351 al 353).

2.3. Tipicidad objetiva

2.3.1 Sujeto activo

Se trata de un delito cualificado por el autor ya que el artículo 421 solo sanciona aquella persona que ostente formalmente la categoría de "abogado" o "mandatario judicial". Un abogado (del latín *advocatus*) es aquella persona, licenciada en derecho, que ejerce profesionalmente defensa de las partes en juicio y toda clase de procesos judiciales y administrativos y, en general, el asesoramiento y consejo en materias jurídicas. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 284) *"La abogacía es una función social al servicio de la Justicia y el Derecho. Toda persona tiene derecho a ser patrocinada por el Abogado de su libre elección"*. La

verificación de abogado se tiene que hacer a través de la inscripción en un Colegio Profesional en el Perú[858].

Por otro lado, el mandatario judicial que siendo abogado o simple particular interviene en un proceso judicial, en representación de los derechos de terceros. Interviene con poder conferido por otro.

2.3.2. Conducta típica

La condición objetiva del tipo penal es que el abogado o mandatario judicial haya asesorado a una de las partes. Basta el conocimiento de que se sacrifican los intereses del propio cliente[859]. El Código penal no reprime la representación simultánea del abogado o mandatario judicial, sino sólo la representación sucesiva. Una forma de perjudicar los intereses de la otra parte que antes fue el clientes es por ejemplo, dejar pasar el término, emitir una prueba o dejar de pasar el término, dejar de utilizar los recursos legales o abandonar la prueba dando lugar a que se retracte el juicio.

Como se sabe, una de las condiciones típico-objetivas del artículo 421° del Código Penal es que el patrocinio indebido se realice tanto en el marco de un procedimiento judicial o en un procedimiento administrativo; sobre ésta última se custodia el principio de conducta procedimental en la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) que en el artículo 1.8 regula el Principio de conducta procedimental en

---

[858] Según el Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 285) para patrocinar se requiere:
1. Tener título de abogado;
2. Hallarse en ejercicio de sus derechos civiles;
3. Tener inscrito el Título Profesional en la Corte Superior de Justicia correspondiente, y si no lo hubiere, en la Corte Superior de Justicia más cercana; y,
4. Estar inscrito en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente, y si no lo hubiere, en el Distrito Judicial más cercano.(*)

(*) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo Unico de la Ley N° 27020, publicada el 23-12-98.

[859] SOLER, 1963, Pág. 213.

los siguientes términos: "*La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la* ***buena fe****. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna* ***conducta contra la buena fe procesal***".

La conducta típica del citado precepto tiene en cuenta el carácter contencioso de los litigantes en los que hay dos partes enfrentadas, con intereses opuestos. Es lógico, por tanto, que el abogado o mandatario judicial que representa a una de las partes no pueda pasar después a representar o asesorar a la parte contraria, salvo que sea autorizado expresamente para ello por su anterior cliente[860]. Respecto del abogado, es necesario que haya asumido el papel del defensor de una persona en relación con una causa o pleito concreto, no siendo suficiente con el simple asesoramiento en el mismo asunto a la parte contraria, resolviendo por ejemplo una consulta o emitiendo un consejo legal[861]. "Asumir la defensa o representación" implica que el abogado o el mandatario judicial hayan llegado efectivamente a tener conocimiento del asunto en litigio, no bastando, por tanto, una simple conversación o entrevista en la que sólo se revelan hechos notorios.

Se considera legítimo de la profesión de abogado en el cumplimiento del deber de defender los intereses del cliente que falte a la verdad en el proceso, que impute falsamente el delito o que haga recaer sospechas sobre todo acusado y que ofenda a los acusados, testigos e incluso a sus compañeros. Todas estas conductas que el ordenamiento jurídico prohíbe, sin embargo, están permitidas en esta situación. Por el contrario, en la realización de las conductas tipificadas como deslealtad profesional en ningún caso podrá invocarse la eximente de ejercicio legítimo de la profesión, porque, la "*ratio legis*" de que estén sancionadas penalmente

[860] MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2001, Pág. 896.

[861] PÉREZ CEPEDA, 2000, Pág. 101.

es que son conductas delictivas que se realizan frecuentemente en el ejercicio de la profesión y afectan al servicio prestado por la Administración de Justicia[862].

2.3. Tipicidad subjetiva

En cuanto al perjuicio que de cualquier otra manera puede inferir a su cliente en relación con la causa que le encomendó, debió ser intencional. No habrá delito cuando haya sólo negligencia o ignorancia.

2.4. Tentativa y consumación

La consumación se efectiviza cuando el abogado o el mandatario judicial *asume* la defensa o representación de la parte contraria. La asunción de la defensa a que se refiere el tipo penal en comento se produce cuando el abogado o mandatario judicial se ha apersonado efectivamente mediante un escrito al mismo proceso donde antes patrocinó a la parte contraria.

2.5. Penalidad

La pena que prescribe el tipo penal del artículo 421 es de pena privativa de libertad no mayor de dos años.

VII. EL DELITO DE FUGA EN LUGAR DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO (ARTÍCULO 408 DEL CÓDIGO PENAL)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En este tipo de delito se castiga todos aquellos actos que impiden o retardan las investigaciones que resulten necesarias para establecer la responsabilidad de las personas involucradas en un accidente automovilístico o de otro similar[863]. Al legislador peruano, entonces, le resulta-

[862] PÉREZ CEPEDA, 2000, Pág. 109.

[863] FRISANCHO APARICIO, 2000, Pág. 86.

rá indiferente la forma y la circunstancia de cómo se haya producido el accidente de tránsito, que puede haber sido ocasionado por caso fortuito, por imprudencia, o hasta provocado. Lo único que interesa es que el sujeto activo haya intervenido en dicho accidente automovilístico, agregado a ello y efectos de la sancionabilidad del precepto penal es que el sujeto *se aleje* del lugar del accidente burlándose posteriormente de las autoridades competentes. Es decir, lo que reprime es que el sujeto no colabore deliberadamente con el esclarecimiento de los hechos, brindando información necesaria, vulnerando con ello el bien jurídico-penal "administración de justicia".

Hasta aquí no habría mayores inconvenientes de que el delito en comento se trata de una estructura típica de omisión, pero quizá su ubicación sistemática se superpondría con los tipos penales que sanciona los delitos de exposición a peligro o abandono de personas en peligro (Capítulo V del título I "Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud" del Código Penal). En consecuencia, la ubicación sistemática del presente delito resultaría cuestionable si no vulnera un bien jurídico "Administración de Justicia" como el que tutela en el presente delito de fuga (artículo 408°); y esto se ve reflejado normativamente con la siguiente circunstancia fáctica: "*alejamiento del lugar de los hechos*" del sujeto activo.

Según la redacción del artículo 408° Código Penal el alejamiento del lugar se tiene que dar a través de dos motivos puntuales: por un lado, evitar la identificación del sujeto activo que intervino en el accidente automovilístico, y aquí existe cierta similitud con el delito de encubrimiento penal del artículo 404° Código Penal que prescribe lo siguiente: "*El que sustrae a una persona de la* ***persecución penal*** *o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia...*"; por otro lado, evitar las comprobaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos ocurridos, y aquí existe una similitud con el delito de encubrimiento real del artículo 405° del Código Penal que prescribe: "*El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo...*".

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Descripción legal

El artículo 408 del Código Penal prescribe lo siguiente: *"El que, después de un accidente automovilístico o de otro similar en el que ha tenido parte y del que han resultado lesiones o muerte, se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias o se aleja por razones atendibles, pero omite dar cuenta inmediatamente a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con noventa a ciento veinte días-multa".*

2.2. Sujeto activo

Se trata de un delito común porque el tipo penal en comento no condiciona su existencia a la verificación de una condición especial en el sujeto activo. La especialidad del sujeto radicaría en que el artículo 408° del Código Penal haya intervenido en el lugar de los hechos. Así lo establece dicho artículo: *"**El que**, después de un accidente automovilístico o de otro similar en **el que ha tenido parte**..."*.

2.3. Conducta típica

En primer término habrá que destacar que el artículo 408° CP destaca la frase el que "*...**después** de un accidente automovilístico...*", lo cual indica una sucesión temporal necesario en la línea de represión, en el sentido que el accidente debe ser anterior al alejamiento del lugar de los hechos. Además no cualquier accidente sanciona el Código penal, sino que viene condicionado por dos supuestos:

a) Sólo interesa aquél accidente que se a través de un automóvil, y

b) Aquél accidente haya provocado lesiones o muerte.

Un accidente de tránsito o siniestro de tráfico es un hecho tradicionalmente involuntario, que ocurre en una vía pública, que deja daños en las cosas o en las personas. Accidente, en su sentido jurídico, envuelve un aspecto de casualidad, de caso fortuito y en este sentido se habla co-

múnmente de "daños causados por mero accidente" en que se establece *a priori* que no ha habido culpa ni intención de causarlo.

Como puede observarse el artículo 408° se trata de un delito de omisión, ahora, a la pregunta ¿Qué tipo de omisión penal se trata? De acuerdo a la clasificación que se ha hecho en la ciencia penal, actualmente se habla de tres clases de omisiones: "omisión propia", "omisión impropia", "omisión y resultado típico"[864]. A mi entender, se trata del último supuesto, es decir, de una "omisión y resultado típico", ya que en primer lugar, el tipo exige un comportamiento omisivo del sujeto activo "*...se aleja del lugar...*", pero además, se exige un resultado posterior que del accidente automovilístico "*...han resultado lesiones o muerte...*".

Además, el tipo penal prescribe "*...y del que han resultado lesiones o muerte...*" por lo que no hace ninguna distinción estructural en cuanto a si la lesión en la víctima es de carácter grave o leve (artículo 121°[865] y 122°[866] del CP), por lo que debe entenderse que puede ser cualquiera

---

[864] Para más detalles sobre la clasificación de los delitos de omisión, véase mi trabajo: REATEGUI SÁNCHEZ, James; *El delito de omisión impropia,* Lima, 2002, Pág. 40 y ss.

[865] Art. 121 prescribe lo siguiente: "El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:
1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.
2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.
3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiere treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el agente puedo prever este resultado, la pena será menor de cinco ni mayor de diez años.
Cuando la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus funciones, se aplicará pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de doce años".

[866] Art. 122° prescribe lo siguiente: *"El que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud que requiere más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso,*

de las dos clases de lesiones que el Código penal prevé. Asimismo, debe entenderse incluido el delito de lesiones culposas (art. 124°[867] CP) y el delito con resultado fortuito (art. 123° CP), ya que lo que interesa –para este delito en comento– es la conducta posterior del sujeto de alejarse del lugar del accidente automovilístico, y no la conducta previa –de lesiones y muerte-.

El tipo penal permite que el sujeto activo pueda irse del lugar del accidente si existe razones que son atendibles para ello, como por ejemplo, si se encuentra herido y necesita atención médica urgente, pero al menos el sujeto –según la norma imperativa del artículo 408° CP- tendrá que comunicar inmediatamente a la autoridad, y si no lo hace también se verificará la tipicidad objetiva. El término "autoridad" desde el punto de vista del Estado, puede ser considerado como la fuerza ejercida por una persona legitimada por una institución, conforme a unas funciones que le son generalmente reconocidas.

---

según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento cincuenta días-multa.
Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años".

[867] El referido artículo prescribe lo siguiente: (Modificación efectuada por el artículo 1° de la Ley 27753 de 09-06-02: "El que por culpa, causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa. La acción penal se promoverá de oficio y la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento días-multa si la lesión es grave. La pena privativa de la libertad será no menor de tres años ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme el artículo 36°, incisos 4), 6) y 7), cuando el agente haya estado conduciendo un vehículo bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o cuando sean arias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.
La pena será no mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de cuatro año".

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito necesariamente tiene un comportamiento doloso. Puede admitirse cualquier modalidad de dolo. Sin embargo, habrá que distinguir, en principio, que el comportamiento que se reprime en este delito es la acción de alejarse, es decir, dicho alejamiento debe ser de manera dolosa, y no el accidente anterior, que como hemos dicho, resultará irrelevante subjetivamente hablando. Resulta inadmisible la forma culposa.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

En términos generales el delito en comento se consuma cuando el sujeto comienza a alejarse del lugar de los hechos, se trata de un delito permanente porque el estado consumativo se mantiene en la medida en que el sujeto se mantenga alegado. Además, la estructura típica permite entender que estamos ante un delito de peligro concreto pues no se necesita que la "administración pública" se lesione efectivamente. Específicamente en el artículo 408 del Código Penal tiene que ubicarse dos supuestos típicos para ubicar la consumación:

- En el primer supuesto, la consumación no tiene que ubicarse en el primer momento, o sea, en el instante en que se produce el accidente de tránsito, por más que haya intervenido el sujeto activo; la consumación tiene que ubicarse en el segundo momento, es decir, cuando el sujeto comienza a sustraerse del lugar evitando la identificación y las comprobaciones preliminares. Las imperfecciones en la ejecución del delito resulta difícil de concebir pues cuando el sujeto comienza a alegarse el delito ya se consumó.
- En el segundo supuesto, es decir, el de no comunicar a la autoridad cuando el sujeto se aleja del lugar de los hechos por razones atendibles, se consuma recién cuando existe la no-comunicación, y no cuando se aleja del lugar de los hechos. La tentativa, igualmente, resulta difícil de concebir.

5. ASPECTOS CONCÚRSALES

Si el sujeto ha intervenido dolosamente en el accidente de tránsito, entonces se producirá una conexión delictiva –concurso- entre el artículo el artículo 408° CP y el delito de omisión de socorro (art. 126 CP) porque en éste último supuesto establece el que omite prestar socorro a una persona *que ha herido* (se entiende de manera dolosa). El delito de socorro del artículo 126° establece lo siguiente: *"El que omite prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o su salud..."*. Asimismo, también puede entrar en concurso con el delito de omisión de auxilio a persona en peligro que se encuentra regulado en el artículo 127° del Código Penal que prescribe lo siguiente: *"El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad..."*. Si se produce la muerte entrará en concurso con el delito de homicidio (106° CP) cometido por omisión impropia (art. 13° CP), y si causa lesiones entra en concurso con el art. 121 CP. Pero estos supuestos se verificarán siempre y cuando el sujeto haya intervenido en el accidente de tránsito de manera intencional, porque dichos delitos todos son realizados de manera dolosa.

Finalmente, también debe citarse el artículo 407° CP pues se sanciona *"El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión del algún delito..."*, sin embargo, la diferencia está en que en el artículo 408° CP el sujeto activo está obligado a comunicar a la autoridad por las circunstancias fácticas, en cambio, en el artículo 407° la obligación de comunicar a la autoridad está en función a su condición personal: miembro de las Fuerzas Armadas, miembro del Poder Judicial, etc.

6. PENALIDAD

La sanción del delito en comento es pena privativa de libertad no mayor de tres años y con noventa a ciento veinte días-multa.

Capítulo Décimo Cuarto

¿ES CONVENIENTE LA PROPUESTA DE LEGE FERENDA DE INCORPORAR EL DELITO DE RETARDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?

I. SOBRE LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES Y PENALES DE CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS. EL CASO DEL DELITO DE RETARDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

En el Derecho penal existe lo que se llama mandatos constitucionales explícitos e implícitos de criminalización de conductas. En tal sentido, por ejemplo, se sanciona en la Constitución Española en relación a los valores y derechos constitucionales, sanciones y por ende conducta delictivas, y éstas tendría que estar en el Código penal o Legislación complementaria. Así véase el artículo 45 de la Constitución Española señala lo siguiente:

1. *Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*
2. *Los poderes públicos velaran por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.*
3. *Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se* ***establecerán sanciones penales*** *o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".*

Así por ejemplo en el derecho comparado encontramos la Constitución Española (artículo 45) que consigna expresamente que la pro-

tección de los valores ambientales resulta ser una prioridad del Estado español, bajo responsabilidad civil, administrativa y **penal**. Aquí se observa un mandato del constituyente hacia el legislador penal de manera expresa y concluyente.

Empero, existen también otra clase de mandatos constitucionales que sin ser expresos desarrollan mandatos encubiertos de criminalización como por ejemplo en nuestra Constitución Política de 1993 existe un mandato implícito en lo concerniente al delito de enriquecimiento ilícito que a la letra dice: *"Cuando se presume **enriquecimiento ilícito**, el Fiscal de la Nación, por **denuncia** de terceros o de oficio, **formula cargos ante el Poder Judicial**"*; es decir existe un mandato del poder constituido para mantener –de manera implícita– como hecho punible dentro del Código penal las conductas de enriquecimiento ilícito por parte del funcionario público ya que la denuncia que pueda realizar el Ministerio Público es sólo y en la medida que el hecho denunciado constituya delito.

Ahora bien, en este misma línea de análisis, existe lo que podríamos denominar *"mandatos penales de criminalización de conductas"* en la medida que la misma normatividad penal impone al legislador la incorporación de nuevas figuras delictivas en la Parte Especial o leyes complementarias, y generalmente esa imposición viene dada el bien jurídico que el Código penal intenta proteger. Así por ejemplo el Código Penal peruano a través de su *nomen juris* específico (Sección III "Denegación y ***Retardo de Justicia***") que a su vez pertenece a un rubro más amplio del bien jurídico tutelado (Capítulo III "Delitos contra la Administración de Justicia") impone una obligación de orden legal que se criminalice aquellas conductas cometidas fundamentalmente por los jueces o Fiscales que retarden la administración de justicia.

Nuestro texto punitivo sólo incorpora tipos penales en relación a la "denegación" de justicia pero no así tipos penales que sancionan el "retardo" de justicia. Así el artículo 422° CP tipifica el delito de Negativa del magistrado a administrar justicia; artículo 423° CP tipifica el delito de Negativa de incumplimiento de obligaciones notariales o secretariales

del Juzgado y auxiliares jurisdiccionales, y el artículo 424° que tipifica el delito de omisión de ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal. Todos estos tipos penales tienen un patrón común de criminalización: el "negar" al justiciable a la administración de justicia.

La vigencia del delito de retardo en la administración de justicia resulta ser, en consecuencia, una obligación para el legislador actual ya que llenaría un vacío importante en la constelación de conductas delictivas; más aún la voluntad del legislador penal al momento de incorporar los delitos contra la Administración de Justicia desde Abril de 1991 –fecha de entrada en vigencia del Código Penal– siempre fue la de incorporar determinados tipos penales que constituyan un "retardo" de manera intencional a la administración de justicia[868], de esto da cuenta la Sección III del Capítulo III del CP cuando precisa: "Denegación y **Retardo de Justicia**", situación que recién se colmaría con la incorporación del artículo 424-A.

II. CON RELACIÓN A LA INCORPORACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE RETARDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL CÓDIGO PENAL.

Puede extrañar que a 20 años de vigencia del Código Penal de 1991, se esté hablando de crear o incorporar el tipo penal especial de Retardo en la Administración de Justicia, habida cuenta que nuestro Código Penal contempla en el Capítulo Delitos contra la Administración de Justicia, en la Sección III, el clasificador jurídico "Denegación y Retardo de Justicia", compuesto de los artículos 422 al 424, que justamente deberían de regular la figura penal del retardo en la administración de justicia.

