

PERCY GARCÍA CAVERO
RONALD VÍLCHEZ CHIMCHAYÁN
(DIRECTORES)

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

© PERCY GARCÍA CAVERO / RONALD VÍLCHEZ CHIMCHAYÁN (DIRECTORES)

© IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL S.A.C.
Jr. Azángaro N° 1075 of. 403
Teléfono: (01) 457-2150 / Cel.: 949050813
RUC: 20550760143
E-mail: ideas.solucion.editorial@gmail.com
www.editorialideas.pe

1ª edición: setiembre 2020

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

N° 2020-05016

ISBN N° 978-612-48001-9-1

Proyecto Editorial N° 31501012000316

Edición al cuidado de Andrés Sixto Fernández Ñahui

Diseño y Diagramación: Enrique M. Tello Paravecino

Impreso en:

AGENCIA BRAND PERU S.A.C.

Cal. Toribio Rodríguez de Mendoza N°. 239 Urb. Isla Verde Lima - Lima -

Pueblo Libre

R.U.C.: 20601221412

Setiembre 2020

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú / Printed in Peru

ÍNDICE

Presentación.....	13
-------------------	----

PARTE GENERAL

Los delitos contra la administración pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita

Ronald Vilchez Chinchayán

I. Introducción.....	19
II. Cuestiones previas	21
2.1. Función del Derecho penal	22
2.2. Competencias.....	22
2.3. Autoría y participación	24
2.3.1. Categorías materiales	24
A. Los delitos de dominio.....	24
B. Los delitos de infracción de deber	26
2.3.2. Categorías formales: Los delitos especiales.....	29
A. Los delitos especiales en sentido amplio (delitos especiales de dominio)	33

B. Los delitos especiales en sentido estricto (delitos de infracción de deber)	34
2.3.3. Sobre la participación	36
A. Introducción	36
B. Injusto único	37
C. Precisiones.....	40
III. Parte general de los delitos contra la Administración pública	45
3.1. Corrupción y Política criminal	46
3.1.1. El aumento de las penas y «muerte civil»	47
3.1.2. Pena efectiva.....	48
3.1.3. Imprescriptibilidad	48
3.1.4. Reparación civil	49
3.2. Balance parcial.....	49
3.3. Anotaciones sobre elementos esenciales	50
3.3.1. Bien jurídico.....	50
A. Introducción	50
B. La vinculación del ciudadano.....	52
3.3.2. El funcionario público	55
3.3.3. Propuesta de (re)clasificación.....	57
IV. Conclusiones	64

Reflexiones sobre la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario

Alejandro Ignacio Chinguel Rivera

I. Introducción.....	67
----------------------	----

II. El fundamento del Derecho Penal, Derecho Penal Económico y los delitos de peligro abstracto.....	68
III. El Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Disciplinario	73
IV. El Derecho Administrativo Sancionador, el Derecho Penal y el principio de <i>ne bis in idem</i>	81

PARTE ESPECIAL

El injusto típico en el delito de negociación incompatible: Una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción

Francisco Álvarez Dávila

I. Ideas preliminares.....	99
II. Sobre el bien jurídico protegido.....	101
III. Los sujetos	106
IV. La conducta típica	115
4.1. El interesarse directa o indirectamente o por acto simulado	115
4.2. La obtención del interés como elemento objetivo o subjetivo del tipo penal	118
4.3. Naturaleza del interés	120
4.4. Delimitación del interés: su carácter indebido y el momento de su ejecución	121
4.5. Objeto del interés: contrato u operación	127
4.6. El elemento subjetivo	131
V. Consumación y tentativa.....	132

VI. Intervención delictiva	133
VII. Relaciones concursales con otras figuras delictivas	135
7.1. Con el delito de omisión de actos funcionales	135
7.2. Con el delito de colusión desleal.....	137
VIII. La prescripción.....	140
8.1. Tratamiento antes de la reforma constitucional.....	140
8.2. Tratamiento posterior a la reforma constitucional: Ley Nº 30650	145
8.2.1. La legitimidad de la política criminal en tiem- pos de “crisis social”	145
8.2.2. Las reformas en materia de corrupción	151
A. La extensión del plazo de prescripción a los extraneus	151
B. Sobre la imprescriptibilidad a los delitos de corrupción.....	154
IX. Referencias Bibliográficas	157

El delito de colusión desleal

Percy García Cavero

I. Introducción.....	161
II. El bien jurídico penalmente protegido	163
III. El tipo penal	167
3.1. La colusión desleal simple.....	167
3.1.1. El ámbito de aplicación	167
3.1.2. Los sujetos	173
3.1.3. La conducta típica	179

3.1.4. El elemento subjetivo	186
3.1.5. Consumación y tentativa.....	187
3.1.6. Intervención delictiva	188
3.1.7. Penalidad.....	191
3.2. La colusión desleal agravada	192
IV. Causas de justificación	196
4.1. El cumplimiento de un deber.....	197
4.2. Las situaciones de necesidad	198

El depositario judicial en los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión. Comentario al precedente vinculante de la Corte Suprema de la República

Eduardo Oré Sosa

I. Introducción.....	201
II. El precedente vinculante.....	203
III. Hechos	204
IV. Comentarios.....	205
4.1. Principio de favorabilidad	205
4.2. Concurso de leyes.....	206
4.3. Antecedentes y experiencias de derecho comparado	209
4.4. Postura personal	211
V. Conclusiones	215

El delito de tráfico de influencias en el Perú

Javier Eduardo López Romant

I. Consideraciones generales.....	217
-----------------------------------	-----

II. El bien jurídico protegido.....	222
2.1. Posiciones en doctrina.....	222
2.2. Tratamiento en la jurisprudencia	229
2.3. Toma de postura.....	230
III. Tipicidad objetiva.....	234
3.1. El sujeto activo	234
3.1.1. El traficante de influencias.....	234
3.1.2. El interesado o comprador de las influencias	235
3.2. El sujeto pasivo.....	242
3.3. El comportamiento típico	245
3.3.1. Invocar o tener influencias reales o simuladas...	245
3.3.2. Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero	249
3.3.3. Objetos corruptores: donativo, promesa, cual- quier otra ventaja o beneficio.....	251
3.3.4. Ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público	253
3.3.5. Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo	255
3.3.6. Agravante	260
IV. Tipicidad subjetiva	263
V. Consumación y tentativa.....	264
VI. Penalidad.....	266
VII. Relaciones con otras figuras delictivas.....	266

7.1. Con el delito de cohecho	266
7.2. Con el delito de colusión	268
7.3. Con el delito de patrocinio ilegal	268

JURISPRUDENCIA

1. CASACIÓN N° 634-2015-LIMA. Concepto de funcionario público en casos de empresas públicas.....	273
2. CASACIÓN N° 628-2015-LIMA. Importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria en el delito de negociación incompatible.....	283
3. R.N. N.° 351-2015-SANTA. Comportamiento en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo	303
4. R.N. N° 380-2015-AREQUIPA. Plazo de prescripción en el delito de negociación incompatible.....	311
5. R.N. N° 666-2016-ANCASH. Concurso aparente de leyes entre negociación incompatible y patrocinio ilegal	317
6. CASACIÓN N° 977-2016-CUSCO. Delito de exacción ilegal	327
7. R.N. N.° 972-2017-ÁNCASH. Duplicidad del plazo de prescripción en caso de delitos contra la administración pública.....	339
8. CASACIÓN N.° 231-2017-PUNO. Delito de negociación incompatible y principio de lesividad	347
9. CASACIÓN N.° 683-2018/NACIONAL. Delito de tráfico de influencias y prescripción	377