[868] En este punto tenemos que decir que el derogado Código penal del 1924 si bien sancionaba los delitos contra la Administración de Justicia (Sección Décima Tercera) en se rubro no se contemplaba un delito específico de retardo en la administración de justicia. Ahora en el Título VI del mismo Código penal se menciona un rubro: "Denegación y Retardo de Justicia" donde también se percibe la misma "omisión" del legislador no obstante que el bien jurídico de manera expresa lo impone.

Sucede que dicha figura delictiva nunca fue recogida por el legislador de 1991, pese a que el clasificador jurídico lo enunciaba expresamente. Las razones para tal opción no han sido explicadas ni en la Exposición de Motivos del Código Penal ni en las respectivas actas que debieron dar cuenta de los debates al respecto, al no existir estas.

Anomalía de criminalización y craso error de redacción legislativa que resulta racionalmente inexplicable dado que, incluso, el modelo de legislación comparada de donde se extrajo la fórmula legal (el artículo 273° del Código Penal argentino) contempla expresamente en un primer párrafo el tipo penal de denegación y en otro párrafo el de retardo .

Art. 273 del Código Penal Argentino.

Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el Juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de ser requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

III. RAZONES PARA INCORPORAR LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE "RETARDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA" EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

1. CRITERIO DE COHERENCIA FORMAL INTERNA

Es deber del legislador llenar los vacíos y superar las incoherencias observadas en la legislación vigente. En efecto, el clasificador jurídico "Denegación y Retardo de Justicia", sólo posee tipos penales de denegación de justicia (artículo 422 Negativa o elusión a administrar justicia; artículo 423 Negativa de notario, secretario de juzgado fiscalía o cualquier auxiliar de justicia a cumplir con sus obligaciones legales y; artículo 424 Omisión del ejercicio de la acción penal), no existiendo ningún comportamiento criminalizado de Retardo en la Administración de Justicia.

Esta sensible omisión ha llevado a los Fiscales y Jueces a tener que acudir al tipo genérico de Incumplimiento de funciones (art. 377: funcionario que ilegalmente omite, rehusa o retarda el cumplimiento de algún acto de su cargo), para procesar y sancionar, de ser el caso, a los funcionarios que incurren en retardo doloso. Delito de incumplimiento de funciones que se sale del marco específico de la administración de justicia, que es donde el Capítulo Tercero del Libro XVIII incluye sin contenido propio el Retardo de Justicia.

2. CRITERIO DE COHERENCIA SUSTANTIVA.

Constituye ya un logro del sistema procesal moderno, que el sistema de justicia oficial se encuentre dotado de una serie de garantías y principios que den cuenta de los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho enraizado en la defensa de la dignidad humana. Y son justamente el debido proceso sin dilaciones indebidas y la sujeción de los actos del procedimiento, sea este penal o de cualquier otra naturaleza, a los contenidos del plazo razonable los que le confieren estándares optimizados a la justicia penal. Justicia que no respete plazos razonables y que esté librada a la discrecionalidad o capricho de los operadores jurídicos o que encuentre su razón de existencia en la sobrecarga procesal, es justicia ajena y alejada de tales optimizadores modernos del acceso e impartimiento de justicia por parte del Estado.

La indeterminación, en la práctica de los plazos legales, su extrema aleatoriedad sumada a la administración anómala y dolosa por parte de jueces y fiscales ha generado un peligroso y corrosivo sistema perverso de deslegitimación de la justicia penal peruana, generando una secuela de graves sufrimientos para los justiciables, a la par que oportunidades múltiples para los actos de corrupción y tráfico de influencias; así como, en el caso de la justicia penal, excarcelaciones anómalas generadoras de inseguridad ciudadana, al producirse un irregular cumplimiento de plazos de procesados sometidos a prisión preventiva en delitos graves, pese a tener plazos largos de detención (18, 36 meses), período de tiempo en el que los jueces no han cumplido con emitir sentencia.

3. CRITERIOS POLÍTICO CRIMINALES DE NECESIDAD, NO CONTINGENCIA Y PROPORCIONALIDAD.

Conforme a estos criterios llenar de contenido el tipo penal de retardo en la administración de justicia, enunciado formalmente en el clasificador jurídico "Denegación y Retardo de Justicia", pero que a la fecha se halla sin conducta típica, obedece a criterios de necesidad y no contingencia en la creación de normas criminalizadas. En efecto, no es que nuestro Código Penal no haya contemplado el delito de retardo en la administración de justicia, pues dicho clasificador ya da cuenta de él, lo que sucede es que hace falta dotarle de contenido propio que lo diferencie del retardo genérico contemplado en el artículo 377° del Código Penal, en virtud al mandato constitucional de taxatividad derivado del principio de legalidad constitucional (art. 2.24, d), que exige que la conducta se halle expresa e inequívocamente descrita en el tipo penal.

Enunciado que se halla directamente dirigido a una situación como la que se está analizando, en la que por deficiencia de la ley, el operador se ve obligado a acudir a una norma genérica destinada al ámbito más amplio de la administración pública, violándose así el principio de la ley especial en razón al bien jurídico tutelado. La necesidad de la norma de retardo en la administración de justicia deviene por lo tanto en un diseño legal de urgencia en la sistemática del Código Penal para informar de un rango, hoy lamentablemente muy frecuente, de comportamientos desviados que quebrantan los postulados y fundamentos del debido proceso en el impartimiento de justicia penal, lo que permite hacer sustentable su no contingencia o innecesariedad, esto es, que se trata de una norma penal especial integradora llamada a cumplir sus roles de conminación y prevención general en la protección de los valores trascendentes del bien jurídico "administración de justicia".

El criterio de proporcionalidad abstracta, se da por satisfecho cuando la norma penal propuesta posee una penalidad que va de un año a tres de pena privativa de la libertad, la que establece una correspondencia de coherencia intrasistemática con la pena reservada para el delito de Negativa a administrar justicia regulado en el artículo 422° del Códi-

go Penal, que establece pena privativa de la libertad de uno a cuatro, en el entendimiento que la negativa en relación al retardo, supone un plus mayor de culpabilidad.

4. CRITERIO *A FORTIORI*, O DE MAYOR RAZÓN. LA EXHORTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En la sentencia del 29 de diciembre de 2004, Exp. N° 3771-2004-HC/TC, PIURA, Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón, el Tribunal Constitucional, en su parte resolutiva, párrafo final de la sentencia *Exhorta* al Congreso de la República a que, dentro de un plazo razonable, dicte la legislación correspondiente a fin de penalizar la conducta de los Magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial que incumplan con dictaminar o sentenciar en los plazos previstos por la ley de la materia.

Señala el Tribunal Constitucional, entre otras razones, en los fundamentos 27 y 32, que: *"Las dilaciones indebidas como praxis cometida por los órganos del Poder Judicial debe ser totalmente erradicada, por cuanto genera un injustificable retardo en la administración de justicia que no está en consonancia con la misión que le está confiada al Poder Judicial, la misma que no se agota con el aseguramiento de la legalidad formal, sino que la trasciende en tanto se afinca en la observancia de los principios inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, siendo uno de ellos –contrario a la inaceptable morosidad judicial –que la decisión final sea dictada en tiempo útil y razonable. Desde esta perspectiva, el Tribunal constitucional considera que el hecho de no dictaminar o sentenciar, intencionalmente, dentro de los plazos legales, con las consecuencias que ello conlleva y que ha puesto en tela de juicio la capacidad punitiva del Estado, merece sanción penal la que deberá ser determinada por el legislador en el marco del Código Penal".*

5. CRITERIO DE DERECHO COMPARADO.

Numerosas son las legislaciones penales que han recogido expresamente la figura penal del delito de Retardo en la Administración de Justicia. Así, entre otros:

- *Código Penal de Argentina*

Artículo 273°.- Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el Juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley

En la misma pena incurrirá el juez que **retardare maliciosamente la administración de justicia** después de ser requerido por las partes y de vencidos los términos legales

- *Código Penal de Chile.*

El que bajo el marco del clasificador jurídico de la Prevaricación, señala:

Artículo 224°.-

Sufrirá la pena de Inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimo a medios:

1. .....

2. .....

3. Cuando maliciosamente nieguen o **retarden la administración de justicia** y el auxilio o protección que legalmente se les pide.

- *Código Penal del Brasil*

Prevaricato

Artículo 319.- **Retardar o dejar de practicar indebidamente** acto de oficio o practicarlo contra disposición expresa de la ley, para satisfacer intereses o sentimientos personales. Pena de prisión de tres meses a un año y multa.

- *Código Penal de Bolivia*

Título III. Delitos contra la función judicial

Artículo 177.- (Negativa o retardo de justicia). El juez que negare, rehusare o **retardare a sabiendas la administración de justi-**

cia, la protección o desagravio o cualquier otro remedio que se le pida legalmente o que la causa pública exija, será sancionado con privación de libertad de uno a tres años y multa de treinta a cien días.

- *Código Penal de México – Distrito Federal*

Título Vigésimo.- Delitos en contra del adecuado desarrollo de la justicia cometidos por los servidores públicos. Denegación o retardo de justicia y prevaricación.

Artículo 292.- Se impondrán de uno a cinco años de prisión y de cincuenta a doscientos cincuenta días multa, al servidor público que:

I. Se abstenga, sin tener impedimento legal, de conocer un asunto que le corresponda por razón de su cargo o comisión;

II. Omita dictar deliberadamente, dentro del plazo legal, una sentencia definitiva o cualquier otra resolución de fondo o de trámite;

III. Retarde o entorpezca indebidamente la administración de justicia;

IV. Bajo cualquier pretexto se niegue injustificadamente a despachar, dentro del plazo legal, un asunto pendiente ante él.

- *Código Penal de España.*

Delitos contra la administración de justicia

Artículo 448.- El Juez o magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

Artículo 449.1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de **retardo malicioso** en la administración de justicia. Se entenderá por malicioso el retado provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

V. RAZONES QUE OBJETAN LA INCORPORACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE RETARDO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El **criterio de la complejidad subyacente** a los casos de Retardo en la administración de justicia. Se ha señalado que no es criminalizando en el Código penal la conducta de retardo como se brinda solución a dicha anomalía, pues la misma obedece a causas de diversas etiologías que tienen que ver con la sobrecarga procesal, el número no apropiado de jueces y fiscales, los bajos sueldos de los auxiliares jurisdiccionales, etc. También se ha indicado que no sólo es el juez quien tiene el control de los plazos, que también las partes obstruyen la debida celeridad de las causas.

El **criterio de la innecesariedad** de la norma penal de Retardo en la administración de Justicia. No sería necesario incorporar el delito de Retardo, por cuanto ya está regulado en el artículo 377° del Código penal.

El **criterio de la innecesariedad con base a la existencia de regulación administrativa.** Al estar ya regulados y sancionados en la Ley de la Carrera Judicial (Ley N° 29277, artículos 46 al 48) los retardos, omisiones, descuidos y en general los incumplimientos injustificados, en relación a la tramitación de los procesos, actos procesales, emisión de resolución, tales infracciones ya habrían encontrado su vía de tratamiento jurídico, siendo por lo tanto violador del principio del *ne bis in idem* efectuar una segunda regulación sancionatoria.

El criterio del **riesgo de las sobrecriminalización**. Se estaría utilizando el derecho penal para sancionar a jueces y fiscales, funcionarios públicos que cumplen una esforzada y valiosa labor de lucha por la legalidad y la justicia.

Reconociendo que efectivamente la problemática del retardo en la administración de justicia es compleja, fundamentalmente por el tema de la sobrecarga procesal de fiscales y jueces que se hallan aún bajo el sistema penal inquisitivo, ello sin embargo no nos puede llevar a concluir que la norma penal debe permanecer ajena y alejada de la esfera de

comportamientos desviados de Jueces y Fiscales que lesionan o ponen en peligro los valiosos intereses de una administración de justicia sin dilaciones indebidas y en un plazo razonable, así como que haya que sacrificar los valores esenciales de la dignidad humana de los usuarios de la justicia para priorizar deficiencias o anomalías superables del sistema.

En esta orientación es especialmente ilustrativo el fundamento 30 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de diciembre de 2004, Exp. 3771-2004-HC/TC, ya citado, cuando señala: *"Si bien puede sostenerse que la excesiva sobrecarga que padecen la mayoría de los tribunales, no sólo el Constitucional sino también los de otras latitudes, puede excusar la demora en las decisiones judiciales, máxime si se presenta un desbordante flujo de recursos razonablemente imposible de atender, esta justificación es inaceptable si el órgano judicial no observa una conducta diligente y apropiada para hacer justicia, siendo uno de sus aspectos cardinales la expedición oportuna de las resoluciones decisorias"*.

No es al Juez diligente ni al Fiscal serio y esforzado que efectivamente pueden verse rebasados por las limitaciones de la infraestructura, personal y logística deficientes, a quien se dirige la norma sino aquel Juez o Fiscal que dolosamente, más aún intencionalmente, deja pasar los plazos, que maliciosamente retarda los actos procesales para o con perjuicio de los usuarios del sistema, en especial el procesado y la víctima del delito

Ni el hecho de que exista el artículo de Incumplimiento de Funciones (artículo 377°) en el Código Penal ni la presencia de la normativa administrativa que regula infracciones y establece sanciones constituyen en realidad razones que inhabiliten al legislador dotarle de contenido a una norma para la cual ya el Código Penal le ha señalado un espacio y localización en el ámbito del bien jurídico "Administración de Justicia", y que por lo demás goza de un amplio consenso de criminalización en el contexto de la legislación comparada, como se ha tenido oportunidad de apreciar en líneas precedentes. El artículo 377 es una norma genérica pensada para otros destinos de protección y prevención, de acuerdo a la sistematización del Código Penal: la administración pública en general.

El articulo 424-A propuesto encuentra su fundamento en el mandato penal de regulación positiva de conducta típica implícita en la mención "Denegación y Retardo de Justicia".

La normativa administrativa comúnmente posee comportamientos de similitud fáctica a los del Código Penal: así, en la Ley de Bases de la Carrera Judicial no está permitido a los funcionarios recibir donativos, propinas, obsequios, les está prohibido apoderarse del patrimonio público; en la legislación de tránsito se regula y sanciona la conducción en estado de ebriedad, al igual en el ámbito ecológico, etc.; y sin embargo el Código Penal amplía sus conminaciones a dichos sujetos y comportamientos cuando se trasciende el plano de la negligencia o descuido para pasar a articular comportamientos insoportables para los bienes jurídicos en juego, caracterizados por la presencia de dolo, intencionalidad o quebrantamiento manifiesto y caprichoso de la normativa administrativa.

No es coherente igualmente sostener que se esté sobrecriminalizando, pues la figura penal ya está enunciada en el clasificador jurídico "Denegación y Retardo de Justicia" y se halla en consonancia con las penalizaciones que contemplan otras legislaciones penales en el contexto del derecho comparado.

Por lo que, el diseño legal propuesto en el Proyecto de Ley del Congresista Isaac Mekler ha sido reformulado a fin de condensar en una sola redacción que contemple las variadas hipótesis de retardo sugeridas. De modo que se enfatiza que el comportamiento de retardo del Juez o Fiscal sea intencional, esto es, que haya sido cometida con propósito o intención, y que además de ello se derive un perjuicio para el usuario del sistema de justicia, lo que permite descartar la posibilidad de reprimir retardos por negligencia o justificados por el concurso de circunstancias extrapenales no provocadas ni superables por dichos magistrados. Así junto al dolo directo, los otros filtros que componen la tipicidad del comportamiento: caso bajo su conocimiento y vencimiento de plazos, se constituyen en factores que le dan razonabilidad a la propuesta.

El marco de pena, se coloca en un punto intermedio al existente en el ámbito legislativo comparado que registra cuatro y cinco años como límite máximo en los Códigos Penales español y mexicano; e internamente es inferior al que recibe el delito de denegación de justicia, en el Código Penal peruano que contempla de uno a cuatro años de pena privativa de libertad.

Finalmente, con la entrada en vigencia del delito de retardo en la administración de justicia (artículo 424-A CP) no se afectaría el principio del *ne bis in idem* ya que estos casos el Tribunal Constitucional (Sentencia de fecha 16 de Abril 2003, Exp. 2050-2002-AA/TC) y la Corte Suprema (Ejecutoria Suprema de fecha 06 de Junio 2006, R.N. 2090-2005-Lambayeque) han establecido que tanto el derecho penal como el derecho disciplinario protegen objetos de protección de naturaleza distintas. Es decir, en estos supuestos puede haber identidad de sujeto, identidad de objeto, **pero no habrá identidad de fundamento ya que no existe identidad de bienes jurídicos**. Así en el derecho penal se protegen "bienes jurídicos tutelados", en cambio en el derecho disciplinario se protegen "intereses o valores institucionales". Este punto el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema siguen el criterio español en la identidad de fundamento (identidad de objeto de protección) y no el criterio argentino que es la identidad de *causa petendi*.

ANEXOS

Informe de Adecuación de la Legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción

Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema con incidencia en los delitos cometidos por funcionarios públicos

I. INFORME ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA A LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS LIMA, MAYO DEL 2000)

1. INTRODUCCIÓN

Objetivos

1. En la actualidad, ningún país es inmune a la corrupción y muchos son especialmente vulnerables como consecuencia de la debilidad de su legislación o de sus instituciones. En el Perú, la percepción ciudadana considera que la corrupción es un grave problema. En la búsqueda de mecanismos para enfrentar a la corrupción, la Organización de las Naciones Unidas ha aprobado el Código de Conducta para los Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, la Declaración de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, además del Manual de Medidas Prácticas contra la Corrupción. En América, la Organización de Estados Americanos (OEA) viene promoviendo, además de la CICC, el Programa Interamericano de Cooperación para combatir la Corrupción.

2. Precisamente, el presente trabajo titulado *"Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción"* constituye un estudio de carácter técnico-jurídico que

evalúa, identifica, compara y analiza la legislación peruana con relación a las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante CICC). Este estudio busca señalar acciones y propuestas para ser desarrolladas en el ámbito de la legislación penal y procesal penal en el Perú, en los casos que correspondan (tipificando o modificando), los delitos de corrupción contemplados en la Convención.

3. Luego de una primera etapa en la que los Estados cumplirán con sus compromisos vinculantes, será necesario pasar a otras en las que se eleve el grado de obligatoriedad de los compromisos. La generación de nuevas figuras (v.gr. soborno transnacional) constituye un verdadero reto para los juristas y una obligación para los Estados de adecuar su legislación interna a los compromisos internacionales asumidos. Quizás resulte conveniente que la culminación de la evolución jurídica sea la del establecimiento de algunos mecanismos internacionales como los empleados para la protección de los derechos humanos por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

2. PARTE GENERAL: EL SUJETO ACTIVO DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

4. La CICC ha definido a la **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.* (Artículo I). Igualmente, define al **funcionario público** como *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.* Esta expresión es considerada sinónima de "oficial gubernamental" o "servidor público".

5. La definición de la **función pública** como una *"actividad"* alude a la prestación de un servicio y, en consecuencia, quedan fuera del alcance los casos de locación de obra.

6. La frase *"en nombre del Estado o al servicio del Estado"* permite comprender a las actividades de las máximas autoridades que se realizan en nombre del Estado, como también a las actividades de los subordinados que se realizan al servicio del Estado.

7. Sin embargo, se cuestiona el alcance de la expresión *al servicio del Estado*, pues podría abarcar la actividad del concesionario, afirmándose que actúa al servicio del Estado. Hubiese sido preferible referirse a la actividad realizada *"al servicio de los intereses del Estado"*. De todas maneras el texto de la CICC permite excluir del concepto de función pública a la actividad realizada por el concesionario mediante la frase *"en cualquiera de sus niveles jerárquicos"*, pues solamente puede tener nivel jerárquico en el Estado quien cumple una función pública.

8. En relación a la definición de **funcionario público**, se consideran términos sinónimos, a los efectos de la Convención, los de "Oficial Gubernamental" o "Servidor público".

9. Se destaca que el objetivo principal del párrafo que define al funcionario público es la necesidad de extender el concepto de funcionario público, a los fines de la Convención, a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo, cuando todavía no lo hubieran ocupado. Con esta finalidad se indica que están *"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"*.

10. Debe determinarse, entonces, si la legislación peruana, asigna al sujeto activo de los delitos de corrupción un alcance que se enmarque dentro de los requerimientos de la CICC. El Código Penal peruano precisa el concepto de *"funcionario o servidor público"* a través del artículo 425:

    Se consideran funcionarios o servidores públicos:

    1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
    2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.

3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

11. El texto de esta norma pretende una extensión regulatoria amplia, en especial el inciso tercero que fue introducido mediante el artículo 1° de la Ley N° 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996. Esta norma resulta imprecisa pues empieza refiriéndose a *"todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre"*, dando a entender que se requiere a que exista una determinada relación de naturaleza laboral con el Estado; de ser esta la interpretación, quedarían descartados los contratos de locación de servicios. Sin embargo, seguidamente requiere además que se mantenga *"vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado"*, por lo que se descarta la necesidad del vínculo laboral con el Estado pues bastaría una relación contractual de cualquier naturaleza con el mismo. Se comprendería entonces a los contratos de locación de servicios. Por ello puede considerarse que la referencia al régimen laboral está dirigida a abarcar a las actividades realizadas tanto en el ámbito de las entidades u organismos estatales sujetos al régimen laboral de la actividad pública como en aquellos sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Sin embargo, la norma no es lo suficientemente clara en este aspecto.

12. La norma en referencia exige, finalmente, que en virtud de tal situación laboral o contractual se ejerza *"funciones en dichas entidades u organismos"*, es decir, se requiere la efectiva asunción de tales funciones y que estas funciones las realice *en* entidades u organismos del Estado.

13. En síntesis, esta norma considera funcionario o servidor público a todo aquel que mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con el Estado, ya sea que la entidad pública esté sujeta al régimen laboral de la actividad pública o de la actividad privada, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades u organismos del Estado.

14. El texto de la norma resulta cuestionable tanto por defecto como por exceso. Así, al exigir que el sujeto ejerza *"funciones en dichas entidades u organismos"*, requiere la efectiva asunción de tales funciones. Esta restricción no es compatible con el objetivo buscado por el artículo I de la Convención, que, según se indicó, busca extender el concepto de funcionario público, a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo aun cuando todavía no lo hubieran ocupado, por lo que se impone la necesidad de modificar el alcance de la norma nacional en comentario, pudiéndose adoptar la fórmula del artículo I de la Convención incluyendo a *"los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado"*.

15. De otro lado, esta misma exigencia de que el sujeto ejerza *"funciones en dichas entidades u organismos"* resulta excesiva, pues, puede comprender la actividad de un concesionario que no realiza función pública, por ejemplo, el concesionario del restaurante de un Ministerio. La limitación puede obtenerse mediante la precisión de que tales funciones se realicen *"al servicio de los intereses del Estado"*.

16. Sin embargo, el alcance que asumiría la norma contenida en el inciso 3, nos lleva a la necesidad de revisar su alcance en relación con los otros supuestos, previstos en los incisos 1, 2, 4, 5 y 6 del artículo 425 del Código Penal. El inciso 1 se refiere a *"los que están comprendidos en la carrera administrativa"*. Esta referencia específica devendría en innecesaria, pues los funcionarios o servidores públicos comprendidos en la carrera administrativa también están incluidos en los alcances del inciso 3.

17. En relación a *"los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular"* a que se refiere el inciso 2, surge también el cuestionamiento que la norma requiere el efectivo desempeño del cargo. En lugar de ampliar los alcances de este inciso, consideramos de mayor conveniencia, ampliar los alcances de la fórmula general que se viene construyendo en base a la reformulación del inciso 3 a efectos de incluir también a quienes desempeñan estos cargos. La redacción actual del inciso 3 se refiere a *todo aquel que mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado*, habría que ampliar la redacción del texto en el siguiente sentido: *"todo aquel que mantiene vínculo laboral, o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado o quienes desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular"*.

18. El inciso 4 del artículo 425 del Código Penal se refiere a *"los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares"*. La especificidad de este supuesto aconseja su previsión independiente por lo que habría que mantener esta norma.

19. La referencia a *"los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional"* por el inciso 5 también es reiterativa, por lo que cabría suprimir esta disposición.

20. El inciso 6 se refiere a *"los demás indicados por la Constitución Política y la ley"*. Esta disposición deja abierta la posibilidad de que por disposición constitucional o legal se atribuya la calidad de funcionario o servidor público a determinadas personas. Si bien una norma que defina de manera general los alcances de las expresiones "funcionario o servidor público" parece agotar el tema, no puede negarse la posibilidad de que reformas legales posteriores o situaciones particulares requieran de un alcance específico de las calidades de funcionario o servidor público, por lo que cabría mantener esta norma.

21. Finalmente, cabe retomar el análisis del inciso 3º del artículo 425 del Código Penal, cuyo texto original incluía entre los funcionarios

y servidores públicos a *"los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado"*. La Constitución de 1993, en su artículo 40, segundo párrafo, establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Esta norma que no tiene precedente en la Constitución de 1979 ha generado diversas interpretaciones acerca de sus efectos en el Derecho Penal. Para una posición se consideró que la sola puesta en vigencia del texto constitucional derogó tácitamente el inciso en referencia. Para otro sector de la doctrina nacional, ambas disposiciones son compatibles, pues, el texto constitucional tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo y previsional. Este problema fue abordado en el Primer Pleno Jurisdiccional Penal Nacional, realizado en 1997 en la ciudad de Arequipa, habiéndose adoptado por 31 votos contra 23 la segunda posición.

22. Es importante destacar que las dificultades interpretativas referidas se verificaron a pesar de que mediante la Ley No. 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996, se sustituyó el texto original por el actualmente vigente, que ha sido objeto de análisis. Siendo que los acuerdos del *Pleno Jurisdiccional* carecen de efecto vinculante y que la opción por el criterio que permite considerar como funcionario o servidor público a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta ha sido adoptada por estrecho margen, continúa vigente el problema interpretativo y, en consecuencia, en aras de la seguridad jurídica, es necesario adoptar una decisión a nivel legislativo.

23. El concepto de "Funcionario Público" precisado por la CICC comprende a *"cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades"*, en consecuencia el sentido literal de la norma permite incluir en su alcance a los trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

24. Además, estos trabajadores se desenvuelven dentro de la actividad empresarial del Estado la misma que responde a razones de *"alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional"* (artículo 60,

2° párrafo de la Constitución del Perú de 1993), por lo que su actividad reviste la calidad de función pública. En esta línea, la CICC precisa que la "función pública" es *toda actividad realizada por una persona natural (...) al servicio del Estado o de sus entidades*. En la actualidad se entiende que "la *función pública* es sinónima del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación, o lo que es lo mismo, función pública es toda aquella actividad material o jurídica que directa o indirectamente le es imputable. Lo esencial, pues, es la titularidad de la actividad o función, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual esta se desempeñe".

25. En conclusión, el texto que tendría que presentar al artículo 425 del Código Penal, sería el siguiente:

Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Todo aquel que mantiene vínculo laboral, o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado **o quienes desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, ya sea que la entidad pública esté sujeta al régimen laboral de la actividad pública o de la actividad privada**, y que en virtud de ello ejerce funciones **en interés del Estado. Se incluye a quienes han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, aún cuando no hubiesen asumido el cargo; así como a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.**
2. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
3. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Respecto al texto vigente del artículo 425 las modificaciones que se proponen, además de las destacadas con negrita, son las siguientes:

- Se han eliminado los inciso 1 ("Los que están comprendidos en la carrera administrativa") y 5 ("Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional").
- El inciso 2 ("Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular") ha sido fusionado en el nuevo inciso 1 propuesto.

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, LA ASOCIACIÓN PARA EL DELITO Y EL ENCUBRIMIENTO

CICC, artículo VI, 1.e.- *La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo*

Código Penal, Capítulo IV: Autoría y Participación:

Autoría, autoría mediata y coautoría

Artículo 23.- El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

Instigación

Artículo 24.- El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

Complicidad primaria - complicidad secundaria

Artículo 25.- El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

Consecuencias de la accesoriedad limitada

Artículo 26.- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

Actuación en nombre de otro

Artículo 27.- El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada.

Encubrimiento personal

Artículo 404.- El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el Agente sustrae al autor de los delitos contra la Tranquilidad Pública, contra el Estado y la Defensa Nacional, contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional o de Tráfico Ilícito de Drogas, la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Encubrimiento real

Artículo 405.- El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

***** La asociación para delinquir el delito en el CP**

2. TENTATIVA

CICC, artículo VI, 1.e

Código Penal, Capítulo II, Tentativa

Tentativa

Artículo 16.- En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Tentativa inidónea

Artículo 17.- No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.

Desistimiento voluntario - Arrepentimiento activo

Artículo 18.- Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos.

Desistimiento en caso de varios agentes en la tentativa

Artículo 19.- Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación.

3. EL OBJETO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN

CICC, artículo I.- Los bienes : *activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.*

4. LA APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LEY PENAL

CICC, artículo V, Jurisdicción

1. *Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio.*
2. *Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya*

tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio.

3. *Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.*

4. *La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional.*

Código Penal, Capítulo I, Aplicación Espacial de la Ley Penal

Principio de territorialidad – Principio del pabellón

Artículo 1.- La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional.

También se aplica a los hechos punibles cometidos en:

1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y,

2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

Principio real o de protección de intereses Principio de personalidad pasiva y activa – principio universal

Artículo 2.- La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando:

1. El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo;

2. Atenta contra la seguridad o la tranquilidad públicas, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República;

3. Agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario;

4. Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito está previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República; y,
5. El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales.

Administración de justicia por representación

Artículo 3.- La Ley Penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero.

Excepciones al Principio de Extraterritorialidad

Artículo 4.- Las disposiciones contenidas en el Artículo 2º, incisos 2, 3, 4 y 5, no se aplican:

1. Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación;
2. Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos; y,
3. Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o ésta se halla prescrita o remitida.

Si el agente no ha cumplido totalmente la pena impuesta, puede renovarse el proceso ante los tribunales de la República, pero se computará la parte de la pena cumplida.

Principio de Ubicuidad

Artículo 5.- El lugar de comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos.

PARTE ESPECIAL : ANÁLISIS COMPARATIVO

3.1 Soborno o Cohecho Pasivo

26. La figura del cohecho pasivo ha sido prevista por la CICC, en su artículo VI, 1, a, en los siguientes términos:

El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.

27. En la legislación penal peruana se han previsto distintas modalidades de cohecho pasivo. Así , en el Código Penal peruano de 1991 tenemos el *cohecho pasivo propio* (artículo 393), *cohecho pasivo impropio* (artículo 394), *cohecho pasivo agravado* (artículo 395) y el *cohecho pasivo de auxiliares jurisdiccionales* (artículo 396).

28. Cabe analizar los alcances de la regulación de la CICC, con relación a las disposiciones peruanas a efectos de determinar si éstas se adecuan a los requerimientos de aquella.

3.1.1 El Sujeto Activo

29. La CICC precisa que el sujeto activo del delito de cohecho pasivo es el "*funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas*".

30. Teniendo en consideración lo expuesto en relación al artículo I no sólo puede ser sujeto activo del delito de soborno o cohecho pasivo quien ejerce un cargo público, sino también quien ha sido seleccionado, designado o electo para ocupar esa posición cuando todavía no hubiere asumido su cargo.

31. Llama la atención que la norma se refiera además del funcionario público a la "*persona que ejerza funciones públicas*". Precisa *Manfroni* que se trata sólo de un "refuerzo de los alcances del compromiso, que de todos modos están bien asegurados por la amplitud del concepto de funcionario público". Sin embargo, a nivel doctrinal se viene desarrollando una diferenciación entre ambos conceptos.

    En la legislación penal peruana, es sujeto activo del delito de soborno o cohecho pasivo (en la modalidad propia o impropia) "*el funcionario o servidor público*".

32. Con la modificación propuesta en relación al artículo 425 del Código Penal se lograría compatibilizar la regulación peruana con la contenida en la CICC.

3.1.2 Conducta Prohibida

33. La acción típica del delito de cohecho pasivo es precisada por el Artículo VI.1 de la Convención como *el requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente (...) de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.*

i) El requerimiento o la aceptación

34. La acción presenta básicamente dos modalidades: el *requerimiento* y la *aceptación*. Ambas formas también son contempladas por el Código Penal peruano que, en sus artículos 393 y 394, precisa como modalidades de acción del funcionario o servidor público el que "*solicita o acepta*" donativo, promesa o cualquier otra ventaja.

ii) Directa o indirectamente

35. El artículo VI precisa que el requerimiento o la aceptación se realicen *"directa o indirectamente"*, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas.

36. El requerimiento indirecto comprende dos situaciones. La primera, referida a los casos en que el funcionario público se vale de otra persona que a sabiendas participa en el pedido. La segunda se refiere a las insinuaciones o actitudes del funcionario destinadas a demostrar al particular que no conseguirá su propósito de otra manera que mediante un soborno.

37. La primera forma de requerimiento indirecto está vinculada con el tema de la participación delictiva. El partícipe ya sea a título de cómplice primario, cómplice o secundario, también debe ser sancionado, conforme lo prescribe el Artículo VI. e) de la CICC. En la

legislación penal peruana no existe dificultades para la sanción de los cómplices en aplicación del artículo 25 del Código Penal.

38. Respecto al requerimiento realizado indirectamente mediante insinuaciones o actitudes, no existe previsión expresa en la legislación penal peruana, por lo que la inclusión de la frase *"directa o indirectamente"* cumpliría esta función.

iii) Cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad

39. La CICC precisa que el objeto del delito es *cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad.* Es decir, el objeto del cohecho comprende no sólo los bienes pecuniarios sino también otros beneficios. No se precisa de un valor mínimo de estos bienes o beneficios.

40. Similar alcance tienen las fórmulas del Código Penal, de los delitos de cohecho pasivo propio e impropio, que se refieren al *"donativo, promesa o cualquier otra ventaja"*. Esta fórmula tampoco requiere de cierta cuantía en el valor de los bienes, ni que sea inferior o superior al servicio otorgado. En este sentido, es posible operar con un concepto material de ventaja y la duda surge con las ventajas inmateriales (v.gr. actos sexuales) que son compatibles pues la referencia normativa contiene una considerable ampliación expresa ("cualquier otra ventaja").

41. Por otro lado, determinar si la dádiva es incorrecta o puede ser admisible depende de un juicio de valor que se mueve entre dos polos: en un extremo se ubica el monto de la dádiva y en el otro se ubica la cortesía y la adecuación social.

42. La fórmula de la CICC abarca los casos en que el valor pecuniario o beneficio sea destinado *para sí mismo o para otra persona o entidad.* Es decir también incluye las hipótesis en que el beneficio favorezca a una tercera persona o entidad. Esta hipótesis no está expresamen-

te prevista en la norma nacional, por lo que sería conveniente su inclusión.

iv) Realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas

43. El objetivo del cohecho, precisa la CICC, es *la realización u omisión de cualquier acto [por parte del funcionario o servidor público] en el ejercicio de sus funciones públicas*. No se requiere que la acción o la omisión sean ilegítimas, en consecuencia, puede ser *per se* legítima o ilegítima.

44. Ambas hipótesis han sido previstas en el Código Penal peruano que distingue la figura del cohecho pasivo propio y del cohecho pasivo impropio.

    El **cohecho pasivo propio** (artículo 393) se da en dos supuestos:

    1) cuando la solicitud o aceptación está dirigida a "realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones"; o

    2) cuando la aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja se produce a consecuencia de haber faltado a sus deberes.

45. En tanto que el **cohecho pasivo impropio** se verifica cuando el funcionario o servidor público solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación (artículo 394).

3.1.3 Resultado

46. El Artículo XII de la Convención, precisa que no es necesario que los actos de corrupción descritos produzcan perjuicio patrimonial al Estado. De igual manera las distintas modalidades de cohecho pasivo previstas en el Código Penal peruano de 1991: el *cohecho pasivo propio* (artículo 393), *cohecho pasivo impropio* (artículo 394), *cohecho pasivo agravado* (artículo 395) y el *cohecho pasivo de auxiliares jurisdiccionales* (artículo 396) no requieren de la producción de un perjuicio patrimonial.

3.1.4 Penalidad

47. El Cohecho pasivo propio está sancionado en nuestra legislación con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años (artículo 393 del Código Penal). En tanto que el cohecho pasivo impropio (artículo 394 del Código Penal) reviste mayor gravedad y tiene una amenaza de pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

48. Por disposición del artículo 426 del Código Penal peruano, estos delitos serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años que priva al condenado de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular y lo incapacita para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (artículo 36° incisos 1 y 2 del Código Penal).

3.1.5 Decomiso

49. Mediante el Decreto Ley Nro. 25489 se incorporó al Código Penal el artículo 401-A que prescribe que en todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados. No se trata de una pena ni una medida de seguridad de carácter patrimonial.

50. La posibilidad de asistencia judicial entre países de la región para el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión delictiva deberá invocar el artículo XV de la CICC. En este sentido, el Estado que aplique sus propias sentencias de decomiso, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, un Estado podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado parte que haya asistido a la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

3.1.6 Modificación Propuesta

51. En atención al análisis precedente la fórmula del delito de cohecho pasivo propio del Código Penal peruano, podría modificarse en los siguientes términos:

Artículo 393.- El funcionario o servidor público que solicita o acepta, **directa o indirectamente**, donativo, promesa o cualquier otra ventaja, **para sí mismo o para otra persona o entidad**, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

52. Igualmente el texto del artículo 394 que prevé el cohecho pasivo impropio sería modificado en los siguientes términos:

Artículo 394.- El funcionario o servidor público que solicita o acepta, **directa o indirectamente**, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida, **para sí mismo o para otra persona o entidad**, para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

3.2 Soborno Activo o Cohecho Activo

53. El artículo VI, 1.b de la CICC se refiere al delito de soborno activo o cohecho activo, en los siguientes términos:

El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.

54. Este delito también ha sido tipificado por el Código Penal peruano, mediante el artículo 399, con el texto siguiente:

El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

3.2.1 El Sujeto Activo

55. Tanto en la CICC como en el tipo base del artículo 399, se trata de un *delito común*, en consecuencia el sujeto activo del delito de cohecho activo puede ser cualquiera.