PRESENTACIÓN

Existe consenso en que la corrupción (pública) es uno de los grandes males que aqueja a nuestra sociedad. No obstante, no es suficiente –nunca lo ha sido– con reunirnos y «conversar» sobre ella y lamentarnos por lo mal que estamos. Sin embargo, tampoco es un «buen remedio» hacer uso (y abuso) del Derecho penal. Pese a la extendida creencia de que todo se debe resolver a través de más intervención del Derecho penal ya sea creando más delitos o buscando la aplicación de penas (de cárcel o, según postulan nuevamente algunas voces, de muerte), ese camino no es, en mi opinión, el adecuado. Me explico. Si no hay eficacia en el momento de determinar las conductas, sus características y advertir las particularidades del sistema penal, no habremos logrado más que una nueva expectativa de solución que acabará en una (nueva) frustración. Aun cuando nuestro legislador penal pretenda crear delitos con unas condiciones severas aumentando el marco punitivo e incluso privándole de beneficios, no habrá un cambio significativo o no al menos de esos que la población espera. Políticamente podrán tener un impacto –que seguramente se verán reflejados por los medios de comunicación– porque la sociedad «verá que sí se está haciendo algo para acabar con este flagelo que tanto nos atormenta», pero jurídicamente sabemos que requiere mucho más. No me malentiendan. Es importante esa voluntad política, pero hace falta estructurarla mejor. De ahí entonces que pueda afirmar que, si no hay eficacia, aunque haya severidad en las penas, no se llegará lejos. Aun con todo, y si asumiéramos –algo que aquí no se hace– que el aumento de penas

y el (ab)uso del sistema penal es la solución a seguir, no hay que olvidar que el Derecho penal no puede con todo. Por eso, es indispensable distinguir qué clase de conductas típicas, qué características, elementos y límites pueden atenderse desde el Derecho penal y cómo pueden combatirse y sancionarse.

En esa línea, la labor que desarrolla el dogmático del Derecho penal es importante. Y (ya) no solo para decir qué no funciona tan bien o por qué las consecuencias jurídicas son esas o son muy bajas o muy altas, sino más bien para establecer campos de discusión a través de propuestas que sirvan para interpretar los distintos tipos penales y con ello estimular una aplicación del Derecho penal adecuada desde su propia base teórica, y que sirva —obviamente— para solucionar problemas concretos, de esos que deben resolver los tribunales en el día a día.

En este contexto, los profesores integrantes del área de Derecho penal de la Universidad de Piura nos proponemos recoger nuestras ideas sobre los delitos contra la Administración pública incidiendo en algunos puntos que, desde nuestra opinión, deben volver a discutirse. Nos planteamos reflexionar desde dos perspectivas: la parte general y la parte especial. En la primera, se encontrará mi trabajo dedicado a presentar los lineamientos que, en mi opinión, pueden servir de base para construir un sistema aplicable a estos delitos. Adicionalmente, propongo una nueva forma de clasificación de los delitos contra la Administración pública. También en la parte general se encontrará ubicado el artículo del Lic. Alejandro Chinguel Rivera que abordará la cuestión sobre el límite entre el Derecho penal y el Derecho sancionador. Un tema que sin duda siempre está presente debido a la responsabilidad penal y/o administrativa que puede surgir para el funcionario público y las dudas en cuanto a la aplicación del (así llamado) principio del *ne bis in idem*. En la segunda, esto es, en la parte especial, la discusión se concentrará en cuatro tipos penales representativos en el contexto actual. Específicamente, el Mgter. Francisco Álvarez Dávila se encargará del delito de negociación incompatible revisando los aspectos

problemáticos y su relación con otras formas de corrupción. Luego, el Dr. Percy García Caveró reflexionará sobre la constitución y las características del delito de colusión atendiendo a las dos redacciones recogidas en el art. 384 CP. Por su parte, el Dr. Eduardo Oré Sosa analizará una situación peculiar que presenta el tipo penal de peculado por extensión (art. 392 CP). Concretamente debido a la similitud normativa entre lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 190 (apropiación ilícita) y el artículo 392 referido al depositario judicial o del que es designado por autoridad competente. Finalmente, el Mgter. Javier López Romaní examinará las características del delito de tráfico de influencias. Se ocupará, además de revisar los principales elementos típicos y presentar las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales propias de este delito, de las relaciones entre este tipo penal con otras figuras delictivas como el cohecho, la colusión y el patrocinio ilegal.

Todas las aportaciones que se recogen en esta obra colectiva tienen como finalidad entrar en el debate dogmático, alejado de los colores políticos y otros fines ajenos a la Ciencia del Derecho penal. Espero que pueda apreciarse el esfuerzo que realizamos los autores de esta obra colectiva cuyo trabajo pretende sumarse a la (ardua) tarea de revisar los tipos penales recogidos en un código penal como el nuestro que está próximo a cumplir 29 años de vigencia.

Piura, 18 de octubre de 2019

Dr. Ronald Vílchez Chinchayán

PARTE GENERAL

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ: APROXIMACIÓN A UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN TRIPARTITA

Ronald Vilchez Chinchayán
Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

Abordar el estudio de los delitos contra la Administración pública adquiere, en estos tiempos, una relevancia especial. No sólo por los casos de corrupción que hemos conocido en estos últimos años, sino por los matices y soluciones que pueden encontrarse¹. Por un lado, no cabe duda de que las revelaciones sobre negociaciones ilícitas y otros casos de corrupción de altos funcionarios (presidentes de la República, gobernadores regionales, alcaldes) en el país han causado que la población esté —con razón— escéptica e incluso rechace cualquier respuesta (jurídica) que no sea la cárcel. Este rechazo se extiende incluso a otra clase de actuaciones jurídico-penales (por ejemplo, la excepcionalidad de la prisión preventiva). Frente a tantos problemas y situaciones difíciles (como, por ejemplo, colegios u hospitales sin construir y gastos excesivos en las obras públicas para cubrir supuestamente pagos indebidos...), parece tentadora la posición de renegar y exigir más inter-

1 De esto ha dado cuenta un sector de la doctrina, incentivando incluso la revisión de estos delitos. Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 5ª ed., Lima, 2019, p. XL.

venciones, mucho más pronto y, con ello, a través de (aún) más sanciones. Por otro lado, la discusión tiene la misma intensidad tanto para los estudiosos del Derecho penal como para los operadores jurídicos. A ambos les preocupan, entre otros temas, el bien jurídico protegido, la relevancia del MOF y ROF en la determinación de la responsabilidad penal del funcionario público, la aplicación del principio de confianza, la responsabilidad penal del *extraneus*, la duplicidad del plazo de prescripción aplicable incluso al *extraneus* y —cómo no— la aplicación de las consecuencias jurídicas.

Sea como fuere, en este escenario tan dispar, sólo existe unanimidad en tanto se refiere a la necesidad de castigar los actos ilícitos contra la Administración pública. Sobre el cómo y el contenido de los tipos penales la discusión ha sido —y es— insatisfactoria. Las propuestas no han dejado satisfechas las expectativas ni de los estudiosos del Derecho penal ni de los operadores jurídicos, ni de la sociedad. De ahí entonces que no sea tan descabellado afirmar que nuestro sistema penal referido a los delitos contra la Administración pública está en crisis.

En mi opinión, dejando de lado, por ahora, las menciones que podrían hacerse sobre cuestiones éticas y de formación cívica, puedo anotar que nos encontramos efectivamente frente a una crisis². Una que ya no sólo supone responder para qué sirve el Derecho penal, sino *si sirve o no*. Y es que, con toda sinceridad puedo reconocer que en situaciones como las que estamos viviendo en Perú no queda más que afirmar que nuestro sistema penal (y nuestra sociedad) a traviesa por un gran desafío: cómo hacer que nuestro «sistema penal anticorrupción» funcione.

Sin ánimo de terciar en este panorama, pienso que puede ser oportuno —en este estado de las cosas— plantear otra propuesta y analizar su viabilidad. Vale aclarar, previamente, que esquema que plantearé

2 Que coincide con el estado que, según SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1993, p. 13, es consustancial al Derecho penal.

no tiene como finalidad liberar de responsabilidad a los culpables o castigarlos penalmente —sin que se den los presupuestos— y de manera mucho más intensa, sino más bien de ser coherentes con el desarrollo doctrinal desde la configuración de la conducta típica y atribución de la responsabilidad penal hasta la determinación de la pena. Así, por ejemplo, la intervención penal y, de ser el caso, la sanción sobre alguna conducta realizada por un funcionario público en donde estén en juego millones de dólares o soles no se fundamentarán en la presión social, sino en la conformación de la teoría del delito y los matices que desde ahí se hayan observado en el grupo de los delitos contra la Administración pública.

Por eso, pienso que puede resultar útil emprender una revisión de las bases que conforman aquello que podríamos denominar como la *parte general* de los delitos contra la Administración pública, que pueda ser aplicada luego, en la *parte especial*, al examinar cada uno de los tipos penales. De esa forma se puede estudiar mejor las peculiaridades que, queridas o no, encontramos en esta sección de nuestro código penal. Partiendo de esa premisa, es conveniente partir de la revisión del papel que cumple el Derecho penal (II), pero concentrándome en un escenario mucho más específico, como es el de la corrupción y los delitos contra la Administración pública. Por eso, en este trabajo me propongo hacer hincapié en la configuración de esos delitos teniendo en cuenta tanto aspectos de política criminal como dogmáticos (III). En este último aspecto me interesa presentar una triple clasificación de los delitos: los delitos de abuso, de gestión y de oportunidad.

II. CUESTIONES PREVIAS

Antes de entrar de lleno a estos temas, quisiera comenzar haciendo referencia a unos puntos de partida. La mayoría ya son ampliamente conocidos, por eso, me limitaré a presentar sucintamente lo esencial para este trabajo.

2.1. Función del Derecho penal³

La primera cuestión que voy a resaltar es que entiendo que el Derecho penal es un sistema normativo que pretende restablecer la confianza a la sociedad de que esos valores, de que esa realidad o, en general, aquello que conforma su esencia o que la identifica sigue vigente. De ahí entonces que, en mi opinión, el Derecho penal no sirva para proteger, si me permiten la analogía, piezas de museo. Pues lo que pretende es mantener vigente esos comportamientos que se han institucionalizado y que generan por eso expectativas.

2.2. Competencias

Que haga referencia a un Derecho penal como sistema normativo que pretende restablecer la confianza a la sociedad sancionado a aquellos que defraudan expectativas normativas, hace necesario precisar que frente a una definición de tal clase podría encontrarse en la posibilidad (negada) de hacer responsable a cualquier persona por defraudar expectativas. Sin embargo, sabemos que no todos somos ni podemos ser responsable por todo. Que se establece, en el Derecho penal, la responsabilidad sobre la base de competencias. Este regreso a un criterio que replantea el profesor emérito de la Universidad de Bonn, GÜNTHER JAKOBS, no es extraña en nuestros tribunales⁴. De hecho, ha sido aceptada, si bien en algunos casos, con ciertas licencias o empleando criterios propuestos por el profesor muniqués CLAUS

3 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad., Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Madrid, 1995, Apdo.2, n.m. 7 y ss.; con matices GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., Lima, 2012, p. 98 y ss.

4 Cfr. Montoya Vivanco/Rodríguez Vásquez, «¿Jurisprudencia penal en disputa?: sobre la peligrosa irrupción de una dogmática irracional y desafortunada en la jurisprudencia en materia de corrupción», *Actualidad penal*, núm. 47, 2018, pp. 90-91.

ROXIN, en nuestro sistema penal se hace referencia a las competencias por organización y las competencias institucionales.

Así, en primer lugar, atendiendo a los llamados roles generales, encontramos su fundamento en la separación de esferas de organización entre los ciudadanos y la autonomía organizativa dentro de las mismas. Dicha posibilidad de organización supone el deber negativo de todo ciudadano de evitar la lesión de otras esferas de organización (basándose en el principio de autorresponsabilidad), es decir, puede organizarse libremente, pero esto no quiere decir que pueda afectar a otros por medio de una organización defectuosa. En consecuencia, «una persona que goza de un campo libre para poder administrarse, asume con ello, siempre, también la propia responsabilidad de las consecuencias de una administración deficiente; existe así un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad; entre el derecho de gozar de campos de libertad y la obligación de cargar con los costes»⁵. La infracción de este rol da lugar a los llamados delitos de dominio.

Frente al rol general de ciudadano se encuentran los roles especiales. Debido a que las personas no se desarrollan solamente al interior de su propia esfera de organización, sino que requieren relaciones estables con otras personas —y conformar el llamado mundo en común—, existen roles especiales derivados de las instituciones sociales que vinculan de una manera concreta una esfera de organización con otras. Puede, en algunos casos, reconocerse una vinculación intensa como en la relación paterno-filial, o admitir graduaciones como en el caso de la confianza especial que se establece entre un mé-

5 LESCH, «Intervención delictiva e imputación objetiva» (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), *ADPCP*, T. XLVIII, pp. 911 y ss.

dico y un paciente (salud)⁶, o los derivados de los deberes estatales⁷. Si la persona titular del rol (especial) no cumple con los deberes positivos derivados de la vinculación institucional, podrá imputársele penalmente el hecho que afecta la vigencia de la institución social respectiva. En este caso, nos encontraremos frente a los llamados delitos de infracción de un deber.

Se considerará, entonces, que un ciudadano realiza un comportamiento objetivamente imputable, si en razón de su rol, ha debido evitar la realización de un suceso con sentido social delictivo. Por el contrario, si el ciudadano no resulta competente por la aparición del suceso en función de lo exigible dentro de los roles, este suceso tendrá que atribuirse a otro ciudadano o a la situación misma, y no requerir, en principio, un restablecimiento normativo⁸.

2.3. Autoría y participación

2.3.1. Categorías materiales

A. *Los delitos de dominio*

Al momento de dar cuenta de los roles, se ha mencionado que la infracción de cada uno de ellos origina un delito determinado: o de

6 GARCÍA CAVERO, «Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular» en *InDret penal* 3/2006, p. 5.

7 GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, 1ª ed., 2008, p. 297, «[s]iguiendo la clasificación de JAKOBS, puede diferenciarse dentro de los deberes estatales los que se derivan de las relaciones estatales de poder y los que se corresponden con los fines estatales. En los primeros, se establecen competencias institucionales cuando el ejercicio del poder, sobre el cual el Estado tiene el monopolio, empeora las condiciones de existencia de bienes (por ejemplo, el delito de abuso de autoridad que puede cometer cualquier funcionario). En el segundo grupo de deberes del Estado se encuentran los deberes para cuyo cumplimiento existe el Estado».

8 GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, 1ª ed., 2008, p. 291.

dominio o de infracción de deber. En este apartado nos referiremos, aunque muy brevemente, al primero.