56. En la legislación nacional se introducen agravantes en el cohecho activo a magistrado o análogo y en el cohecho a Testigo, Perito, Traductor, Intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional; en razón de la calidad del sujeto activo, cuando éste es Abogado (Artículo 398°-A).

3.2.2 Conducta Prohibida

i) El ofrecimiento u otorgamiento a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas

57. El núcleo de la acción típica está precisado en la CICC con los verbos *ofrecer* y *otorgar*.

58. El Código Penal peruano por su parte, precisa la acción como *tratar de corromper*. Esta fórmula comprende a los actos precisados por la CICC. El agente hace creer a los particulares que la administración se mueve por medio de intrigas, protecciones y dinero.

ii) Directa o indirectamente

59. La CICC precisa que el ofrecimiento o el otorgamiento pueden realizarse *"directa o indirectamente"*.

60. Al igual que el soborno pasivo, el requerimiento indirecto puede comprender dos situaciones. La primera, referida a los casos en que el particular se vale de otra persona que a sabiendas ofrece o entre-

ga. La segunda se refiere a que el ofrecimiento se realice mediante insinuaciones o actitudes.

61. La primera forma está vinculada con el tema de la participación delictiva. El partícipe ya sea a título de cómplice primario, cómplice secundario, también debe ser sancionado, conforme lo prescribe el Artículo VI. e) de la CICC. En la legislación penal peruana no existen dificultades para la sanción de los cómplices en aplicación del artículo 25 del Código Penal.

62. Respecto al ofrecimiento realizado mediante insinuaciones o actitudes, no existe previsión expresa en la legislación penal peruana, por lo que la inclusión de la frase *"directa o indirectamente"* cumpliría esta función.

iii) De cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad.

63. En esta punto valen las consideraciones sostenidas para el cohecho pasivo en los numerales 36 al 39 de este trabajo.

iv) A cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas

64. La frase utilizada por la CICC *"a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas"* tiene un alcance amplio y comprende tanto la figura de **cohecho activo propio** en que el acto de corrupción se da para que el funcionario público *"haga u omita algo en violación de sus obligaciones"* (artículo 399, primer párrafo del Código Penal) como el caso del **cohecho activo impropio** en el que la finalidad es que el funcionario o servidor público *"haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones"* (artículo 399, segundo párrafo del Código Penal).

3.2.3 Resultado

65. El Artículo XII de la Convención, precisa que no es necesario que los actos de corrupción descritos produzcan perjuicio patrimonial al Estado. De igual manera la figura del artículo 399 del Código Penal peruano no requiere en el cohecho activo la producción de un perjuicio patrimonial.

3.2.4 Penalidad

66. El cohecho activo propio es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años (artículo 399, primer párrafo del Código Penal), en tanto que la figura impropia reviste menor gravedad y es sancionada con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años (artículo 399, primer párrafo del Código Penal). Por disposición del artículo 426 estos delitos serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años que priva al condenado de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular y lo incapacita para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (artículo 36° incisos 1 y 2 del Código Penal).

67. Existe un caso especial de cohecho activo cuando está dirigido a magistrado o análogo. En este caso, la sanción es pena privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de ocho años (Artículo 398, primera parte del Código Penal).

68. Otro caso especial se presenta cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, siendo la pena no menor de dos ni mayor de cuatro años (Artículo 398, segunda parte del Código Penal).

69. Estos supuestos especiales resultan agravados cuando el sujeto activo del delito es Abogado. Si el delito de corrupción está dirigido a un Magistrado o análogo, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1) a 8) del Artículo 36° del Código Penal, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (artículo 398°-A

del Código Penal). Si el acto de corrupción está dirigido a un Testigo, Perito, Traductor, Intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4) del artículo 36° del Código Penal, y con noventa a ciento veinte días-multa (artículo 398°-A del Código Penal).

70. Adicionalmente, el artículo 398-B del Código Penal prescribe que en este último caso la inhabilitación que como accesoria de la pena privativa de libertad se imponga a los autores del delito de corrupción de magistrados será puesta en conocimiento de la Corte Superior de Justicia respectiva y del Fiscal Superior Decano para que en el caso del inciso 8 del artículo 36° se proceda a anular el asiento de inscripción en el Libro de Registro de Títulos; así como del Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente y de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú (D.L. N° 25892), en el plazo de cinco (05) días, para la suspensión o anulación de la colegiación. Igualmente, la inhabilitación impuesta de acuerdo al inciso 8 del artículo 36° será puesta en conocimiento de la Universidad que otorgó el Título Profesional de Abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (08) días, proceda a su cancelación.

3.2.5 Decomiso

71. Mediante el Decreto Ley Nro. 25489 se incorporó al Código Penal peruano el artículo 401-A que prescribe que en todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados.

3.2.6 Modificación Propuesta

Artículo 399.- El que trata de corromper a un funcionario o servidor público, **directa o indirectamente**, con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase, ***para sí mismo o para otra persona o entidad***, a fin de que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

3.3 OBTENCIÓN ILÍCITA DE BENEFICIOS

72. La CICC, prescribe en su artículo VI.1 que "La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: [...] c: *La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero*".

73. En esta disposición se aprecia, quizás con mayor nitidez que en otras, que un documento internacional que comprende legislación criminal no constituye por sí mismo una tipificación penal.

74. En el Código Penal peruano encontramos las figuras de la *colusión* (artículo 384) y del *aprovechamiento indebido de cargo* (artículo 397) que suponen la obtención ilícita de beneficios por parte del funcionario o servidor público.

    Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

    Artículo 397.- El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años".

3.3.1 El Sujeto Activo

75. En relación al sujeto activo, la CICC exige que el funcionario público o persona que ejerza funciones públicas se encuentre *en el ejercicio de sus funciones*. Ambas figuras del Código Penal también exigen que el funcionario público intervenga por razón de su cargo.

3.3.2 Conducta Típica

76. En relación a la conducta típica, la CICC se refiere tanto a la modalidad activa como a la omisiva. En el tipo de colusión la conducta típica se da a través de la *defraudación al Estado mediante la concertación con los interesados*. La concertación supone la realización de una actividad por parte del sujeto activo, por lo que la forma omisiva quedaría descartada en esta figura.

77. En el caso del aprovechamiento indebido de cargo (artículo 397 del Código Penal) la conducta típica consiste en *"interesarse" por cualquier contrato u operación*. El interés del funcionario o servidor público puede materializarse a través de acciones u omisiones.

78. Finalmente, la Convención hace referencia a que la actuación del funcionario público se desarrolle *con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero*. Esta formulación parecería exigir la inclusión de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. En las figuras nacionales de colusión y aprovechamiento indebido de cargo, el beneficio para el interesado o para terceros aparece como una consecuencia objetiva derivada de la acción típica, no requerida expresamente por el tipo.

3.3.3 Penalidad

79. En consecuencia, ambas figuras (colusión y aprovechamiento indebido de cargo) son compatibles con lo que la CICC prescribe en su artículo VI.1. Esta compatibilidad se extiende al **artículo XII de la CICC que precisa que,** para la aplicación de la Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado. En efecto, la figura del

artículo 397 no requiere del perjuicio y está sancionada con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. En tanto que el delito de colusión (Artículo 384) requiere de perjuicio y está sancionado con una penalidad mayor (pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años).

80. Esta exigencia de la Convención queda vigente como obligación del Estado peruano de sancionar nuevas formas de delincuencia que se presenten en el futuro, que impliquen la realización por parte de un funcionario público de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones con la obtención ilícita de beneficios para sí mismo o para un tercero.

3.4 LAVADO DE BIENES

81. Prescribe la CICC, en su artículo VI, 1.d que *"El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo"* debe ser considerado como un acto de corrupción.

3.4.1 El Sujeto Activo

82. El sujeto activo de este delito puede ser cualquiera. No se requiere que sea funcionario público.

3.4.2 Conducta Prohibida

83. La acción típica reviste dos modalidades *aprovechamiento* y *ocultación* de bienes provenientes de delitos de corrupción.

84. En el Perú, el lavado de bienes está limitado a los casos de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narco-terrorismo (artículo 296-b del Código Penal), por lo que las conductas de aprovechamiento u ocultación provenientes de actos de corrupción, en la actualidad, tendrán que ser reconducidas a los delitos de **receptación** o **encubrimiento real**.

85. El artículo 194 del Código Penal tipifica el delito de receptación en los siguientes términos: *"el que adquiere, recibe en donación o*

en prenda o guarda, esconde, vende, o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito".

86. En el texto original del artículo 195 del Código se preveía, como causal de agravación, la naturaleza pública del objeto del delito ("bienes de propiedad del Estado destinados al servicio público"). Sin embargo, esta norma fue derogada por el Decreto Ley N° 25428.

87. El *encubrimiento real* está previsto en el artículo 405 del Código Penal con la siguiente fórmula: *"El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo"*.

88. El delito de *receptación* está sancionado con *pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con treinta a noventa días- multa*. En tanto que al encubrimiento real le corresponde *pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años*.

89. En conclusión, las dos modalidades de acción típica previstas en la CICC: *aprovechamiento* y *ocultación* de bienes provenientes de delitos de corrupción; están contenidas en los delitos de *receptación* y *encubrimiento real* del Código Penal Peruano, respectivamente, por lo que no es necesaria ninguna reforma al respecto.

3.5 SOBORNO TRANSNACIONAL

90. La CICC, precisa en su artículo VIII la necesidad de tipificar el denominado soborno transnacional, en los siguientes términos:

    Ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

91. Esta norma es novedosa en el Derecho Comparado y constituye uno de los aportes más originales de la CICC. Sólo se registra como antecedente la Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior de los Estados Unidos de América.

92. La CICC, prevé la obligatoriedad de que cada Estado Parte prohiba y sancione los actos de soborno transnacional, dentro del marco de su ordenamiento constitucional y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. En tanto no se produzca la tipificación del soborno transnacional, los Estados Partes tienen la obligación de brindar la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, dentro del marco legal interno.

93. En los Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los efectos de la Convención.

94. La tipificación en el Perú del delito de soborno internacional tendría que observar las siguientes consideraciones:

3.5.1 El Sujeto Activo

95. De acuerdo a la CICC, pueden ser sujetos activos de este delito los *nacionales* del Estado tipificante, las *personas que tengan residencia habitual en su territorio* y las *empresas domiciliadas en él.*

96. La vigencia del principio *societas delinquere non potest* en nuestro sistema jurídico-penal, permite descartar a la empresa como sujeto activo de cualquier delito. En todo caso podrían cometer este delito los representantes de la empresa o las personas con poder de decisión al interior de ella. Si los órganos respectivos de la empresa han adoptado el acuerdo de realizar actos de soborno, es de aplicación la figura del "actuar en nombre de otro" (artículo 27 del Código Penal). En todo caso es innecesaria la referencia a la empresa como sujeto activo.

97. Nuestra legislación civil (artículo 33 del Código Civil de 1984) precisa que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la

persona en un lugar, por lo que la frase "*personas que tengan residencia habitual*" significa personas domiciliadas.

98. En consecuencia, en el Perú el sujeto activo podría ser precisado de la siguiente manera *"los nacionales y las personas naturales domiciliadas en el país"*.

3.5.2 Texto Legal Propuesto

99. Teniendo en consideración lo expuesto sobre el sujeto activo de este delito así como lo planteado en relación con el delito de cohecho activo propio e impropio y considerando que la gravedad de este delito sería equivalente a la correspondiente a la figura tradicional, el texto legal propuesto para la tipificación de este delito es el siguiente:

Artículo 399-A.- Los nacionales y las personas naturales domiciliadas en el país que traten de corromper a un funcionario o servidor público de otro Estado, *directa o indirectamente*, con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase *para sí mismo o para otra persona o entidad*, a fin de que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público de otro Estado haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

3.6 ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

100. La CICC, en su artículo IX prevé la figura del enriquecimiento ilícito en los siguientes términos: *"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."*

101. El Código Penal peruano también ha tipificado este delito, en los siguientes términos:

Artículo 401.- El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

1. **El Sujeto Activo**

102. El delito de enriquecimiento ilícito, tanto en la CICC como en el Código Penal, está previsto como delito especial. En consecuencia sólo puede ser cometido por funcionario o servidor público.

3.6.2 Conducta Prohibida

103. La fórmula propuesta por la CICC resulta más precisa que la utilizada en la legislación nacional. En efecto, el Código Penal peruano no define el enriquecimiento ilícito, es decir, no ofrece parámetros objetivos para determinar cuándo existe enriquecimiento ilícito. En cambio, la CICC ha precisado los criterios para la verificación de este delito:

a) Que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público

b) Que este incremento patrimonial resulte excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones

c) Que no pueda ser razonablemente justificado por el funcionario público.

3.6.3 Modificación Propuesta

104. En consecuencia, podemos proponer la sustitución del texto nacional, por el siguiente:

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.

3.7 USO DE INFORMACIÓN RESERVADA O PRIVILEGIADA

105. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de la Convención, el artículo XI.1.a) postula que los Estados Partes consideren la tipificación del uso de información privilegiada. Este delito consiste en: *"El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada."*

106. En la legislación nacional no existe norma que tipifique estos actos. Sin embargo, por vía de la CICC el Estado peruano ha asumido el compromiso de considerar su tipificación. Desde este punto de vista hay que tener en consideración que en el Perú existen muchas entidades que manejan información reservada por razones de seguridad, relevancia económica, etc. que puede ser utilizada por funcionarios públicos de manera indebida, por lo que resulta conveniente elaborar una fórmula que sancione estas acciones.

3.7.1 El Sujeto Activo

107. Se trata de un delito especial. El sujeto activo de este delito sólo puede ser un funcionario o servidor público.

3.7.2 Conducta Prohibida

108. La acción prohibida consiste de acuerdo a la CICC en el aprovechamiento de la información. Sin embargo, en la tipificación de esta conducta sería conveniente emplear los verbos "utilizar" y "entregar" para comprender no sólo los casos en que el funcionario público "se aprovecha" utilizando la información, sino también aquellos en quien se limita a entregarla a terceros, quienes aprovechan de la misma.

En cuanto a la forma en que el funcionario ha accedido a la información se comprenden dos modalidades. La primera, "en razón de la

función", se verifica cuando sus funciones están estrechamente vinculadas con el control o manejo de esos datos. La segunda, "con ocasión de la función desempeñada" comprende los supuestos en que el funcionario no tiene funcionalmente el manejo o control de esta información, sino que debido a una circunstancia ocasional como un comentario de otro funcionario, unos documentos momentáneamente expuestos en un escritorio, etc., ha accedido a tales datos.

La utilización o entrega de la información tiene que realizarse *"en" beneficio propio o de terceros*. Este beneficio puede ser económico o no económico. Se trata de un elemento subjetivo del tipo. En consecuencia, también resulta punible la entrega o utilización de la información aún en el caso de que, por razones circunstanciales, no se hubiese logrado un beneficio en el caso concreto.

3.7.3 Texto Legal Propuesto

Artículo 388-A.- El funcionario público o servidor público que utilice o entregue indebidamente, en beneficio propio o de un tercero, cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

3.8 UTILIZACIÓN DE BIENES DEL ESTADO

109. El artículo XI, 1.b prevé como acto de corrupción la utilización de bienes del Estado: *"El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada".*

1. El Sujeto Activo

110. Sólo puede ser sujeto activo de este delito el funcionario o servidor público.

3.8.2 Acción Prohibida

111. La acción, en la fórmula de la CICC, consiste en el *uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte del sujeto activo de bienes del Estado, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.*

Estos actos son abarcados en el Código Penal peruano por las figuras del *Peculado* (artículo 387) y por el *peculado de uso* (artículo 388). En este sentido, la CICC refiere dos modalidades de afectación a los bienes públicos: el uso indebido y el aprovechamiento indebido.

112. El *uso* (que es la primera modalidad de acción típica en la CICC) en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público de bienes del Estado a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada, se encuentra en el artículo 388 del Código Penal peruano en los siguientes términos:

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

113. El término "aprovechamiento" utilizado en la CICC tiene un alcance amplio que incluye el uso y la apropiación. Según mencionamos el uso está sancionado por el artículo 388 del Código Penal, en tanto que la apropiación de bienes públicos está sancionada por el artículo 387 del Código Penal. Esta disposición es de mayor cobertura que la de la CICC pues incluye también el caso en que, por negligencia, el funcionario o servidor público da ocasión a que terceros se apropien de estos bienes.

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 dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

114. En consecuencia, no sería necesario adoptar ninguna acción de reforma penal a efectos de armonizar nuestra legislación penal con lo establecido por el artículo XI, 1.b de la CICC.

3.9 TRÁFICO DE INFLUENCIAS

115. El artículo XI, 1.c., de la CICC se refiere al delito de tráfico de influencias, en los siguientes términos:

Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.

116. Este delito también ha sido tipificado por el Código Penal peruano, mediante el artículo 400°, con el texto siguiente:

Artículo 400.- El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o

promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

3.9.1 El Sujeto Activo

117. Tanto en la CICC como en el tipo base del artículo 400°, se trata de un delito común, en consecuencia el sujeto activo del delito de tráfico de influencias puede ser cualquier persona.

118. Precisa la Convención que el sujeto puede actuar por sí mismo o a través de persona interpuesta. Si bien la fórmula nacional no se refiere a la persona interpuesta, ello no impide su sanción, pues resultan de aplicación las disposiciones referidas a la participación, especialmente en relación a la *complicidad* y a la *autoría mediata* (artículos 23 y 25 del Código Penal).

3.9.2 Conducta Prohibida

119. La CICC se refiere al tema de la *ilicitud* del beneficio o provecho que pudiere obtener el sujeto activo o un tercero. Al respecto, nuestra legislación penal no establece expresamente un supuesto similar en el mencionado artículo 400°, precisando que el sólo hecho de invocar influencias ya sean reales o simuladas, para obtener ventaja alguna para sí o para tercero, constituye supuesto suficiente para tipificar este delito.

120. En consecuencia, no se requiere de una reforma de la legislación penal nacional a efectos de acoger lo previsto en el Artículo XI, 1.c., de la CICC.

3.10 DESVIACIÓN DE LA FINALIDAD DE LOS BIENES

121. El artículo XI, 1.d., de la CICC se refiere al delito de malversación de fondos, en los siguientes términos:

La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.

122. Este delito también ha sido tipificado por el Código Penal peruano, mediante el artículo 389, con el texto siguiente:

Artículo 389.- El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años.

3.10.1 El Sujeto Activo

123. La CICC precisa que el sujeto activo del delito de malversación de fondos es el "funcionario público". A su vez, el Código Penal peruano establece que el sujeto activo de este delito es el "funcionario público o servidor público".

3.10.2 La Acción Típica

124. La acción requerida por el XI, 1.d., de la CICC, en referencia a los bienes pertenecientes al Estado o a un particular, que se hubieran percibido por el sujeto activo es precisada como *"la desviación ajena a su objeto"*. Por su parte el artículo 389 del Código Penal peruano establece que la acción típica consiste en *dar al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada.*

La fórmula nacional da contenido a la frase "desviación ajena a su objeto" de la Convención, integrando con mayor precisión la acción típica, por lo que es conveniente mantenerla.

3.10.3 El Objeto de la Acción

125. El artículo de la CICC, incluye como objeto de la acción, no sólo los bienes del Estado y organismos descentralizados, sino también los de particulares que hubieren sido confiados a un funcionario, en razón de su cargo, ya sea para administración, depósito u otra causa.