Los delitos de dominio atienden a la lógica de la separación de esferas de organización entre los individuos, que le impone la obligación mínima de no lesionar (el llamado deber «*neminem laedere*»⁹). Precisamos que la persona no sólo debe cuidar su propia esfera de organización, sino que cuando asume como propias otras esferas, debe adecuar su comportamiento para evitar la exteriorización de riesgos no permitidos¹⁰. Nos encontramos, entonces, frente al ámbito de la organización del comportamiento en general, del quebrantamiento o ruptura de un rol común. Tales expectativas ligadas a este rol, según su fundamento, son definidas sobre todo negativamente, esto es, de forma que una persona que tiene el derecho a la libre administración de su ámbito organizativo, configure éste de tal manera que no se produzcan determinados efectos no deseados.

Estos delitos, por lo general, se encuentran tipificados como *delitos comunes*, por lo que, en principio, los destinatarios de la norma son todos los ciudadanos. Sin embargo, algunos delitos de dominio pueden estar estructurados formalmente como *delitos especiales*, esto es, en donde el círculo de posibles autores está limitado a sujetos en

9 Resalta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Delito de infracción de deber», en *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, 2003, p. 273, que «esta institución debe ser garantizada por el derecho penal es tan obvio como que ninguna sociedad puede renunciar a ella, al menos sin dejar de ser precisamente eso: sociedad, y no “estado natural” en donde reina la guerra de todos contra todos. Y así, aunque con diferencias terminológicas, este principio aparece recogido en los sistemas iusfilosóficos más destacados: para KANT, se trata de no inmiscuirse en las “esferas de libertad” ajenas; en la *Filosofía del Derecho* de HEGEL, la máxima se concreta con el conocido “respeta a los demás como personas”».

10 Se afirma también que, en los delitos de dominio, el incumplimiento de los deberes de salvaguarda o de aseguramiento pueden darse de modo distinto al comisivo.

situación de mayor proximidad frente al objeto penalmente protegido. En este caso, no todos cumplen con la condición requerida por el tipo para responder a título de autor. Aún así, cabe aclarar, que el criterio de imputación sigue siendo la creación o aumento del riesgo no permitido, ya que el tipo penal se mantiene referido a la libre organización de la esfera personal y no a la vinculación de esferas¹¹.

Para poder sancionar al infractor de este rol, no bastará con la sola aparición causal de un resultado lesivo, sino que debe poder atribuírsele este hecho lesivo como propio. Una vez que se ha establecido esta imputación, es necesaria la intervención del Derecho penal para devolver la vigencia normativa a la norma defraudada, es decir, devolverle la confianza al sujeto que se ha organizado con base en estas expectativas y dar cuenta que la posición del autor no es la vigente¹². Basta con esto para precisar las cuestiones referidas a los delitos de dominio.

B. Los delitos de infracción de deber

El hombre vive en un mundo conformado por unas instituciones que se consideran esenciales para el mantenimiento de la propia sociedad. Es por tales motivos, que se hace necesaria la intervención del Derecho, que otorga a dichas estructuras sociales el carácter de expectativa normativa, mediante los delitos de infracción de deber, para protegerlos frente a las vulneraciones que pueden sufrir. Así, la tipificación de los delitos no se agota sólo en la clasificación del apartado anterior, sino también en los delitos de infracción de deber.

ROXIN formula la distinción entre delitos de dominio y los delitos de infracción de deber en 1963 en su trabajo *Täterschaft*

11 En este sentido, cfr. GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, p. 39.

12 JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 28.

*und Tatherrschaft*¹³, pero con el fin de resolver fundamentalmente reglas especiales de autoría y participación¹⁴. El referido profesor alemán configura los delitos de infracción de deber como aquellos cuyo tipo se realiza a través de la lesión de deberes especiales extrapenales, por lo que autor sólo puede ser quien lesiona aquel deber. Esta categoría ha experimentado un gran cambio de la mano de JAKOBS. A lo dicho habría que hacer una precisión, porque en cierta manera no parece que el desarrollo de JAKOBS constituya una continuación de la teoría de la infracción de deber creada por ROXIN, pues éste cree que la infracción del deber no fundamenta el injusto, sino tan sólo decide sobre la autoría. Por el contrario, JAKOBS define el injusto exclusivamente con la lesión de la institu-

13 En el año 2015 esta obra alcanzó, en su idioma original, la novena edición. En nuestro idioma, la misma edición ha sido traducida. Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (Trad. de la 9ª ed. por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Barcelona, 2016.

14 Según GIMBERNAT ORDEIG, Recensión a *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoría y Dominio del Hecho) de Roxin, ADPCP, 1964. Disponible en la web: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1964_fasc_III.pdf>, «[e]n principio, el que tiene el dominio del hecho, por ser la figura central del acontecimiento delictivo, es autor. Pero esta regla conoce excepciones. ROXIN estudia estas excepciones bajo dos grupos de delitos: los delitos que consisten en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*), y los delitos de propia mano. En los primeros delitos es claro que el dominio del hecho no puede servir para calificar al autor, ya que la ley describe específicamente quien puede serlo únicamente: funcionarios, abogados, etc.».

Por otro lado, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 128, señala que «[e]s lugar común en la doctrina considerar que el criterio de los *Pflichtdelikte* fue ideado por CLAUS ROXIN, uno de los principales defensores de la teoría del dominio del hecho, con un objetivo muy concreto: fundamentar de modo satisfactorio la autoría del *intranseus* en los supuestos de “instrumento doloso no cualificado”, en los que la teoría del dominio del hecho se mostraba, en su opinión, especialmente inidónea para conseguir aquel objetivo».

ción¹⁵ a la que está vinculada (o con los deberes generales de actuación).

En concreto, cuando se hace referencia a esta clase de delitos se debe hacer hincapié en que existe una relación entre el autor y el bien que no está definida únicamente de modo negativo (*neminem laedere*), sino también positivamente «por medio de un estatus del autor en relación con el bien»¹⁶, que se encuentra estrechamente vinculado a contextos normados. Esta situación origina que la responsabilidad penal del sujeto se determine no por medio de su ámbito de organización, sino por medio de ese estatus.

En cuanto a las reglas de la autoría y la participación, la aplicación de los delitos de infracción de deber supone que el obligado que lesiona su deber asegurado institucionalmente, realiza un delito *autónomo*, esto es, ejecuta por sí mismo el tipo. Ahora bien, esto no supone que sea necesaria una realización de propia mano. El comportamiento incluso ajeno se le imputa al especialmente obligado en tanto él ha afectado su deber institucional. Lo resaltante, entonces, en este tipo de delitos es que el deber institucional es altamente personal y no puede ser disuelto de ninguna manera o sólo bajo condiciones especiales, así se puede afirmar luego que o bien es autor único (es siempre autor individual, no es posible entonces la coautoría, la autoría mediata, la inducción o la cooperación¹⁷), o bien no existe un delito de infracción

15 JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, Apdo.21, n.m. 115 y ss. Recordemos que para JAKOBS son delitos de infracción de deber no sólo aquellos que contienen un deber extrapenal, sino toda forma de conducta en la que el autor lesiona un deber institucional, aunque el tipo de la parte especial haya sido formulado como un delito común. Así, los delitos de infracción de deber no dependen de la estructura del tipo, sino de la posición del sujeto en el orden jurídico, es decir, de que el sujeto esté o no sometido a una institución positiva o negativa.

16 JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, Apdo.7, n.m. 70.

17 En este sentido, *cfr.* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Barcelona 2002, pp. 181 y ss.

de deber: una intervención del *extraneus* en un delito de infracción de deber no es posible¹⁸.

A pesar de todo lo que se ha mencionado anteriormente, no podemos dejar de señalar que esta construcción ha sido muy criticada por la doctrina. Robles Planas¹⁹, por ejemplo, señala que la determinación de que una persona se halle vinculada a un bien de forma positiva o negativa no puede resolverse sin más afirmando que existen instituciones sociales que determinan tal vinculación positiva. Sin embargo, concluimos que la categoría de los delitos de infracción de deber es la expresión del aspecto social, que hace necesaria la vinculación con instituciones esenciales para el mantenimiento de la propia sociedad, y no puede negarse su existencia en nuestro ordenamiento jurídico.

2.3.2. Categorías formales: Los delitos especiales

La responsabilidad penal por la simple vinculación causal con el resultado no es actualmente aceptada. Por eso, la atribución de la responsabilidad penal requiere la delimitación precisa de las conductas lesivas de un bien jurídico que merecen ser sancionadas, teniendo en

18 Aunque SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005, pp. 53 y ss., establece algunas particularidades en cuanto a la posibilidad de la participación en los delitos de infracción de deber con elementos de dominio.

19 Según ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 236, se puede rechazar la teoría de los delitos de infracción de deber. Propone, por eso, hacer la siguiente distinción: *delitos de posición* y *delitos especiales de deber*. En donde, para los primeros, se limite el círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión y para los segundos, se establezcan limitaciones en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica. Y «[m]ientras que en los delitos de posición no se establecen limitaciones a las formas de conducta, de manera que rigen las reglas generales, en los delitos especiales de deber, en cambio, la decisión de cuáles son las normas de conducta que deben infringirse está específicamente tomada por el legislador».

cuenta, entre otros, no solo los elementos referidos a la conducta, sino también a quién puede ser considerado como autor.

Conviene resaltar que los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) han sido equiparados a los delitos especiales²⁰ (*Sonderdelikte*), sin embargo, debemos advertir desde ahora, que en nuestra opinión no es posible dicha asimilación. La parte de la doctrina que considera tal equivalencia, parte de una confusión de planos material y formal. Esta falta de claridad impide, en nuestra opinión, que pueda desarrollarse un esquema que combine dichas estructuras, como veremos a continuación.

Uno de los ámbitos de esta delimitación de la responsabilidad se lleva a cabo al establecer típicamente las conductas lesivas del bien jurídico y «especificando» a los usuales autores²¹ de las acciones pro-

20 Según apunta BACIGALUPO, *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*, Madrid, 2007, pp. 34-35, «[e]n su origen, durante el siglo XIX, los delitos especiales se identificaron con una categoría muy concreta de infracciones contenidas en los Códigos Penales: con los *delitos de funcionarios* y con los *delitos militares*. Estos delitos eran percibidos como delitos dirigidos a unos sujetos determinados, pertenecientes a ciertos grupos o estamentos, obligados por deberes cuya infracción era sustancial para el delito. Las prohibiciones y mandatos cuya infracción castigaban no estaban, por tanto, dirigidos a todos, sino sólo a aquellos ciudadanos que ocupaban las mencionadas posiciones. Brevemente: se trata de normas edificadas sobre deberes especiales impuestos a determinados sujetos».

21 Habrá que tener en consideración además que, si el deber especial fundamenta la punibilidad, nos encontraremos frente a los denominados delitos especiales *propios*; y en los demás casos, es decir, cuando solamente se agrave la penalidad, frente a los delitos especiales *impropios*.

Señala BACIGALUPO, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, p. 37, que «[l]a categoría de los delitos especiales propios e impropios ya se encuentra en v. FEUERBACH, quien se refería a los mismos en los siguientes términos: “existen derechos que se dirigen al ciudadano como tal. Pero también existen derechos que sólo son válidos frente a miembros de un status especial

hibidas. Este es el contexto en el que surgen los delitos especiales, los cuales no tiene una razón material, sino que dependen exclusivamente de lo establecido (del «uso lingüístico» otorgado) por el legislador. Sin embargo, esta situación ha originado muchas veces enfrentamientos con las necesidades punitivas, debido a que el legislador no incluye determinadas conductas que tienen el mismo desvalor como aquellas conductas que sí se encuentran tipificadas. Todo esto se ha traducido, muchas veces, en vacíos de punibilidad debido a que el juez penal no puede aplicar los tipos por analogía (*in malam partem*).

Los intentos por cubrir aquellos vacíos se han hecho sobre la base de encontrar una estructura material de los delitos especiales que justifique de alguna manera el poder abarcar esas otras conductas. Así, por ejemplo, CLAUS ROXIN²² califica a los delitos especiales como delitos

dentro del Estado. De allí se puede explicar la distinción entre delitos comunes (*delicta communica*) y delitos especiales (*delicta propria*).

En una posición contraria a la diferenciación entre delitos especiales propios e impropios se encuentra SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*; EL MISMO. «Delito de infracción de deber», en: *El funcionalismo en Derecho Penal*, p. 285, quien afirma que «[e]n verdad, cuando se aplica la teoría del delito de infracción de deber de una forma consecuente hay que concluir, rotundamente, que dentro de dicha categoría no hay sitio para los denominados delitos de infracción de deber impropios, o, dicho de una forma más exacta, para una diferenciación entre delitos de infracción de deber propios e impropios (o “delitos especiales propios” y “delitos especiales impropios” en la terminología tradicional). O bien no existe una lesión de los deberes de una institución positiva y, entonces, no estamos ante un delito de infracción de deber –tampoco “impropio”–, o bien existe tal lesión, pero la misma fundamenta también siempre la punibilidad del obligado especialmente». No obstante, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, 2ª ed., Lima, 2007, p. 774 [nota al pie 451] observa que «no se puede olvidar que formalmente si pueden someterse a la clasificación de delitos especiales propios e impropios, dependiendo de si la conducta puede ser alcanzada (fenomenológicamente) por un delito común (de dominio) o no».

22 ROXIN, *Derecho penal. Parte General* (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal), Madrid, 1997, §10, n.m., pp. 128 y ss.

de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), que basan tal posición en un deber. No obstante, sostener la idea de que los delitos especiales son los delitos de infracción de deber, o que son los delitos de dominio —como sostiene SCHÜNEMANN²³— resulta incorrecta, pues pueden ser tanto lo uno²⁴, como lo otro²⁵. Y es que debe quedar claro que cuando se discute sobre los delitos comunes o especiales y delitos de dominio o de infracción de deber, se trabaja en planos distintos. Así, mientras que la primera distinción se construye sobre condicionamientos formales —como ya dijimos— establecidos por el legislador; la segunda, sí que recoge una diferenciación material, que se deriva de la estructura o base social asumida por la configuración del tipo penal correspondiente²⁶.

Esta última posición es la planteada por JAKOBS, que para diferenciar entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber recurre a las llamadas competencias por organización (que llevan consigo deberes negativos) y las competencias institucionales (que implican deberes positivos) atribuidas a los ciudadanos²⁷. Ambos tipos pueden formularse formalmente como un delito especial, «por lo que habrá que diferenciar los delitos especiales en sentido amplio (delitos de dominio) y los delitos especiales en sentido estricto (delitos de infracción de un deber)»²⁸.

23 Cfr. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlín, 1979, p. 92.

24 Por ejemplo, según GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, pp. 180-181, el «delito especial sería todo aquél en el que el legislador habría restringido la autoría a un círculo limitado de sujetos. Se trataría de un concepto más amplio, no coincidente con el de delito de infracción de deber».