Al respecto, el artículo 389° del Código Penal peruano al referirse el objeto de este delito sólo se refiere "al dinero o bienes" que administra el funcionario público, sin limitar su alcance a los que son de propiedad del Estado. Consecuentemente el sentido literal permite incluir en la protección a los bienes de particulares encomendados a la administración pública.

Esta interpretación es confirmada por el artículo 425° del mismo cuerpo legal, que establece:

Se consideran funcionarios o servidores públicos:

Inciso 4°.- Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, **aunque pertenezcan a particulares.**

126. En consecuencia, dada la claridad de nuestra legislación penal en este aspecto, no resulta necesaria su adaptación a lo establecido por la CICC.

4. ASPECTOS PROCESALES

4.1 EXTRADICIÓN

127. El **artículo XIII de la CICC, se ocupa del tema de la** extradición. Mediante esta norma, la Convención incluye dentro del catálogo de delitos susceptibles de extradición a todos los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención.

En el Perú, estos delitos ya son materia de extradición, tanto activa como pasiva, en virtud de la Ley Nº 24710, aunque esta norma no se refiera específicamente a ellos. Ello emerge del texto del artículo 1 de esta Ley que precisa que la persona procesada, acusada o condenada como autor, cómplice o encubridor de "algún delito" que se encuentre en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o de cumplir la penalidad que le haya sido impuesta como reo presente.

Los delitos de corrupción, por su naturaleza, no se encuentran dentro de las causales de inadmisibilidad para la extradición, que operan sólo en relación a los delitos puramente militares, contra la religión, políticos, de prensa, de opinión, monetarios, fiscales y perseguibles por instancia de parte (incisos 6, 7 y 8 del Artículo 6).

128. La CICC precisa, además, que cada uno de los delitos de corrupción se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes (artículo XIII, 2, CICC).

129. De otro lado, en los casos que, como el peruano, se supedita la extradición a la existencia de un tratado (salvo el supuesto de la reciprocidad) si este Estado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar a la CICC como la base jurídica de la extradición.

130. También prescribe la CICC que si la extradición solicitada se deniega en razón de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado Parte requerido se considere competente, éste presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento (artículo XIII, inciso 6). Esta norma es compatible con lo prescrito por el artículo 8 de la Ley de extradición peruana, que precisa que "si el Perú deniega la extradición puede someter al incriminado a proceso, para lo que pedirá al Estado solicitante los elementos de prueba".

131. La detención cautelar del sujeto requerido a que hace referencia el inciso 7 del artículo bajo comentario de la CICC también encuentra norma compatible en el artículo 20 de la ley N° 24710.

132. Si bien el texto de la CICC es suficiente para determinar que si el Perú como Estado Parte recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la Convención como la base jurídica de la extradición, sin embargo, sería conveniente, a efectos de unificar la normatividad peruana vigente en esta materia, introducir en el texto de la Ley N° 24710 expresamente esta posibilidad. El texto sería el siguiente:

    Si se recibe una solicitud de extradición de un Estado Parte de la CICC, con el que no existe tratado de extradición, se considerará el texto de esta Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos que son materia de la misma.

4.2 ASISTENCIA RECÍPROCA Y MEDIDAS SOBRE BIENES

133. El artículo XV de la CICC precisa los términos de cooperación entre los Estados Partes en lo referente a las medidas de aseguramiento de prueba, medidas cautelares reales o actos de ejecución sobre bienes (identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes). Precisa la necesidad de la mas amplia colaboración entre los Estados Partes en esta materia, dentro del marco de la legislación nacional.

134. Si bien el texto de la CICC no hace referencia a la "asistencia judicial", es necesario que estas medidas estén sujetas a las garantías de un debido proceso en el marco de la actuación jurisdiccional, por lo que es conveniente realizar esta precisión en la legislación procesal peruana.

135. Esta preocupación garantista debe, sin embargo, compatibilizarse con la disposición del artículo XIV de la CICC que exige una "am-

plia asistencia recíproca", que no se limita a los pedidos y respuestas judiciales, sino que hace posible la comunicación de órganos administrativos de los Estados Partes.

136. El punto de equilibrio entre la eficacia de la asistencia y las garantías personales se encuentra en la exigencia que el Estado, que debe brindar la información, la obtenga por el órgano jurisdiccional, en tanto que el Estado Parte puede solicitarla a través de sus órganos jurisdiccionales o administrativos que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la Convención.

137. En la legislación interna actualmente vigente no existe regulación al respecto; sin embargo, *el Proyecto de Código Procesal Penal de Abril de 1995, dedica su Libro Sexto al tema de la Cooperación Judicial Internacional (artículos 479 al 507 –* Véase ANEXO I*) la puesta en vigencia de esta normatividad en el marco de la reforma procesal peruana cubriría las expectativas de la CICC.*

Este Proyecto dispone que el Fiscal de la Nación es la autoridad central encargada de coordinar la cooperación judicial por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores. Señala las materias en las que procede la asistencia mutua en asuntos penales, entre las que cabe destacar los actos de comunicación de las decisiones, actos de investigación, actos de prueba medidas cautelares, traslado temporal de detenidos, traslado de condenados, diligencias en el exterior y entrega vigilada del objeto o de los efectos del delito.

La regulación del Proyecto no incluye la extradición la que es remitida a la Ley de la materia.

Se introducen limitaciones a la asistencia judicial en razón de la cuantía de la conminación penal del delito investigado o juzgado (no procede si es menor de un año de pena privativa de libertad), también se excluyen a los delitos sujetos exclusivamente a la legislación militar. Podrá denegarse la asistencia cuando se afecte al principio *ne bis in ídem*, o al principio de igualdad ante la ley y otras garantías. Igualmente se declara la improcedencia para los delitos tributarios.

Corresponde al Juez Penal de Turno decidir acerca de la procedencia de la referida solicitud de cooperación. Contra esta resolución procede recurso de apelación. Si se acepta la solicitud de asistencia el Juez dispondrá que el Fiscal Provincial realice las diligencias pertinentes.

138. Cabe destacar que el Proyecto precisa que las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras, en materia de asistencia mutua en asuntos penales y traslado de condenados se rigen por los Tratados o Convenios Internacionales, por el principio de reciprocidad y los usos internacionalmente consagrados y, subsidiariamente por las disposiciones del Código Procesal Penal (Artículo 479). **Esta norma es compatible con el artículo XV** que precisa que la asistencia entre los Estados Partes se prestará "De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos".

139. De otro lado, el ámbito de la cooperación internacional está precisado por el artículo 481 del proyecto. En lo referente a medidas sobre bienes pueden resultar de aplicación los incisos 1, 5, 6, 7, 8 y 12 del proyecto:

Artículo 481.- La asistencia mutua en asuntos penales comprenderá los siguientes actos:

1. Notificación de resoluciones y sentencias [...];
5. Realización de inspecciones;
6. Examen de objetos y lugares;
7. Práctica de embargos, incautaciones o secuestro de bienes, inmovilización de activos e identificar o detectar el producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito;
8. Facilitar información y elementos de prueba; [...]
12. Entrega vigilada del objeto o de los efectos del delito.

140. Finalmente, cabe resaltar que de acuerdo al artículo 429 del Proyecto, la competencia para las medidas sobre bienes le corresponde al Juez Penal de turno.

141. En consecuencia, la puesta en vigencia del libro Sexto (artículos 479-507) del Proyecto de Código Procesal Penal permitiría compatibilizar nuestra normatividad con los requerimientos de la CICC.

4.3 SECRETO BANCARIO

142. El **Artículo XVI *ab initio* de la CICC establece que el** Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario.

143. No existe normatividad interna en este sentido por lo que, desde la perspectiva de una eficaz cooperación para la lucha contra la corrupción, sería conveniente adoptarla.

144. Podría incluirse dentro del libro referido a la Cooperación Judicial Internacional, teniéndose en consideración que de acuerdo al artículo 2 inciso 5 de la Constitución Política del Perú deben observarse los requisitos de judicialidad y pertinencia.

145. Al igual que en el caso de las medidas sobre bienes, la judicialidad se refiere al Estado requerido y no necesariamente al requiriente. Sin embargo, debe anotarse que existe una línea interpretativa de la CICC que afirma que "no es necesario que sea un juez quien pide informes sobre una cuenta bancaria". Se arguye en apoyo de esta posición la "asistencia amplia" requerida por el artículo XIV.

146. En el caso peruano la existencia de una norma de rango constitucional exige la judicialidad del levantamiento del secreto bancario, lo que debe mantenerse, en cautela de las garantías procesales de administración de justicia penal y de la necesidad de una adecuada calificación de la pertinencia de la información en relación al caso investigado.

147. El texto sería el siguiente:

La asistencia judicial solicitada por un Estado Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción no podrá ser negada amparándose en el secreto bancario, siempre que la información se refiera al caso investigado.

148. Debe tenerse en consideración que además de la judicialidad y la pertinencia, se plantean otros límites para la asistencia internacional en los casos previstos en los artículos 483 y 484 del Proyecto de Código Procesal Penal de Abril de 1995, que presentan el siguiente texto:

Artículo 483.- Las solicitudes de asistencia sólo procederán cuando la sanción conminada al delito investigado o juzgado no sea menor de un año de pena privativa de libertad y siempre que no se trate de delitos sujetos exclusivamente a la legislación militar.

Artículo 484.- Podrá denegarse, asimismo, la asistencia cuando:

1. El imputado ya hubiera sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado por el delito que origina dicha solicitud.
2. El proceso ha sido iniciado con el objeto de perseguir o de castigar a un individuo por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, ideología o condición social.
3. La solicitud se formula a petición de un tribunal de excepción o Comisiones Especiales creadas al efecto;
4. Se afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses fundamentales;
5. La solicitud se refiera a un delito tributario, salvo que el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa, o por una omisión intencional de declaración, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito.

En las solicitudes de asistencia previstas en el inciso 7 del artículo 484 (debe decir 481) se requiere que el hecho que origina la solicitud sea punible en los dos Estados.

Esta limitaciones a la cooperación internacional responden a diversos fundamentos: razones de política criminal, el principio *ne bis in ídem*, igualdad ante la ley, juez imparcial, etc. por lo que es conveniente mantenerlas. Sin embargo, en el caso de los delitos tributarios (que por afectar bienes jurídicos colectivos, pueden acarrear una significativa dañosidad social), debería posibilitarse la cooperación internacional.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

149. Los delitos previstos en la CICC que cuentan con figuras compatibles en la legislación penal peruana son los siguientes:

   i. Actos de *lavado de bienes* (artículo VI, 1.d de la CICC) son típicos en las fórmulas típicas del encubrimiento (artículo 405 del Código Penal) y el encubrimiento real (artículo 194 del Código Penal) actualmente vigentes.

   ii. El delito de *colusión* (artículo 384 del Código Penal) como el *aprovechamiento indebido del cargo* (artículo 397 del Código Penal) son compatibles con lo previsto en el artículo VI.1 de la CICC (obtención ilícita de beneficios)

   iii. La figura de la *Utilización de bienes del Estado* (artículo XI,1,b) CICC) encuentran sus equivalente nacional en los artículos 387 (peculado) y 388 (peculado de uso) del Código Penal peruano.

   iv. La fórmula del artículo XI,1,c) de la CICC encuentra tipicidad en el artículo 400 del Código Penal peruano.

   v. La figura de la *Desviación de la finalidad de los bienes* (artículo XI 1,d de la CICC) encuentra su figura equivalente en el artículo 389 del Código Penal.

150. Los conceptos penales y figuras típicas en la legislación penal peruana que requieren ser modificadas para su adecuación a la CICC son las siguientes:

   i. El concepto de *funcionario público* para efectos penales contenido en el artículo 425 del Código Penal resulta cuestionable y es recomendable su adecuación con el artículo I de la CICC.

   ii. Para compatibilizar el tipo de lo injusto del *cohecho pasivo propio* (artículo 393 del Código Penal) con la CICC debe incluirse la frase "directa o indirectamente" cuando se refiere a la solicitud o aceptación de la ventaja y además, debe agregarse la frase "para sí mismo o para otra persona o entidad".

iii. Las mismas frases indicadas en el ítem anterior deben incluirse en la fórmula del *cohecho pasivo impropio* (artículo 394 del Código Penal).

iv. En el delito de *soborno activo o cohecho activo* (artículo 399 del Código Penal) debe incluirse la referencia contenida en la CICC a que el ofrecimiento o el otorgamiento puedan realizarse "directa o indirectamente" así como que la ventaja sea "para sí mismo o para otra persona o entidad".

v. La fórmula de la CICC relativa al *enriquecimiento ilícito* resulta más precisa que la prevista en el artículo 401 del Código Penal por lo que es recomendable su modificación en los términos de la primera.

151. Se requiere la tipificación en la legislación penal peruana de la figura del *soborno transnacional* y el uso de la *información reservada o privilegiada* contenidas en la CICC y que constituyen aportes singulares de la misma.

152. En el caso peruano, en el que la *extradición* se supedita a la existencia de un tratado (salvo el supuesto de la reciprocidad) puede considerarse a la CICC como la base jurídica de la extradición de personas imputadas, siendo recomendable incluir esta posibilidad en el texto de la Ley 24710.

153. Tanto la *asistencia recíproca* como las *medidas sobre bienes* señaladas en la CICC hacen recomendable la pronta puesta en vigencia del Libro Sexto del Proyecto de Código Procesal Penal de abril 1995 que se refiere a la Cooperación Judicial Internacional (artículos 479-507).

154. En materia de *secreto bancario* sería conveniente adoptar el texto del artículo XVI *ab initio* de la CICC que señala que el Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requiriente amparándose en el secreto bancario, incluyéndose dentro del libro sexto del Proyecto de Código Procesal Penal, teniéndose en cuenta que de acuerdo con el artículo 2 inciso 5 de la Constitución Política deben observarse los requisitos de judicialidad y pertinencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

- **ANDRES IBAÑEZ, Perfecto.** *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la Jurisdicción*, Madrid: Trotta, 1996.
- **BALLEN, Rafael.** *Corrupción Política*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Acrópolis, 1994.
- **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos de los Funcionarios Públicos*, Madrid. 1994.
- **DE LA MATA, Norberto J. y Xabier ETXEBARRIA.** *Malversación y lesión del Patrimonio Público, Apropiación, distracción y desviación por funcionario, de caudales públicos.* Barcelona: José María Bosch Editor, 1995.
- **FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo.** "Delitos contra la Administración Pública en el Código penal español de 1995: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", en: *Revistas Peruanas de Ciencias Penales*, Año IV, N°7/8, Lima. 199?
- **FONTAN BALESTRA, Carlos.** *Derecho Penal, Parte Especial*, Decimocuarta Edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- **FRISANCHO APARICIO, Manuel y A. Raúl PEÑA CABRERA.** *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Edit. FECAT, 1999.
- **LAMAS PUCCIO, Luis.** *Cortes especiales contra la Corrupción.* Diario El Sol, Lima, 1998.
- **MINISTERIO PÚBLICO.** *El Estado y la Sociedad Civil en la lucha contra la Corrupción*, Lima, 1999.
- **MINISTERIO DE JUSTICIA-ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA.** *Código Penal*, Edición Oficial, Lima, 1998.
- **MINISTERIO DE JUSTICIA-ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA.** *Código de Procedimientos Penales*, Edición Oficial, Lima, 1998.
- **MANFRONI, CARLOS A.** *La Convención Interamericana Contra la Corrupción. Anotada y Comentada*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

- NACIONES UNIDAS. *Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Nueva York-Ginebra, 1994.
- NACIONES UNIDAS. *Cooperación contra la delincuencia transnacional: nuevos desafíos en el siglo XXI.* Documento de antecedentes para el curso práctico sobre la lucha contra la corrupción. A/CONF.187/9 . Décimo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del delincuente Viena 10-17 abril de 2000.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Respuestas al Proyecto de cuestionario sobre la Ratificación e Implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción*, OEA/Ser.G. CÓDIGO PENAL/GT/PEC-68/00 add.5, Washington, 2000.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración de Justicia*, Lima, 1996.
- REBOLLO VARGAS, Rafael. *La Revelación de Secretos e Informaciones por Funcionario Público*, Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Edt. Grijley, 1999.
- ÜBERHOFEN, Michael. *La Corrupción en el Derecho Comparado*. Buenos Aires: CIEDLA, 1997.

II. ACUERDOS PLENARIOS JURISDICCIONALES CON INCIDENCIA EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

- RECURSO DE NULIDAD N° 4500-2006, JUNÍN, EXPEDIDO POR LA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

ASUNTO: **Estructura típica del delito de peculado culposo.**

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Arístides Serpa Ortiz, contra la sentencia condenatoria de fojas mil setecientos noventa y ocho, su fecha catorce de octubre del dos mil cinco; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, interviniendo como Vocal Ponente el señor Santos Peña; y, CONSIDERANDO: **Primero.-** Que, los hechos imputados se circunscriben a que la acusada Elvira Magda Linche Quesada, en su condición de encargada de depositar en el banco de la nación los recursos ,directamente captados , por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, con la complicidad de sus coencausados Arístides Serpa Ortiz y Héctor Segura Mayta que se desempeñaban como tesorero y encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias respectivamente, en la mencionada entidad , se apropió, durante los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve de la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles. Para tal fin, la encausada adulteró las cantidades a depositar, en cincuenta y tres boletas de depósitos de las cuentas corrientes número cinco nueve nueve ocho ocho siete dos, y número seis uno seis

ocho dos cuatro ocho , lo que ha permitido detectar diferencias entre lo que realmente depositaba en el citado Banco y las papeletas de depósitos así adulteradas ;asimismo, bajo esta misma modalidad en el complicidad con sus encausados, se habría apropiado de dinero en dólares americanos de la cuenta corriente número cero seis-cero cero cero-cero uno siete cero siete seis de la maquinaria japonesa, de la cuenta corriente corriente número seis-cero cero cero –cero dos cinco uno cuatro uno de la maquinaria china, cuenta corriente numérica seis-cero cero cero-cero dos siete cero seis tres de los fondos rotarios y de la cuenta corriente de alquiler de maquinaria agrícola. **Segundo.**- Que, en la sentencia condenatorio se ha concluido que el procesado Serpa Ortiz es responsable de la comisión del delito de peculado en su condición de cómplice primaria y ha reservado el juzgamiento a los reos contumaces Elvira Maga Limache Quesada y Héctor Segura Mayta, bajo el fundamento sustancial, que en la fase preparatoria del hecho delictivo, en forma dolosa ha presentado su plena colaboración a coacusada Limache Quesada para la consumación del delito de peculado en la forma de apropiación indebida de los fondos del Estado, pues como jefe de Tesorería, y por ende de la encausada que laboraba en la oficina bajo su cargo, no verificó la conformidad diaria, o en su defecto mensual, de los ingresos por recursos propios, y los depósitos en las cantidades realmente ingresadas a favor de la entidad agraviada, por lo que, sin ese consentimiento , y consiguiente apoyo en la sistemático obrar de la aludida encausada para apropiarse los caudales, no hubiera sido posible la consumación de delito. **Tercero.**- Que, el delito de peculado, y consecuentemente su grado de complicidad, exige necesariamente la concurrencia del dolo, requisito sine qua non sin el cual no podría configurarse el mismo , de conformidad con el primer párrafo del artículo 387° de Código Penal que establece: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza , en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años". **Cuarto.**- Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto dela acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministro Publico, y así asumida por Sala Superior, pues di-

cho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno – que es precisamente lo que se imputa el citado- actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones , originando una tercera persona sustraiga caudales -en este caso-, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387°del Código Penal que tipifica : "Si el agente, por culpa, de ocasión a que se efectué por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido..."y, pues igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, al señalar los elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: "...Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones , no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público". **Quinto.**- Que, siendo esto así, resulta procedente la desvinculación de la acusación fiscal a que se refiere el artículo 285°-A del Código del Procedimientos Penales, pues esta decisión no afecta el derecho de defensa del procesado, por cuanto la pena contenida en la norma sustantiva acotada le es favorable. Sexto.-Que, estando a que los hechos imputados al procesado Serpa Ortiz están realmente tipificados, previstos y sancionados en la norma acotada, resulta pertinente señalar que lo nuestro ordenamiento penal sustantivo establece las formas de extinción de la acción penal , entre ellas, la prescripción que puede deducirse en cualquier estado del proceso , incluso, puede ser resulta de oficio por el Juez; la misma que conforma lo establece el artículo ochenta del Código Penal, opera cuando trascurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, en tanto que tratándose de funcionarios y servicios públicos, el plazo de prescripción se duplica .Séptimo.-que, desde el momento consumativo del delito (diciembre de mil novecientos noventa y nueve), a la fecha, al haber transcurrido más de ocho años, la acción del penal que genero la conducta culposa incriminada al procesado se ha visto afectada extinti-

vamente ; toda vez que, consecuentemente, la pena máxima de dos años prevista en el ordenamiento sustantivo, quedo limitada al plazo de seis años , situación jurídica del que emerge el imperativo de amparar, de oficio, la excepción de prescripción. **Octavo.**- Que, habiéndose establecido la estructura típica del delito de peculado culposo, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter del precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso 1 del artículo 301°del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el decreto, Legislativo número novecientos cincuenta y nueve. Estando a las consideraciones expuestas .Declararon **HABER NULIDAD** en la resolución recurrida de fojas mil setecientos noventa y ocho, su fecha catorce de octubre de dos mil cinco, en el extremo que condena a Arístides Serpa Ortiz como cómplice primario por el delito de peculado en agravio del Estado representado por la Dirección Regional Agraria de Junín, a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución a un año, bajo reglas de conducta; con lo demás que contiene, **REFORMÁNDOLA:** declararon, de oficio, extinguida la acción penal por prescripción, incoada contra Arístides Serpa Ortiz, en la instrucción que se le sigue por delito de peculado culposo en agravio del Estado. **MANDARON** archivar definitivamente el proceso en el extremo referido al procesado Serpa Ortiz, así como la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso; **DISPUSIERON** que la presente Ejecutoria Suprema constituya precedente vinculante en lo concerniente a los criterios que determinan la estructura del delito de peculado culposo a los que alude el cuarto considerando de esta resolución; **ORDENARON** que el presente fallo se publique en el Diario Oficial El Peruano, y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN / RODRÍGUEZ TINEO / SANTOS PEÑA / ROJAS MARAVI / CALDERÓN CASTILLO

- **RECURSO DE NULIDAD Nº 1091-2004 LIMA**

Lima, veintidós de marzo del dos mil cinco.

VISTOS; los recursos de nulidad interpuesto por los sentenciados Julio Alberto Peña García, Paúl Alfonso Castillo Aguilar y Héctor Villanueva Granda; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como Vocal Ponente el doctor Victoriano Quintanilla Quispe; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el sentenciado Julio Alberto Peña García al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil doscientos setenta y siete, manifiesta su disconformidad en el extremo de la sentencia que lo vincula con su co-procesado Héctor Villanueva Granda, al señalar que éste era su "contacto", lo cual no se ajusta a la realidad, ya que esta persona sólo efectuaba labores de limpieza de su vehículo a cambio de una propina; que, de otro lado en cuanto se refiere a los formularios de solicitud para el trámite de pasaportes signados con el número F- cero cero uno, dice haber comprado en las ventanillas de la entidad a la persona de Elizabeth Ticona López por su precio normal de veinticinco nuevos soles, y no que los "conseguía" , pues dicho término se presta a otras interpretaciones; añade que el paneux fotográfico incorporado al presente proceso como medio probatorio no resulta idónea; finalmente sostiene que en ningún momento ha realizado u omitido actos contrarios a su deber ni mucho menos ha aceptado donativos, promesa o cualquier otra ventaja faltando a sus obligaciones. **Segundo:** Por su parte Héctor Villanueva Granda a fojas mil doscientos ochenta y tres afirma que el motivo de su presencia en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez el día de los hechos, era con el fin de cobrar un dinero que le debía su co-procesado Peña García; pero se dio la casualidad que éste, le entregó dicho formulario, destinado para un familiar y al no presentarse ninguna persona a recoger, abusando de la confianza, lo vendió a su coprocesado Castillo Aguilar. **Tercero:** Que, por su parte éste último a fojas mil doscientos ochenta y seis, cuestiona el operativo realizado por la Policía Nacional del Perú al considerar que se ha llevado a cabo sin contar con la anuencia o conocimiento del representante del Ministerio Público; que, de otro lado la sentencia sólo se sustenta en la sindicación que efectúa la testigo Heidi Katheryn Gómez Lau, sin embargo no existe

nexo causal entre la conducta del recurrente de solicitar un formulario a su coencausado Villanueva Granda a petición de aquella, concluyendo que es inocente de los cargos. **Cuarto:** Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término "aceptar", el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario. **Quinto:** Que, la incriminación que pesa sobre los procesados se funda en que con fecha dieciocho de setiembre del dos mil uno, Julio Alberto Peña García, en su condición de Jefe del Área de Migraciones del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" aceptó el requerimiento de su co-procesado Villanueva Granda para que a cambio de una determinada suma de dinero le entregara un formulario de solicitud para la tramitación de pasaportes, cuya venta en la época era restringida por la escasez de estos, el mismo que había sido solicitado por su co-encausado Castillo Aguilar, propietaria de la agencia de viajes "Águila Tours" para el trámite de pasaporte de la persona de Heidi Katheryn Gómez Lau (colaboradora del servicio de inteligencia de la Policía Nacional del Perú), los cuales quedaron al descubiertos al llevarse a cabo un operativo policial estableciéndose el modus operandi utilizando para tales fines la citada agencia de viajes, sito en el Pasaje Nacarino número ciento treinta y seis del Distrito de Breña, con la activa participación de los nombrados Castillo Aguilar y Villanueva Granda en calidad de cómplices. **Sexto:** Que, estos hechos se encuentran acreditados con el documento correspondiente consistente en el pasaporte número dos millones doscientos setentiún mil seiscientos sesenta y cinco que corre a fojas ochenta y siete, el mismo que si bien

es cierto, al ser verificado por la Unidad Operativa Policial se constató que cumplía todos los requisitos legales, sin embargo ha sido obtenido en forma ilícita, configurándose el delito imputado y la responsabilidad penal de los citados encausados, la misma que se encuentra corroborado con la versión del propio Villanueva Granda, quien en su manifestación policial de fojas dieciséis en presencia del representante del Ministerio Público y abogado defensor narra con lujo de detalles, señalando que ante la petición de Castillo Aguilar a fin de conseguir el mencionado formulario obrante a fojas sesenta y ocho, se contactó con su coacusado Peña García, entonces Jefe del Puesto de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", quien le solicitó la suma de ciento cincuenta dólares americanos a cambio de entregarle dicho documento, lo cual se efectivizó en horas de la tarde del dieciocho de setiembre del dos mil uno a inmediaciones de la Municipalidad de Breña; añadiendo que los formularios que le fueron incautados al momento de su intervención, también le fueron otorgados por el mismo Peña García el veinte de setiembre del citado año en el Restaurant "El Mesón", por lo que se concluye que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. **Séptimo:** Que, de otro lado en la recurrida se advierte que se ha omitido fijar el plazo de inhabilitación en cuanto se refiere al sentenciado Peña García, por lo que debe integrarse en virtud de la facultad conferida en el penúltimo parágrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis; por tales consideraciones: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas mil doscientos sesenta y nueve, su fecha nueve de octubre del dos mil tres, que **condena** a **JULIO ALBERTO PEÑA GARCIA,** como autor del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; fija en diez mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado; e **INTEGRANDO** la propia sentencia: **FIJARON** en tres años el plazo de inhabilitación; asimismo condena a **PAÚL ALFONSO CASTILLO AGUILAR** y **HÉCTOR VILLANUEVA GRANDA,** como cómplices primarios del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado, a tres

años de pena privativa de la libertad, suspendida por el término de dos años; fija en cinco mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor del Estado; e inhabilitación por el término de tres años; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / PONCE DE MIER / QUINTANILLA QUISPE / PRADO SALDARRIAGA

NOTA:

Lima, cinco de setiembre del dos mil cinco.-

VISTOS; estando a la razón de Secretaría de esta Sala Suprema;

CONSIDERANDO: Que con fecha veintidós de marzo del dos mil cinco, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, expidió Ejecutoria en el presente proceso, la misma que se encuentra debidamente motivada en su parte considerativa; que no obstante ello, en un extremo resolutivo se ha incurrido en error material, relativo al nombre uno de los sentenciados, al consignarlo como "... Julio Alberto Peña García..." Lo cual requiere ser subsanado; por tanto, estando la facultad que tienen los magistrados de completar e integrar las resoluciones judiciales, como lo dispone el artículo doscientos noventa y ocho –inciso tres segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo ciento veintiséis: ACLARARON el extremo resolutivo de la Ejecutoria Suprema de fecha veintidós de marzo del dos mil cinco; para tenerse pronombres correctos del sentenciado como JULIO ALBERTO PEÑA GARCIA; MANDARON que la presente resolución sea considerada como parte integrante de la Ejecutoria Suprema de fecha veintidós de marzo del dos mil cinco; y los devolvieron.

S.S.

GONZÁLES CAMPOS R.O / BALCAZAR ZELADA / BARRIENTOS PEÑA / VEGA VEGA / PRINCIPE TRUJILLO

- **ACUERDO PLENARIO Nº 4-2005/ CJ-116 ASUNTO: DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO. ART. 387º C.P.**

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco.

Los Vocales en lo Penal, integrantes de las Salas Permanentes y transitorias de la Corte Suprema de justicia de la República, reunidas en plena jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

I. ANTECEDENTES.

1. Las salas penales permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un pleno jurisdiccional de los Vocales en lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301°- A de Código de procedimientos penales, introduciendo por el Decreto legislativo número 959, y 22° y 116° del texto Único Ordenado de la ley Orgánica de poder judicial.
2. Para estos efectos- sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones especificas- y con carácter preparatorio, se delimito el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año, A continuación, el Equipo de trabajo designado al efecto bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presento a cada sala un conjunto de ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvió presentar al pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
3. En el presente caso el pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de

peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal ante citado, y por consiguiente permita deslindar esta figura típica de los demás tipos penales que se encuentran comprendidos en el Título XIII del Código Penal-Delitos contra la Administración pública.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del poder judicial que, es esencia, faculta a las salas Especializadas del poder judicial dictar Acuerdos plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la Complejidad y amplitud del Tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un acuerdo plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar un doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Gonzales Campos, quien expresa el parecer del pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 387° del Código penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que "" El funcionario o servidor público que se apropió o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción administrativa o custodia le estén confiados por razón de su cargo....''; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como "Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectué por otra persona la sustracción de caudales o efectos...''; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes "Si los caudales

o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social..." (Forma de circunstancia agravante incorporada por ley N° 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto competencia funcional especifica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos especificas merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma de análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamiento típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son; en tal virtud; los elementos materiales del tipo penal:

   a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efecto, Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversas pero siempre licita.

La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

La Custodia, que importa la típica posesión que, implica la protección conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) Apropiación o utilización. En el primer caso escriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose el mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para, otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de transito al dominio final del tercero.

e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero, Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

8. Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no ésta referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estrado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; se a que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcional o servidor público que no tenga la percepción, adminis-

tración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

9. En el peculado culposo debe tener en cuenta: "la sustracción y la culpa del funcionario servidor público" como elemento Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

   a) La sustracción: Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública; por parte de un tercero; que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público;

   b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferente al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término, impreciso de perdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado funcional que mantiene con el patrimonio público.

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las salas penales permanente y transitorias de la Corte Suprema Justicia de la República, Reunidas al amparo de lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del poder judicial; por unanimidad;

    ACORDÓ:

11. Establecer como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6°, 7° y 8° del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

11. Precisar que el principio jurisprudencial antes mencionado debe ser invocado por los magistrados de todas las instancias Judiciales;

sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado do la ley Orgánica del Poder Judicial.

13. Publicar este acuerdo Plenario en el Diario Oficial El peruano. Hágase saber.

ss.

SIVINA HURTADO/ GONZALES CAMPOS/SAN MARTIN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ BALCAZAR ZELADA/ MOLINA ORDOÑEZ/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA/ PRINCIPE TRUJILLO/ J-5154

Publicada en el Diario Oficial el Peruano el 26 de noviembre del 2005.

- **RECURSO DE NULIDAD Nº 2090-2005 - LAMBAYEQUE - DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA.**

Lima, siete de junio de dos mil seis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles contra el auto superior de fojas setecientos sesenta y cuatro, de fecha cinco de abril de dos mil cinco, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el recurrente al formalizar su recurso de nulidad de fojas setecientos setenta y siete afirma que la Sala Penal Superior vulneró el principio ne bis in ídem, establecido en el inciso diez del artículo doscientos treinta de la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, pues mediante la resolución recurrida dispuso la continuación de su procesamiento a nivel judicial pese a que por los mismos hechos había sido previamente sancionado administrativamente por doce meses con cese temporal y sin goce de remuneraciones. **Segundo:** Que se imputa al encausado Víctor Manuel Carrillo Gonzáles, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pítipo durante el periodo de mil novecientos noventa y nueve haber adicionado a la suma de seiscientos setenta y siete nuevos soles la palabra dólares americanos, con la finalidad que la Municipalidad agraviada pague una suma mayor a la que realmente debía hacerlo y él apropiarse de la diferencia, que ascendía a mil seiscientos veinticinco nuevos soles; que, además se le atribuye que coadyuvó a que sus coencausados Alejandro Jacinto Muro -Alcalde de la Municipalidad de Pítipo- y Juan Armando Chirinos Tello -tesorero- entreguen al imputado Genaro Segura Azaña cheques por un valor de ciento ocho mil sesenta nuevos soles, y que los encausados Alejandro Jacinto Muro Távara y Armando Chirinos Tello proporcionen a José Carbonel Acosta la suma de cuatro mil nuevos soles sin que exista motivo alguno. **Tercero:** Que, como está jurídicamente consolidado, el Derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación sólo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la última ratio en relación con los demás medios de control social. **Cuarto:**

Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa. **Quinto:** Que el principio ne bis in idem material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada "prohibición de exceso", esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente. **Sexto:** Que el principio de ne bis in idem contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción Penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de

la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes -posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro-; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta - dos mil dos -AA/TC, veintiocho sesenta y ocho - dos mil cuatro -AA/TC, veintitrés veintidós - dos mil cuatro -AA/ TC, treinta y uno noventa y cuatro - dos mil cuatro -HCITC, respectivamente. **Sétimo:** Que, en el contexto expuesto cabe indicar que la sanción disciplinaria impuesta al encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pítipo, se debió al incumplimiento de sus funciones y a la comisión de graves faltas administrativas que incluso no son materia de acusación fiscal -conforme se aprecia de la Resolución de Alcaldía de fojas setecientos catorce; que, en cambio, en el presente caso se juzga hechos con contenido penal -véase acusación fiscal de fojas setecientos veinticinco, distintos a los que originaron la medida disciplinaria que se le impuso, razón por la cual de autos no aparece acreditada vulneración alguna al principio de ne bis in ídem. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de fojas setecientos sesenta y cuatro, de fecha cinco de abril de dos mil cinco, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada deducida por el encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles en el proceso que se le sigue por delito contra la administración pública - peculado y otros en agravio de la Municipalidad Distrital de Pítipo, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

SIVINA HURTADO / SAN MARTIN CASTRO / VALDEZ ROCA / LECAROS CORNEJO / CALDERÓN CASTILLO

- **ACUERDO PLENARIO N° 9-2007/CJ-116 *ASUNTO*: SOBRE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL PARA DELITOS SANCIONADOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SEGÚN LOS ARTÍCULOS 80º Y 83º DEL CÓDIGO PENAL.**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penal Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondía analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos en lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que detectaron las discrepancias existentes en la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80° del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha

disposición en relación a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 83° del citado cuerpo legal.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes y necesarios para configurar una doctrina legal que haga razonable disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Prado Saldarriaga, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80° regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83° *in fine* hace referencia al **plazo extraordinario**.

7. Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando *"el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción"*. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82° del Código Penal.

8. Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29° o en diferentes

delitos tipificados en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80° del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua.

9. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que **tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal**; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83° del Código Penal.

10. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

III. DECISIÓN.

11. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

12. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis al diez, los criterios para la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80° del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha disposición en relación a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 83° del citado cuerpo legal. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos parágrafos.

13. **PRECISAR** que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano".

Hágase saber.

Ss.

SALAS GAMBOA / SIVINA HURTADO / SAN MARTÍN CASTRO / VILLA STEIN / PRADO SALDARRIAGA / RODRÍGUEZ TINEO / LECAROS CORNEJO / VALDEZ ROCA / MOLINA ORDOÑEZ / PRÍNCIPE TRUJILLO / SANTOS PEÑA / CALDERÓN CASTILLO / ROJAS MARAVÍ / URBINA GANVINI

- ACUERDO PLENARIO N° 2-2008/CJ-116 ASUNTO: ALCANCES DE LA PENA DE INHABILITACIÓN

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116o del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

I ANTECEDENTES

1°. Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de La deci-

sión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la pena de inhabilitación. Específicamente resolvió abordar los alcances de la pena de inhabilitación, la extensión y tiempo de duración de la inhabilitación, tanto principal como accesoria, así como las exigencias procesales para su imposición.

4°. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes, para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor RODRIGUEZ TINEO, y se incluyó al señor PRADO SALDARRIAGA quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Regulación de la pena de inhabilitación

6°. La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

7°. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho -se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39° y 40° del Código Penal). La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177°, 181°-B y 398° del Código Penal sé indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

Contenido de la pena de inhabilitación

8°. El artículo 36° del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39° del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto

de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36°.

En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventiva especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito.

En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena

Duración y cómputo de la pena de inhabilitación.

9°. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisible consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39° del

Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38° de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

10°. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la "naturaleza de las cosas", por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

A. Taxativamente, de conformidad con el inciso 6) del artículo 36° del Código Penal, modificado por la Ley número 29106, la/cancelación de la autorización para portarlo o hacer uso de armas de fuego es .perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.