25 Cfr. GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, Lima, 2003, p. 64.

26 JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, Tübinga, 2014, p. 5 y ss.

27 JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfurt del Meno, 2012, p. 26; p. 83.

28 GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, p. 65.

Lo expuesto nos sirve para concluir, junto con un sector de la doctrina que «quienes pretenden ver en los delitos especiales razones materiales de creación, no harán más que artificiosas explicaciones sin poder cubrir plenamente las distintas manifestaciones de este grupo de delitos»²⁹.

A. *Los delitos especiales en sentido amplio (delitos especiales de dominio*³⁰)

Como hemos señalado ya anteriormente, los delitos de dominio se fundamentan en la organización de la esfera personal, que incluye no sólo el dominio del propio cuerpo, sino que además supone la asunción de ciertos ámbitos de organización, en principio, ajenos³¹. Los delitos comunes, por su parte, implican la responsabilidad penal que puede recaer por una organización defectuosa de las esferas de dominio de todos los ciudadanos (en general). Esto hace posible que nos encontremos frente a un escenario muy básico y que, por eso, ha podido pasar desapercibido. Nos referimos a los *delitos de dominio comunes*, como podrían ser, por ejemplo, el delito de homicidio o de robo simple.

La peculiaridad, sin embargo, no se encuentra en dicha combinación (dominio y no-condición), sino más bien en aquella en la que los delitos de dominio convergen con los delitos especiales, esto es con aquellos en los que no cualquiera puede ser autor, sino que sólo podrá serlo, la persona con determinadas características (concretas esferas de organización). En estos casos, el tipo penal establecerá como responsable penal a aquella persona que, por su situación en particular, tiene el

29 GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, p. 63.

30 Para ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, estos serían los «delitos de posición», que son aquellos en los que «la delimitación del círculo de sujetos activos deriva de que éstos se encuentran en la posición idónea para lesionar el bien jurídico» (p.240).

31 Por este motivo, la diferenciación entre comisión activa y omisiva se diluye.

dominio sobre determinados ámbitos. El ejemplo por excelencia sería el delito de feminicidio. Precisamente porque nos encontramos en una organización de la esfera de libertad, debe admitirse la imputación del delito a título de autor a sujetos que, aunque ajenos de entrada a esa posición de dominio social típico, acceden a ella.

Cabe, en este contexto, preguntarse por la posibilidad de hacer responsable al *extraneus* que asume ciertos ámbitos ajenos, pertenecientes al poseedor del *status* requerido por el delito especial. En estos casos, la situación es resuelta a través de la figura del «actuar en lugar de otro» (art. 27 CP) –que no abordaremos en este trabajo– que, en nuestro ordenamiento, no puede aplicarse a los particulares sino tan sólo dentro del marco de personas jurídicas³², siendo exigible para el primer caso, el recurrir a los criterios generales de imputación. En consecuencia, podríamos encontrarnos en la posibilidad de hacerlo responsable, dejando abierta la posibilidad de discutir la procedencia o no de la atenuación de la pena en tanto se trate de una complicidad primaria o secundaria.

B. Los delitos especiales en sentido estricto (delitos de infracción de deber)

Hay que remarcar que los delitos especiales de infracción de deber (o que también denominaremos como delitos especiales de deber o delitos especiales en sentido estricto) son dogmáticamente distintos a los delitos especiales de dominio. La esencia de los delitos especiales en sentido estricto, radica en la infracción de un deber de naturaleza institucional, sin importar las consideraciones de dominio, siendo posible

32 GARCÍA CAVERO, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, pp. 117 y ss., da cuenta de las razones por las que en nuestro ordenamiento se limitó a las personas jurídicas, y señala también, la necesidad de ampliarlo a las actuaciones entre particulares.

entonces que pueda ser autor quien en absoluto domina el hecho y no serlo quien lo domina³³. Por eso, un delito de infracción de deber no puede ser cometido por una persona no vinculada institucionalmente, por más que domine el hecho, debido a que el mandato de la norma se dirige a una persona que posee un estatus especial, sometido a una institución y, en consecuencia, se le exige el cuidado solidario del bien jurídico que deba ser protegido por dicha institución.

La afirmación anterior, sin embargo, no supone desconocer que debido a la complejidad social de nuestros días sea posible delegar un deber especial, esto es, el cumplimiento de una competencia institucional en otra persona (piénsese, por ejemplo, en los padres que delegan deberes de cuidado a sus hijos hacia los profesores de colegio). Aun con todo, debemos precisar que no todos los deberes especiales pueden ser delegados. Así pues, y dentro del marco del «actuar en lugar de otro», este deber institucional que corresponde originariamente al *intraneus*, podrá ser trasladado a otro sujeto, pero con base en un fundamento jurídicamente relevante (como, por ejemplo, el vínculo de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*, lo que originará que el representante responda por la infracción de ese deber, pero no porque se trate de un hecho ajeno, ni por la participación en el hecho principal).

A diferencia de lo que sucede en los delitos especiales de dominio, aquí no cabe hablar de intervención. Sin embargo, SILVA SÁNCHEZ sostiene que, si se entiende que buena parte de los delitos calificados como de infracción de deber, exigen además un elemento de dominio u organización trascendente a la pura vinculación institucional, será posible plantear la cuestión de la participación entendida como una

33 Cfr., al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, p. 67.

organización común, pero sólo en este ámbito de dominio³⁴. Podría tomarse como ejemplo el delito de defraudación tributaria. También se podrían mencionar algunos delitos contra la Administración pública. Concretamente, los delitos de colusión y de peculado.

2.3.3. Sobre la participación

A. Introducción

La dogmática penal en las últimas décadas ha tendido hacia un proceso de normativización del delito. Por un camino que puede ser más o menos largo, aquella está abandonando la comprensión del delito como una conducta individual que lesiona causalmente un interés individual o empíricamente medible. Así, por ejemplo, lo demuestran los desarrollos actuales de la teoría de la imputación objetiva y de la imputación subjetiva, la comprensión normativa de la culpabilidad jurídico-penal. En consecuencia, puede sostenerse que el delito ha dejado de ser considerado como algo fenomenológico, para entenderse ahora como algo que debe ser imputado a una persona.

Este proceso también se nota al momento de abordar la cuestión de la codelinquencia, en donde se suelen destacar dos modelos posibles: el sistema unitario de autor y el sistema diferenciador. Siendo aquello que los distingue, en el primero, la no diferenciación entre los

34 Concretamente para SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, pp. 69-72, en este escenario las consecuencias serían claras: «[l]os extranei autores mediatos “materiales”, coautores “materiales”, cooperadores necesarios o inductores, que ciertamente o dominan la dimensión de organización del delito o contribuyen a ella, y no infringen el deber institucional tributario. Desde luego, con su dominio o con su contribución a la dimensión organizativa del delito perturban la institución (desde fuera), e infringen el deber general positivo que obliga a abstenerse de lesionar las instituciones. Por ello, pueden ser castigados tomando como referencia el marco penal del tipo delictivo que rige para el autor. Pero no infringen los deberes propios de éste (que sólo afectan a los *intranei*)».

que intervienen en el hecho, mientras que en el segundo se reconocen distintas formas de intervención.

En nuestro ordenamiento jurídico-penal no se sigue el criterio unitario de autor, sino que, alineándose con la posición dominante, se establece una diferenciación de la intervención punible que puede ser principal o secundaria. La primera referida a la autoría; la segunda, por otro lado, a la llamada participación en sentido estricto. De este modo, adoptamos un modelo aceptado por la mayoría de los sistemas penales de corte europeo-continental (Alemania, España, Suiza, Argentina, Perú)³⁵ y, en consecuencia, distinguimos entre autores y partícipes (y dentro de estos a su vez distinguimos entre inductores³⁶ y cómplices). Así, bajo la norma que prohíbe los ataques al bien jurídico protegido en el tipo, no sólo se comprende la conducta relativa a la autoría, sino también a la participación, debiendo ser, en principio, entendidas de forma extensiva las normas de la parte especial del Código penal.