B. El inciso 8) del artículo 36° del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos -no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido-

C. Respecto del inciso 1) del artículo 36° del Código Penal: *"Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular"*, como la norma alude a una relación de derecho público e indica "privación", es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio -privación de titularidad-. Se trata por tanto de una privación definitiva -no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos desde que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pér-

dida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: ZAFFARONI/SLOKAR).

Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación.

11°. Artículo 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el artículo 225°.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273° del aludido Código prescribe que la acusación oral del fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el tributaria en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, el artículo 285° de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que ésta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y la penas accesorias. La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el Fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2°.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es ésta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan. El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación, la (1) congruencia fáctica: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta ("vinculación fáctica"); y, (2) la congruencia jurídica: identidad del bien jurídico

respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa ("vinculación jurídica").

La **congruencia cuantitativa,** en fruición al ***petitum*** del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285°-A. Desde esta perspectiva, aunque el Fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al Tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la **vinculación peno lógica** es relativa, pues el artículo 397°.3 estipula, bajo la condición de su legalidad -tiempo y extensión-, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al Fiscal una faculta específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

12°. Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas, según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema:

A. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37° el Código Penal establece que la pena de inhabilitación -según su importancia y rango- puede ser impues-

ta como principal o accesoria. La pena de **inhabilitación principal** se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de **inhabilitación accesoria,** no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39° del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que ***"...el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, cúratela o actividad regulada por ley".*** Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40° del Código Penal.

B. Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.

C. Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la **inhabilitación principal,** es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si estafen el presente caso la inhabilitación- está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.

D. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad

de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas.

E. Distinto es el caso de la pena de **inhabilitación accesoria**, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39° y 40°) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga *ex officio iudex* pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.

13°. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente:

A. El artículo 46°, primer párrafo, del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo.

B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo 38° del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111° segundo y último párrafo, 117°, 121°-A, 124° segundo párrafo, 122°-A, 124°, 153°-A, 155°, 157°, 169°, 170°, 177°, 181°-A, 18T-B, 183°-A, 200° cuarto párrafo, 222°, 223°, 225°, 237°, 243°, 243°-C, 247° *in fine*, 259°, 260°, 274°, 296°, 296°-A, 297°, 300°,

300°-B, 316°. 1 y 2, 317° *in fine,* 318°, 318°-A penúltimo párrafo, 320°, 323° *in fine,* 324°, 376°-A, 393°, 394°, 395°, 396°, 398°, 399°, 400°, 401°, 409°-B y 450°-A.y 450°-A.

En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353° -delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional-, 360° -delitos contra la Voluntad Popular-, 426° -delitos cometidos por Funcionarios Públicos y delitos contra la Administración de Justicia-, 432° -delitos de falsificación de documentos-, y 436° -delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 -delitos aduaneros-, artículo 10°. b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 -delitos de terrorismo-, artículos 5° y 6°-A.

En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijado su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39° del Código sustantivo.

C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación en el propio tipo delictivo o los artículos 38° y 39°- la omisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.

D. Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo específica los derechos objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36° del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de

inhabilitación: artículos 170° del Código Penal y 5o del Decreto Ley número 25475. En todos estos casos rige el mismo principio del literal anterior: la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esa consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, la fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

E. Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la Inhabilitación los derechos que fueran pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, no el acusatorio. No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de desvinculación. En este caso, como es obvio, debe extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

14°. Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *A Quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio el Tribunal *Ad Quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300°. 1 del Código de Procedimientos Penales y 409°.3 del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está,

cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el Fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de Revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11° y 12°.

Ejecución de la pena de inhabilitación.

15°. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368° del Código Penal).

B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030° y 2032° del Código Civil.

C. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36°. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.

D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36°. 1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

G. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o cúratela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como -si correspondiere- a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

H. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

16°. El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien

deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente -nacional, regional o municipal- y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión -claro está- de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente.

III. DECISIÓN

17°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

18°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los **fundamentos jurídicos** 8° al 16°.

19°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

20°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS / SAN MARTÍN CASTRO / VILLA STEIN / LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / RODRÍGUEZ TINEO / VALDEZ ROCA / ROJAS MARAVÍ / PONCE DE MIER / MOLINA ORDOÑEZ / SANTOS PEÑA / VINATEA MEDINA / PRÍNCIPE TRUJILLO / PARIONA PASTRANA / ZECENARRO MATEUS / CALDERÓN CASTILLO / URBINA GANVINI

- **ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116 ASUNTO: EJECUCIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN Y RECURSO IMPUGNATORIO**

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, después de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera

se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia el Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, y las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que se dictaron respecto de la pena de inhabilitación. En especial, la solicitud formulada por el Jurado Nacional de Elecciones en su oficio número 5979-2009-SG/JNE, del 11 de los corrientes, si la indicada pena se ejecuta inmediatamente, sin perjuicio del recurso impugnatorio planteado contra ella, o si se requiere que quede firme para el inicio de su ejecución.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como

ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6°. El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos –personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades -públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o accesoria- dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.

7°. Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente –aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional- o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinean sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas.

Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermanéutica, está vinculado con el párrafo 15° del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: "La ejecución de la pena de inhabilitación, [...], requiere, como paso

previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales. [...] A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución...". También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el párrafo 9° del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que "El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme".

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios –en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad- sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332° del Código de Procedimientos Penales de 1940 -en adelante, ACPP-, como en el artículo 403°.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 -en adelante, NCPP-. El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

8°. Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal –el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto-. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo –así lo dispone el artículo 402°.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412°.1 NCPP-, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de

las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31°.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal -en adelante, CP- se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme. En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

B. Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330° admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede "...entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política" –así lo precisa el artículo 331° in fine ACPP-. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30°.1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su

posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30°.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio. En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP –con diferencia del régimen del NCPP- se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

9°. En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución –el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial- para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15° al 16°. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380° del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

III. DECISIÓN

10°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

11°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 9°.

12°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

13°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS / SAN MARTÍN CASTRO / LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / RODRÍGUEZ TINEO / VALDEZ ROCA / BARRIENTOS PEÑA / BIAGGI GÓMEZ / MOLINA ORDOÑEZ / BARRIOS ALVARADO / PRÍNCIPE TRUJILLO / BARANDIARÁN DEMPWOLF / NEYRA FLORES / CALDERÓN CASTILLO / ZEVALLOS SOTO

- ACUERDO PLENARIO N° 1-2010 / CJ-116 ASUNTO: PRESCRIPCIÓN: PROBLEMAS ACTUALES

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.---

Los jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial --- en adelante. LOPJ---, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agente para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilito el foro de participación a través del portal del internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de SUS respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 04 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En cuanto al tema en debate: "Prescripción: Problemas Actuales" informaron oralmente los señores Percy García Cavero —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—, y Marco Antonio Herrera Guzmán —en representación del Módulo Penal de Camaná - Corte Superior de Arequipa—.

3°. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta tase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la techa con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

4°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Intervienen como Ponentes los señores LEGAROS CORNEJO, BARRIOS ALVARADO Y CALDERÓN CASTILLO, con la participación del señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. ASPECTOS GENERALES.

5°. La prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sus-

tantiva para el delito incriminado —pena abstracta—. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria —de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público— y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción —a su pretensión punitiva— y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible —prescripción de la pena—.

6°. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una auto-limitación al poder punitivo ele: Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría ci derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable.

7°. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por e! retraso en la ejecución de sus deberes.

8°. En este sentido, la prescripción varía, en cuanto a su duración, según la naturaleza del delito que se trate y cuando más ingente sea la pena regulada en la Ley, mayor será el plazo de la prescripción para el delito incriminado. También modula la duración del mismo según las vicisitudes del procedimiento y atendiendo a otras consideraciones de especial relevancia: causas de suspensión y de interrupción.

2. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS

9°. Determinar los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la duplica de la prescripción cuando el delito es cometido por *un* funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.

10°. La prescripción extraordinaria y la con figuración y efectos de la reincidencia en las faltas.

11°. Establecer el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la investigación Preparatoria.

3. DESARROLLO DEL PRIMER TEMA

12°. El legislador incrementó el plazo de prescripción —duplicó— en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú —"e/ *plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos*"—. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o senador público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos. 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 per-

sonas 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.

13°. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regia especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

14°. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó —método lógico-sistemático—. Así. Debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal se orienta al *Capítulo II, Titulo* XVIII, *del Libro Segundo* del mismo cuerpo legal, *"Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos"*, atendiendo a dos aspectos concretos:

A. En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B. Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo ele prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración

Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes de cargo como empleo, "regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional,y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

15°. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

A. Que exista una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.

B. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.

C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

16°. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

17°. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

A. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.

B. La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde e! Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como de! sector privado y se comparte la propiedad de les bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40° y 60° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2° del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

C. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

18°. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal.

4. DESARROLLO DEL SEGUNDO TEMA.

19°. El Libro Tercero del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas sólo con penas principales cié multa o de prestación de servicios a la comunidad; En lo que respecta al plazo ordinario de la prescripción de la acción penal y de la pena en las taitas, el inciso 5 de) artículo 440° señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que "la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años". 20°. Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las regias especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consi-

guiente, dado que el mismo numeral 440° *ab mino* establece que: *"Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero (...)"*, es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos.

20°. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83° *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.

21°. Ahora bien, el artículo 440°, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción pena! y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas. Es en el artículo 46° B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: *"Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas"*. Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:

A. La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.

B. La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máxi-

mo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.

C. Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440°.

5. DESARROLLO DEL TERCER TEMA.

23°. Tercer tema. El apartado uno del artículo 339° del nuevo Código Procesal Penal prescribe que *"la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal"*. Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad, legalidad y razonabilidad.

24°. La "suspensión" de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal —constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso—. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25°. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la

suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

26°. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penas evidencia que regula expresamente una suspensión *"sui generis"*, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal —quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción—, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde este acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

27. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la "suspensión" con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible que el legislador quiso reglamentar un supuesto de '"interrupción" dé la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto de! Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal electo de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal —formalizando la investigación— el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

28. Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:

    A. Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto pre ordena

el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo.

B. El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.

29. Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada —el acto del Fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso— para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado.

30 °. Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159° de la Carta Política.

31°. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución —inserto en la garantía del debido proceso—y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:

A. El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una

autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado. Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para iniciar la persecución penal, como «la Formalización de la Investigación Preparatoria» es una causa que suspende el curso de la prescripción.

B. Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos.

C. La suspensión del plazo de la prescripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales, pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legítima. En ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad —relevante jurídicamente— cuando se persigue y castiga una infracción punible.

D. No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el reí raso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse.

E. La reforma del sistema procesa; implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores de investigación dentro del proceso penal —propio de un sistema acusatorio— y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones ‹dentro del nuevo

sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la «suspensión de la prescripción» se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso», promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva.

F. En el Nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un Plazo establecido: La investigación Policial o Fiscal veinte días, la Investigación Preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y_ para casos complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales corno innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y pérdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el artículo 360° [inciso 1 y 5] — *"si no fuera posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión* y *no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación"*—. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.

G. Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334° [inciso 2] y 343° regula las situaciones en las que el plazo de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria —Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de investigación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado— para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas procesales cuando las considere excesivas —se materializa por medio de una audiencia de control de plazos—. Es evidente el interés y voluntad del

legislador de someter a control el plazo del proceso por el Juez que ejerce las funciones del control de garantías —y reglado en el sistema procesal penal— en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del Fiscal la duración de la investigación.

32°. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite.

III DECISIÓN

33°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder judicial.

ACORDARON:

34°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los Fundamentos jurídicos 12° al 32°.

35°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jue-

ces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116o del citado estatuto orgánico.

36°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano*'. Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO LEGAROS CORNEJO PRADO SALDARRIAGA RODRÍGUEZ TINEO BARRIOS ALVARADO PRÍNCIPE TRUJILLO NEYRA FLORES BARANDIARAN DEMPWOLF CALDERÓN CASTILLO SANTA MARIA MORILLO

- ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116 ASUNTO: NUEVOS ALCANCES DE LA PRESCRIPCIÓN

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el articulo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

1° ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional –que incluyo el Foro de "Participación Ciudadana"-de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el articulo 116° de Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial- en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdo Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas:

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilito el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participa-

ción de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda –en atención a los aportes realizados-para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3° La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditados, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de Ambos Salas Penales, interviniendo en los análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señorita Ana Cecilia Hurtado Huailla del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y los señores Percy García Cavero y Raúl Pariona Arana.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culmino con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanentes y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide de presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° d la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponente el señor LECAROS CORNEJO, con la participación de la señora BARRIOS ALVARADO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Determinación del problema

6°. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre del 2010, se afirmó que la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal por un delito incriminado y se explicó de manera extensa la aplicación del último párrafo del artículo 80° del Código Penal: la duplica de la prescripción en el caso de "Delitos contra la Administración Publica cometidos por Funcionarios Públicos contenida en el Capítulo II, Titulo XVIII, del Libro Segundo del mismo cuerpo legal.

7°. No obstante, la participación de los extraneus en esta clase de delitos plantea interesantes problemas en torno al cómputo del plazo de la prescripción. Surge pues como tema de debate la cuestión relativa a la aplicación de la duplica de los plazos de prescripción también para el extraneus.

La trascendencia de este asunto resulta evidente, por lo que se hace necesario determinar si la prescripción varia en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (intraneí) o, en su caso, del participe: inductor o cómplice (extraneus), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación.

En este contexto, bien podría suceder que los primeros –autores- no alcancen la prescripción, pero si los segundos-participes-.

8°. El delito de esta situación será fijado sobre el concepto de delito contra la Administración Publica, para luego de manera general indicar los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales e entorno a la intervención del extraneus en esta clase de delitos, y, finalmente, sobre la base de esos elementos conceptuales, abordar la solución del problema propuesto.

Análisis dogmático

9°. El punto de partida dogmático está dado por categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la juris-

prudencial se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas. Entre otros –denominados delitos de dominio-.

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito –de infracción de deber– no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna transcendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

10°. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad se sustenta en la infracción de deber, siempre será el autor del delito contra la administración pública, sin perjuicio –claro está- de diferentes presupuestos que también se requerirán para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores –como se anotó-, pero si admite la participación del "extraneus" que no ostenta esa obligación especial, con participe: inductor o cómplice para fundamentar esa perspectiva –entorno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus".

Esta posición, sostiene los siguientes:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizada por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, participación del extraneus no constituye la categoría autónoma de co-ejecución de hecho punible, sí que es dependiente de hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

12°. Desde esta posición subsidiaria, será participes de los que sin infringir el deber, forme parte del hecho referido al acción de infractor del deber –el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala los siguiente: "las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y participes no modifican las de otros autores o participes del mismo hecho punible". Esta fórmula gratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad de extraneus como autor de un delito de infracción del deber.

Lo expuesto significa, además, que el participe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

13°. Con base a las aplicaciones anotadas y normas generales sobre accesoriedad de la participación, es preciso determinar si las reglas de la duplica de los plazos de prescripción previstas el artículo 80° CP, y aplicables a los "delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos" que afectan el patrimonio del estado, también alcanzan a los sujetos –extraneus- que no ostentan el deber especial.

14°. En el acuerdo plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó los siguientes: "la duplica de la prescripción obe-

dece a una mayor valoración de tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la administración pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la administración pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o seriedad público a hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones de cargo o función que ejerce y abusa(...)el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la administración pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al vienen una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción (...) y resultado derivado de la específica función desprotección que tiene esas personas respecto del patrimonio del estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada de mayor posibilidad que tiene para encubrir sus actividades ilícitas".

15°. Ahora bien, el código penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80° CP, estipulo que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del estado o de organismos sostenidos por este.

16°. De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista con una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan e la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la administración pública. Ello implica deberes de protección ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tiene por el poder que ostentan.

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescrip-

ción. En ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el extraneus.

17°. Desde esta prescriptiva del amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el entranei y extraneus derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión de término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y equilibrio punitivo y función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescripta en el artículo 88° CP que estatuye "la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes de hecho punible".

18°. En suma, los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor –dentro de los comprendidos en el capítulo II, XVIII, del libro segundo del CP.- pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues ello no les alcanza la circunstancia agravante que solo corresponde al autor.

19°. Si estima procedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer los partícipes que n ostentan los deberes especiales, solo responden por delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices – sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó-, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

En tal virtud, el extraneus no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela pena. El principio de proporcionalidad demanda que es diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal.

III. DECISIÓN

20°. En atención a lo expuesto, a sala penales permanente y transitoria de la corte suprema de justicia de la república, reunidas en plena jurisdiccional, y de conformidad con los dispuesto en el artículo 116° del texto Único Ordenado de la ley orgánica del poder judicial.

ACORDARON:

21°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos 16° al 19°.

22°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

VILLA STEIN / LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / RODRÍGUEZ TINEO / PARIONA PASTRANA / BARRIOS ALVARADO / NEYRA FLORES / VILLA BONILLA / CALDERÓN CASTILLO / SANTA MARÍA MORILLO

Bibliografía General

- **ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.**
  - Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas, Lima, 1997.
  - Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra Editores, Lima 2003.
- **ACALE SÁNCHEZ, María.**
  - El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, Granada, 2000.
- **ALCOCER POVIS, Eduardo.**
  - "El actual sistema penal anti-corrupción peruano. ¿Acaso un Derecho procesal penal del enemigo?", en: Libro de ponencias, XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho penal y Criminología, Universidad Nacional de Córdoba, 2003.
- **ALCOCER POVIS, Eduardo / REATEGUI SÁNCHEZ, James.**
  - "El delito de cohecho en el Perú. Comentarios a propósito de la Ley N° 28355", en: Actualidad Jurídica, tomo 134, Enero, 2005
- **ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto.**
  - "Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial", en: Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires.

- **ARMANZA GALDOS, Jorge / ZAVALA TOYA, Fernando.**
  - La decisión judicial, Lima, 1999.
- **AVALOS RODRÍGUEZ, Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth.**
  - Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Gaceta Jurídica. Lima, 2005.
- **AVILA, Juan José.**
  - "Significación de conceptos empleados en el Código", en: Baigún-Zaffaroni (Dir.), Terragni (Coord.), Código Penal y Normas Complementarias, 2, Parte General, Buenos Aires, 2002.
- **BACA CABRERA, Denyse y otros,**
  - Jurisprudencia penal. Procesos sumarios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- **BACACORZO, Gustavo.**
  - Tratado de Derecho Administrativo, Lima, Gaceta Jurídica, 1997, T. 1.
- **BACIGALUPO, Enrique.**
  - "La responsabilidad penal de jueces y fiscales en el Estado Democrático de Derecho", en: Justicia Penal y Derechos Fundamentales, Madrid, 2002
  - "Corrupción política y proceso penal", en: Bacigalupo, Enrique, Teoría y práctica del Derecho penal, tomo II, Madrid, 2009.
- **BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto / NOLASCO VALENZUELA, José Antonio.**
  - Jurisprudencia penal generada en el subsistema Anticorrupción. Corrupción gubernamental, tomo I, Lima, 2006
- **BENAVENTE CHORRES, Hesbert.**
  - Delitos de corrupción de funcionarios, en el Libro colectivo.
- **BENLLOCH PETIT, Guillermo.**
  - "¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (Caso Santiago Raposo)", en: Hurtado Pozo, José (Director), In-

terpretación y aplicación de la Ley penal, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2005.