B. Injusto único³⁷

Siendo el caso que la distinción entre autor y partícipe representa un núcleo problemático de trascendental relevancia, habrá que reparar en el hecho de que se busca apreciar debidamente la importancia de la aportación que hace cada sujeto al injusto y precisar el personal juicio de reproche que le corresponde³⁸.

35 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber» en: Revista Penal, núm. 14, Julio 2004, Disponible en la web <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/abanto%20vasquez.pdf>.

36 Aunque GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, p. 587, apunta que «queda claro que la inducción precede a la decisión de cometer un delito, por lo que podría cuestionarse si, en sentido estricto, la inducción es realmente una forma de participación en el delito».

37 Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, 2007, pp. 28-29.

38 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2009, p. 461.

Por eso, es que ha sido tan dinámica la discusión sobre cómo puede diferenciarse entre autoría y participación. Así, por ejemplo, se ha propuesto un concepto restrictivo de autor y un concepto extensivo de autor. Sin embargo, ambas posturas han sido criticadas, dando paso así a nuevos planteamientos, como por ejemplo la llamada teoría del dominio del hecho. No obstante, ésta tampoco se ha visto libre de críticas, y ha encontrado en JAKOBS un punto de referencia indiscutible en este asunto³⁹ con la llamada «autoría como competencia preferente por la configuración del hecho». Sobre la base de esta teoría se puede sostener que la distinción entre autor y partícipe no se establece con base en un criterio cualitativo. Esto es así debido a que todos los que actúan en el hecho son competentes por el delito, con la particularidad de que el autor es un competente preferente por la mayor cantidad de dominio (en los delitos de dominio). Los partícipes, en cambio, aunque tienen también una parte en el hecho, ésta es cuantitativamente reducida⁴⁰.

En consecuencia, el partícipe en los delitos de dominio responde penalmente, pero hay que reconocer que tiene un papel secundario en la realización del delito. Así, no puede admitirse una participación sin autoría, ni tampoco que en determinados casos (como en los delitos especiales de dominio), se justifique un marco penal atenuado para el partícipe (primario) respecto del marco penal previsto para el autor, porque de igual manera el partícipe lesiona el bien jurídico protegido (aunque, como ya dijimos de un modo reducido cuantitativamente).

Lo expuesto sirve de base para precisar que nos encontramos frente a un solo injusto⁴¹, de manera que la ejecución del hecho delictivo

39 Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, Apdo. 21, n.m. 34. Al tratar este tema JAKOBS sostiene que para determinar la intervención delictiva deben dejarse de lado criterios fácticos y asumir criterios normativos (la competencia por el hecho), debiéndose observar por ello el tipo de rol infringido.

40 JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, Apdo. 22.

41 Sobre la fundamentación del injusto del partícipe, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 120 afirma que «[e]n la

por parte del autor no sólo se encuentra referida a él, sino que también incluye al partícipe, que no lesiona directamente el bien jurídico, pero participa en el ataque que a él realiza el autor. Dicho de otra manera, el partícipe sólo puede lesionar el bien jurídico mediatamente, favoreciendo el hecho del autor. Consecuentemente, el injusto del partícipe es completamente dependiente y está totalmente derivado del injusto del autor, sólo el modo en que se lleva a cabo esa infracción es distinto⁴².

En los delitos de infracción de deber, por el contrario, la autoría no se fundamenta en la organización, sino en la infracción de una competencia institucional, por consiguiente, el *extraneus*⁴³ no puede

actualidad pueden considerarse completamente abandonados aquellos planteamientos que veían en la participación el ataque a un bien distinto que en la autoría». Sobre estos otros planteamientos, *cfr.* GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Lima, 2012, pp. 699 y ss.

42 Según ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 180, «[c]on su conducta, el partícipe debe interponer una razón de la que se pueda inferir que entre ella y el hecho delictivo en el que interviene hay una relación de sentido conjunto. Cuando ello sucede, el hecho principal tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe, quedando de esta manera salvaguardado el principio de autorresponsabilidad. En definitiva, también al partícipe se le imputa el hecho. El cómplice responde de la existencia (si bien en grado distinto) de la actividad tanto como el autor, puesto que también a él le pertenece el hecho principal. La aportación del partícipe forma parte del proyecto antinormativo conjunto y con ella manifiesta un ataque a la vigencia de la norma idealmente comparable al que lleva a cabo el autor, que puede concretarse en la fundamentación de la idoneidad de la comisión del delito. La aportación del partícipe fundamenta la idoneidad de la comisión del delito haciendo suyo el hecho. O con otras palabras: con su aportación dispone una razón para *acceder* al hecho típico. Para concluir: si el delito se entiende como negación de la vigencia de la norma, de modo que si en la realización de esta defraudación intervienen varias personas, no podrá hablarse de varios injustos penales sino de uno solo».

43 Apunta ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Lima, 2007, p. 194 que «[e]s *extraneus*, aquella persona que mediante aporte de contribución al delito cometido por el *intraneus* u obligado especial (en el

ser autor ni puede ser partícipe. En otras palabras, en el caso de los delitos de infracción de deber la autoría le corresponde al obligado institucionalmente, y en la medida que este incumplimiento del deber no admite graduaciones, no es posible una diferenciación cuantitativa de la competencia que permita distinguir entre autores y partícipes: el *quantum* organizativo del hecho no interesa. Solamente es relevante el incumplimiento de un deber especial impuesto al poseedor del estatus institucional⁴⁴.

C. Precisiones

Es necesario anotar que existen unos principios en la participación a saber: la accesoriedad en la participación⁴⁵ y la comunicabilidad de las condiciones personales. Trataremos a continuación, aunque muy brevemente, ambos puntos.

La idea de accesoriedad supone distinguir dos aspectos: uno negativo y otro positivo. El primero admite limitar la pena de la participación, es decir considerar que la accesoriedad significa que la partici-

delito de infracción de deber) no puede en ningún caso ser autor o coautor de dicho delito». Distingue dos clases de *extraneus*: a) En sentido propio y b) En sentido impropio. En las primeras, se trata de un particular y, por tanto, sin vinculación institucional; mientras que en las de sentido impropio, se trata de un funcionario que en determinados tipos de infracción de deber carece de la vinculación especial que exige el tipo penal.

Esta definición y esta clasificación es muy común encontrarla en la doctrina nacional y en la jurisprudencia; sin embargo, en nuestra opinión son incorrectas. Tal clasificación podría funcionar en caso de encontrarnos frente a delitos (especiales) de dominio, pero nunca –para ser más exacto, carece de sentido– en los delitos de infracción de deber, porque ya sea que se trate de uno propio o impropio, siguen siendo *extraneus* y ya que no es posible la participación en los delitos de infracción de deber, no sirve de nada tal distinción.

44 GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, pp. 557-558.

45 Accesoriedad –señala ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 221– «no evoca un concepto secundario, dependiente, sino una idea primaria: posibilidad de imputación, acceso».

pación en un hecho sólo es posible cuando éste reúne unos requisitos mínimos. El segundo, esto es, el aspecto positivo supone el establecimiento de la pena. En este escenario surge un problema al momento de tratar la relación de dependencia⁴⁶ con el «hecho punible», y para explicarla se hace una diferenciación entre accesoriedad cuantitativa y accesoriedad cualitativa.