- **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Otros.**
  - Lecciones de Derecho penal. Parte General. Ed. Praxis, 1999.
- **BERNAL CAVERO, Julio.**
  - Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Los delitos de hurto y robo en el Código Penal, Lima, 1998
- **BLECUA, Ramón.**
  - "La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación, (estudio del artículo 397 del Código penal", en: ADPCP, 1985.
- **BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel.**
  - La tipicidad, el tipo doloso de comisión; en: Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, Ed. San Marcos, Lima, 2003
- **BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto; GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen.**
  - Manual de Derecho Penal, Parte Especial. 4° Edición, aumentada y actualizada, Lima 1998,
- **BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar R.**
  - Código Penal y leyes complementarias, 2, Buenos Aires, 2003
- **BUOMPADRE, Jorge E.**
  - Delitos contra la Administración Pública, Mave Editor, Buenos, 2001
  - "La prevaricación judicial en el Código penal argentino", en: Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba, 2001
- **BUSTOS RAMIREZ, Juan.**
  - Manual de Derecho penal, Parte especial, Ariel, Barcelona, 1991.
- **CABANELLAS, Guillermo.**
  - Diccionario de Derecho Usual, Ediciones Santillana, Madrid, 1962.
- **CAFFERATA NORES, José I.**
  - "Asociación ilícita y "non bis in idem", en: La Ley 1999-B, Buenos Aires,

- **CALDERON VELARDE, Leonardo.**
  - "El delito de peculado de uso: comentario a la Sentencia que condena al alcalde de Chiclayo Roberto Torres Gonzáles", en: Gaceta Penal Nro. 36, Junio, 2012, Lima
- **CALDERON CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A.**
  - Derecho Penal, tomo II, Parte Especial, 2001.
- **CARO CORIA, Dino Carlos.**
  - Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal, Lima, 2002.
- **CARO JOHN, José Antonio.**
  - Diccionario de jurisprudencia penal, Lima, 2007.
- **CARBAJO CASCON, Fernando.**
  - "Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción" en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000.
- **CASSAGNE, Juan Carlos.**
  - Derecho Administrativo I, en: Danós Ordóñez, Jorge (Coordinador), Selección de Textos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima, 2008.
- **CASTILLO ALVA, José Luis.**
  - "El caso Kouri – Montesinos. Algunas pregunta sin responder: ¿Un candidato al congreso es un funcionario público?, ¿Existe el acuerdo previo?", en: Diálogo con la jurisprudencia. Especial sobre los funcionarios públicos y el delito de corrupción de funcionarios, Lima.
- **CÓRDOBA RODA, Juan.**
  - "El delito de prevaricación judicial", en: AA VV, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, 2002.
- **CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor.**
  - Jurisprudencia penal, Lima, 2002.
- **CLARÍA OLMEDO, Jorge A.**
  - Derecho procesal penal, tomo I, (actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi), Santa Fe, 1998.

- **CREUS, Carlos.**
  - Derecho penal. Parte Especial. Tomo 2, Buenos Aires, 1997.
- **CRUZ CASTRO, Fernando.**
  - "La Investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos", en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995.
- **DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto.**
  - El derecho disciplinario de la función pública, INAP, México, 1990.
- **DE LEÓN VILLALBA, Francisco.**
  - "La garantía del ne bis in idem y el derecho penal económico", en: Materiales de Lectura de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Penal, PUCP, Semestre 2005-2, Lima.
- **DE LUCA, Javier Augusto / LÓPEZ CASARIEGO, Julio E.**
  - "Enriquecimiento Patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales". Revista de Derecho Penal 2004-2. Revista de Derecho Penal - Delitos contra la Administración Pública – II. Dirigido por: Edgardo Alberto Donna. 1era. Ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- **DI GIORGIO, Julio César.**
  - "El sentido del verbo sustraer en el delito de peculado", en: Donna, Edgardo Alberto (Dir.) Revista de Derecho penal, Buenos aires, 2004-I.
- **DONNA, Edgardo Alberto.**
  - "El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal", en: Revista de Derecho Penal, 2004-2 –Delitos contra la Administración Pública, Buenos Aires-Santa fe.
  - Derecho Penal. Parte Especial, Buenos Aires-Santa Fe.
- **ESCALADA LÓPEZ, María Luisa.**
  - "El derecho al juez legal en el ordenamiento constitucional alemán". Revista de Derecho Valdivia, Vol. XIX N°1, julio 2006
- **FEIJOO SANCHEZ, Bernardo.**
  - "Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal

Español de 1995; Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas", en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año IV, N° 7/8, Lima, 1999.

- **FERREIRA, Francisco José.**
  - Delitos contra la administración pública, Bogotá, 1995.
- **FERRER BARQUERO, Ramón.**
  - El delito de prevaricación judicial, Valencia, 2002
- **FRISANCHO APARICIO, Manuel.**
  - Delitos contra la Administración de Justicia, Lima, 2000.
  - Delitos contra la Administración pública, Lima, 2002.
- **FRISANCHO APARICIO, Manuel / PEÑA CABRERA, A. Raúl.**
  - Delitos contra la Administración Pública, Editora Fecat, Lima, 1999.
- **FONTAN BALESTRA, Carlos.**
  - Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, Parte Especial, Segunda Edición actualizada por el Dr. Guillermo a. c. Ledesma; reimpresión Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
  - Derecho Penal. Introducción y Parte General. (Actualizado por Guillermo A C. Ledesma), Buenos Aires.
- **GARCÍA CAVERO, Percy / CASTILLO ALVA, José Luis.**
  - El delito de colusión, Lima, 2008
- **GARCÍA DEL RIO, Flavio.**
  - Manual de Derecho penal. Parte General y Parte Especial, Lima, 2004.
- **GARZÓN VALDES, Ernesto.**
  - "Acerca del concepto de corrupción", en: Varios Autores, La corrupción política, Madrid, 1997.
- **GAVIER, Enrique Alberto.**
  - Notas al Código penal argentino, tomo III, Parte Especial, Córdoba, 1996
- **GIL LAVEDRA, Ricardo.**
  - "Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo", en: DP, N 15 a 20, Buenos Aires, 1982
- **GÓMEZ, Eusebio.**
  - Tratado de Derecho Penal, tomo V, Buenos Aires, 1941

- **GOZALEZ RUS, Juan José y otros.**
  - Curso de Derecho Penal español, Parte Especial II, Madrid, 1997
- **GRACIA MARTÍN, Luis.**
  - El actuar en lugar de otro en Derecho penal, Zaragoza, 1986.
  - "Instrumentos de imputación jurídica penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", en: Actualidad Penal, N 16-19, 1993.
- **GORDILLO, Agustín.**
  - Tratado de Derecho Administrativo Tomo I Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, Capítulo XIII.
- **HASSEMER, Winfried.**
  - Crítica al derecho penal de hoy, traducción de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, (primera reimpresión 2003).
- **HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.**
  - Delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública, Lima, 2002
- **HURTADO POZO, José.**
  - "Corrupción: el caso peruano" en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995
  - "Interpretación y Aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de Tráfico de Influencias", en: Anuario De Derecho Penal 2005 Interpretación y Aplicación De La Ley Penal, Lima.
- **ISASI CAYO, Juan Felipe.**
  - Introducción al Derecho Administrativo, Isasi & Ruiz Eldregde Abogados, Lima, 1997.
- **JAKOBS, Günther.**
  - "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en: Fundamentos del Derecho Penal, Buenos Aires, 1996
  - Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 1997
  - "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", en: RPCP, N° 12, Lima, 2002

- **JESCHECK, Hans Heinrich.**
  - Tratado de Derecho Penal Parte General, Granada, 2003.
- **LAJE ANAYA, Justo/ GAVIER, Enrique Alberto.**
  - Notas al Código penal argentino, tomo III, Córdoba, 1996.
- **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo.**
  - Derecho Penal. Parte Especial, III, Madrid, 1988.
- **LUZÓN PEÑA, José María.**
  - "Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia", en: La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980
- **MAGGIORE, Giuseppe.**
  - Derecho Penal. Parte Especial, Reimpresión de la Segunda Edición, Volumen III, Bogotá, 1989.
- **MANZINI, Vincenzo.**
  - Tratado de Derecho Penal, Tomo 8, Segunda Parte. De los Delitos en Especial. Volumen III. Delitos contra la Administración Pública, I. Traducción DE Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón., Buenos Aires.
- **MARTINEZ LÓPEZ, Antonio José.**
  - Régimen penal de la función pública, Bogotá, 1997.
- **MAYHUA QUISPE, Luis Miguel.**
  - "La condición de funcionario público como fundamento de los delitos de infracción de deber", en: Jus Jurisprudencia, Octubre, 5, 2007.
- **MEINI, Iván.**
  - Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Valencia, 2003.
- **MIKKELSEN – LÖTH, Jorge Federico.**
  - Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública, Buenos Aires, 2001
- **MIR PUIG, Carlos.**
  - Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal, 2000.

- **MIR PUIG, Santiago.**
  - Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 1996.
- **MONTOYA VIVANCO, Yván.**
  - "Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano", en: Actualidad jurídica, tomo 171, Febrero, 2008.
- **MOLINARIO, Alfredo J.**
  - Los delitos, tomo III, (actualizado por Aguirre Obarrio), Buenos Aires.
- **MORALES PRATS, Fermín / RODRÍGUEZ PUERTA, José María.**
  - Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.
- **MORILLAS CUEVA, Lorenzo.**
  - "Delitos contra la Administración Pública. Fraudes y Exacciones Ilegales". En: COBO DEL ROSAL, Manuel; Compendio de Derecho Penal Español, Madrid, 2000.
- **MURIEL PATINO, María Victoria.**
  - "Economía, corrupción y desarrollo", en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000.
- **MUÑOZ CONDE, Francisco.**
  - Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, 2001.
- **NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto.**
  - Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria, Lima, Perú, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, Revista N° 33, Fondo de Desarrollo Editorial Enero – Diciembre 2002.
- **NEUMANN, Elías.**
  - "La pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los Derechos Humanos", en: Libro Homenaje a Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, 1997.
- **NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika.**
  - Delitos contra la Administración Pública, tomo I, Lima, 2013.

- **NUÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente.**
  - "La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes Nº 29703 y 29758. La vendita di fumo en el pacto sceleris", en Gaceta Penal, tomo 26.
- **NUÑEZ, Ricardo C.**
  - Tratado de Derecho Penal, Parte Especial; volumen II, Tomo V, Buenos Aires, 1992.
- **OLAIZOLA NOGALES,**
  - El delito de cohecho, Valencia, 1999.
- **ORTS BERENGUER, Enrique, en: AAVV,**
  - Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, 1999
- **OSSORIO Y FLORIT, Manuel.**
  - Código Penal de la República Argentina, comentarios, jurisprudencia y doctrina, 11ª Edición Actualizada, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.
- **PARIONA ARANA, Raúl.**
  - "El concepto "por razón del cargo" en el delito de peculado", en: Magistri et doctores, UNMSM, Unidad de Post grado, N 2, Lima.
- **PARRA GUTIERREZ, Wiliam René.**
  - Delitos contra la administración pública, Bogotá, 1998.
- **PECO, José.**
  - "Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho", en: La Ley, 71, 1953, Buenos Aires
- **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.**
  - Derecho Penal. Parte Especial. Parte Especial, tomo V, Lima, 2010.
- **PEÑA CABRERA / FRANCIA ARIAS.**
  - Delito de enriquecimiento ilícito, Lima, Ediciones Jurídicas, Lima, 1993.
- **PEÑA OSSA, Erleans de Jesús.**
  - Delitos contra la Administración Pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

- **PEREZ ARROYO, Miguel.**
  - La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005). Tomo II. Ediciones Iuris Consulti S.A.C. Editorial San Marcos. Lima – julio 2006.
- **PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel.**
  - Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores, Navarra, 2000.
- **PORTOCARRERO HIDALGO, Juan.**
  - Delitos contra la Administración Pública, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero.
- **PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto.**
  - Todo sobre el Código penal, tomo I, Lima.
- **QUERALT, Joan J.**
  - "El Concepto Penal de un Funcionario Público", en: Cuadernos de Política Criminal # 27, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985.
  - Derecho Penal Español, Parte Especial, Barcelona, 1996.
- **QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; en: Quintero Olivares (Dir.), Morales Prats (Coord.),**
  - Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal, Navarra, 1999.
- **RAFECAS, Daniel.**
  - "Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos", en: Niño/ Martínez, (Coord.) Delitos contra la libertad, Buenos Aires, 2003.
- **RAGUÉS I VALLÉS, Ramón.**
  - «Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI », en: RPDJP, 2, Lima, 2001
- **REAÑO PESCHIERA, José Leandro.**
  - Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿comprador de humo, víctima o participe?, en: Ius et veritas, Nro. 23.
  - Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, Lima, 2004.

- **REATEGUI SÁNCHEZ, James.**
  - "Modificación de los requisitos materiales de la prisión preventiva. La reducción en la pena probable y la incorporación de la habitualidad delictiva", publicado en: Actualidad Jurídica, tomo 151, Junio, 2006.
  - En busca de la prisión preventiva, Lima, 2006
  - Derecho Penal. Parte General, Lima, 2009
  - Estudios de Derecho Penal. Parte Especial, Jurista Editores, 2009.
  - Derecho Penal. Parte Especial, 2 tomos, Ediciones Legales, Lima, 2012.
  - El precedente judicial en materia penal, Lima, 2010.
- **REYNA ALFARO, Luis; Miguel.**
  - "Derecho penal económico, Derecho administrativo sancionador y la nueva Ley del Procedimiento administrativo general", en: Actualidad Jurídica, tomo 93, agosto, 2001
  - "El Bien Jurídico tutelado en los Delitos contra la Administración Pública", en: "Delitos contra la Administración Pública", Jurista editores, Lima 2009.
- **RIMONDI, Jorge Luis.**
  - Calificación legal de los actos de corrupción en la Administración Pública, Buenos Aires, 2005
- **RODAS MONSALVE, Julio César.**
  - Protección penal y medio ambiente, Barcelona, 1993.
- **RODRÍGUEZ PUERTA, María José.**
  - El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico Penal del Soborno de Funcionarios, Pamplona, 1999.
- **RODRIGUEZ, Agustín Washington / GALETTA DE RODRIGUEZ, Beatriz.**
  - Código penal. Parte especial, La Plata.
- **RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso.**
  - Derecho Penal Español. Parte Especial, Madrid, 1995.
- **ROJAS VARGAS, Fidel.**
  - Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito, Lima, 1997.

- Jurisprudencia penal. Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
- "El elemento subjetivo "a sabiendas" en el delito de prevaricato: comentarios y problematizaciones"; en Gaceta Jurídica, Num. 39 Diciembre 2001.
- Estudios de Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Lima, Juristas Editores.
- "Ubicación dogmática y el rol que juega el tercero ("para otro") en el delito de peculado doloso. El tema de la vinculación funcional", en: Dialogo con la jurisprudencia, Lima.
- Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, 2007.
- Jurisprudencia penal comentada, tomo I, Lima.

– **ROYO-VILLANOVA, Segismundo.**
- El concepto de Funcionario y la relación de Función Pública en el Nuevo Derecho Español, en: Revista de Administración Pública, N° 44, España, 1964.

– **RUBIO CORREA, Marcial.**
- La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Lima, 2005.

– **RUSCONI, Maximiliano.**
- "El delito de prevaricato judicial", en: Rusconi, Maximiliano (Compilador), Delitos contra la administración de justicia, Buenos Aires, 2001

– **SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson.**
- Delitos contra la administración pública, Jurisprudencia penal, Lima, 2004.

– **SALINAS SICCHA, Ramiro.**
- Delitos Contra la Administración Pública, Segunda Edición. Editorial Grijley E.I.R.L. Lima, 2011.
- "El delito de malversación de fondos", en: Gaceta Penal, Nro. 32, Febrero, 2012-

– **SAN MARTÍN CASTRO, César.**
- Jurisprudencia y precedente penal vinculante, Lima, 2006.

– **SAN MARTÍN CASTRO, César, en: San Martín Castro/ Caro Coria/ Reaño Peschiera.**

- Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales, Lima, 2002.

- **SANCINETTI, Marcelo A.**
  - El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público, 2° Edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000
- **SERRANO GÓMEZ, Alfonso.**
  - Derecho Penal. Parte Especial (con la colaboración de Alfonso Serrano Maíllo), Madrid, 2000.
- **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.**
  - "Observaciones sobre la relación entre Derecho constitucional y Derecho penal en España", en: ¿Más Derecho?, número 2, Diciembre, 2001, Buenos Aires.
  - "El "actuar en lugar de otro" (artículo 31) en el nuevo Código penal español", en: Estudios de Derecho penal, Lima, 2000.
  - "Aspecto dogmático y político – criminales de la lucha contra la corrupción", en: Jus Doctrina & Practica, Setiembre, 9, 2007
- **SIMONETTI, José María.**
  - "Notas sobre la corrupción", en: Pena y Estado, Año 01, Número 01, Buenos Aires, 1995
- **SOLER, Sebastián.**
  - Derecho Penal argentino, Tomo V, Buenos Aires, 1951
- **SUAY HERNÁNDEZ, Celia.**
  - Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador", en: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 7 / 8, Lima, 1999.
- **STRATENWERTH, Günther.**
  - Derecho Penal. Parte General, traducción de la segunda edición alemana (1979) de Glagys Romero, Madrid, 1982.
- **TERRAGNI, Marco Antonio.**
  - Delitos propios de los funcionarios públicos, Mendoza.
- **TORRES CARO, Carlos Alberto.**
  - El nuevo Código penal peruano, Exposición de Motivos, An-

teproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011.

- **URQUIZO OLAECHEA, José.**
  - "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública", en: Revista Peruana de Ciencias Penales Nro. 12, Lima, 2002
- **URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson.**
  - Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia (2006-2010), Tomo II, Primera edición, Lima, IDEMSA, 2011.
- **URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José Luis / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson.**
  - Jurisprudencia penal, Jurista Editores, Lima, 2005.
- **VALEIJE ALVAREZ, Inma.**
  - El tratamiento penal de la Corrupción del Funcionario: El Delito de Cohecho, Madrid, 1995.
- **VALLE MUÑIZ José/ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.**
  - Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Navarra, 2002
- **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando.**
  - Informe incluido en el NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika; Delitos contra la Administración Pública, tomo I, Lima, 2013.
- **VERA DONAYRE, Flor de María.**
  - "Elementos del tipo penal de prevaricato", en: Actualidad Jurídica, tomo 165
- **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.**
  - Lecciones de Derecho penal, Lima, 1990.
  - Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000.
  - Derecho Penal. Parte General, Lima, 2006.
- **VILLADA, Jorge Luis.**
  - Delitos contra la Función Pública, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

- **VIRGOLINI, E. S. Julio.**
  - Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción, Buenos Aires, 2004.
- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro.**
  - Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, 2002.
- **ZAPATA LÓPEZ, Aldo.**
  - "Delitos contra la Administración Pública", en: Nuevas Tendencias del Derecho penal y Nuevo Código Procesal Penal". Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. José Hurtado Pozo, Nro. 03, Lima, 2011.
- **ZUGALDÍA ESPINAR, José María.**
  - Derecho Penal Parte General, Valencia, 2004.