En cuanto a la llamada accesoriedad cuantitativa, se alude al grado de lesividad en el hecho necesario para poder afirmar que se trata de una conducta penalmente relevante. En otras palabras, supone la exigencia de que el hecho principal debe haber sido cuando menos ejecutado para que el partícipe pueda ser sancionado. De este modo, si no se inicia la fase de la ejecución, no hay responsabilidad penal para nadie⁴⁷.

Respecto a la accesoriedad cualitativa se observan las características del hecho punible que debe tener el hecho del autor para justificar la punibilidad del partícipe. Sin embargo, el punto central se orienta a establecer cuándo el hecho principal adquiere sentido delictivo que requiere la accesoriedad. De las distintas posibilidades (accesoriedad mínima⁴⁸, accesoriedad limitada⁴⁹, accesoriedad extrema⁵⁰, hiperaccesoriedad⁵¹), en la actualidad hay consenso en rechazar la accesoriedad mínima y se entiende que debe regir el sistema de la accesoriedad limitada⁵², conforme al cual, para poder reprimir al partícipe, basta que el

46 Cfr. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Lima, 2005, §20, n.m. 2266.

47 Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 221.

48 El hecho principal sólo requiere ser típico.

49 El hecho principal debe ser típico y antijurídico.

50 El hecho principal debe ser típico, antijurídico y culpable.

51 El hecho principal debe ser típico, antijurídico, culpable y punible.

52 BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte General*, Lima, 2004, p. 488; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Buenos Aires, 2007, p. 398; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte General*, §20, n.m. 2276 y ss. Sin embargo, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 221, entiende que «es suficiente con que concurra una relación objetiva entre

autor principal cometa el hecho delictivo en el sentido típico (objetiva y subjetivamente) y contrario al orden jurídico.

Ahora bien, si asumimos que existe un solo injusto será necesario aclarar que la accesoriedad no significa —desde la postura que aquí defendemos— que el injusto del partícipe se agrega «accesoriamente» (secundariamente) al injusto del autor, sino que habrá que entender que, encontrándonos frente a un solo injusto, existe una mera diferencia cuantitativa entre el autor y el partícipe interviniente en el mismo hecho. Para explicar esta situación, resulta muy ilustrativa la diferenciación realizada por JAKOBS⁵³ entre «*división restringida del trabajo*» y «*división vinculante del trabajo*». Mientras que la primera, es consecuencia de la libertad de no tener que preocuparse de lo provechoso que resulte el aporte del interviniente para los planes del receptor (supuesto que se desarrolla en el principio de prohibición de regreso), la segunda —que es la que nos interesa— supone una obra en común vinculante entre el interviniente y el receptor. Siendo más específicos, la diferencia entre la división restringida y la división vinculante del trabajo radica en la vinculación existente en el segundo; constituyéndose como criterio vinculante la lesión a la norma (y éste constituye el injusto). Así, si el partícipe ha configurado alguno de los elementos del delito (ajustando su aportación de tal modo o porque ha prestado una aportación que ostenta ya el sentido estereotipado de facilitar la ejecución⁵⁴) que po-

una conducta y el hecho que se le atribuye para que pueda afirmarse que ese hecho es también, en alguna medida, un hecho propio de aquella conducta». De esta forma —continúa— «deja también de tener sentido la clásica distinción entre accesoriedad mínima, limitada y máxima. Si a lo que se accede es al hecho, bastará con que el hecho constituya un hecho objetivamente típico y no justificado objetivamente».

53 Cfr. JAKOBS, «La intervención delictiva», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, núm. 5, 2004, p. 226.

54 Aclara JAKOBS, «La intervención delictiva», p. 229, que «[e]n todo caso, el aporte no debe ser, pues, neutral socialmente adecuado, sino que debe estar relacionado especialmente con el delito (división vinculante del trabajo)».

sibilitan la puesta en marcha del acto⁵⁵, queda vinculado, puesto que aquella concreción ha sido determinada por el interviniente, por lo menos –como ya dijimos– en un elemento⁵⁶. Así, por ejemplo, cuando el interviniente consigue un plano del lugar del delito, lleva instrumentos a dicho lugar, cuando un hurto se lleva a cabo empleando la ganzúa facilitada por el partícipe, o cuando se le facilita un automóvil a una persona ebria o se entrega armas a personas sin licencia.

Debemos también hacer hincapié en que el interviniente es competente por la ejecución completa del hecho porque éste hace llegar al ejecutor una aportación con contornos delictivos. Por eso, la competencia del interviniente se extiende también a la realización típica llevada a cabo por el receptor⁵⁷. Así, cuando intervienen varias personas en los actos previos,

55 Señala ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 258, que «no se trata de eficacia causal, sino de si el favorecimiento surte o no efecto. Si no surte efecto como favorecimiento, ya sea porque el hecho no llega al estadio ejecutivo, ya sea porque el ejecutor no utiliza la aportación, ya sea porque la aportación no es idónea o resulta fallida en el caso concreto, estaremos ante una tentativa de intervención».

56 Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, pp. 583-584. Así también, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 166, Es ya tradicional definir la accesoriedad como la «relación de dependencia de la participación con respecto al hecho principal», que obedece fundamentalmente «a una necesidad conceptual: no se puede hablar de participación sin referirse al mismo término a aquello en lo que se participa». En igual sentido, la Corte Suprema en el R.N. N° 2924-99, ha dicho que «[l]a participación en la comisión del delito, supone una conducta accesorio de parte del agente, dependiente de la existencia de un hecho principal; sin embargo, dicha accesoriedad puede significar dos tipos de participación distinguibles, de allí que pueda expresarse a través de un aporte esencial para la realización del hecho punible o a través de un simple acto de colaboración, en el primero de los supuestos, estamos ante una participación a título de complicidad primaria, mientras que en el segundo de ellos, la calificación corresponde a la de complicidad secundaria».

57 JAKOBS, «La intervención delictiva», p. 232.

la ejecución no supone más que una co-configuración del hecho, de modo que «no es cualitativamente nada nuevo frente al “cómo” de ese hecho, un “cómo” que habrá sido configurado por los otros intervinientes»⁵⁸, quedándole al ejecutor simplemente “acomodar” su actuación dentro de los contornos ya fijados por los intervinientes, llevando a cabo su obra y la obra de todos los intervinientes⁵⁹.

Pierde razón de ser, por eso, la accesoriedad tradicionalmente entendida, y según lo que hemos expuesto, habrá que entender que la «[a]ccesoriedad no evoca un concepto secundario, dependiente sino una idea primaria: posibilidad de imputación, acceso»⁶⁰; en consecuencia, si afirmamos que el interviniente «accede» al hecho al configurar alguno de los elementos del delito, quedará diferenciarlo con el autor simplemente basándonos en un criterio cuantitativo.

Lo anterior sólo es aplicable para los delitos de dominio. En efecto —señala SILVA SÁNCHEZ—, en un delito de infracción de deber «no tiene sentido plantear la cuestión de la participación así entendida», pues la intervención «supuestamente “accesoria” del *extraneus* en realidad no sería expresión de una auténtica accesoriedad, sino sencillamente de la infracción propia de un deber general (negativo) de abstenerse de perturbar la institución positiva que subyace al deber específico del

58 JAKOBS, «La intervención delictiva», p. 233.

59 ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 221. Entendiendo la accesoriedad de este modo, «la accesoriedad cuantitativa (en sentido tradicional) deja de ser un requisito específico para poder castigar al partícipe y pasa a ser un requisito general de la imputación aplicable a cualquier interviniente: si no hay inicio del estadio ejecutivo, no hay responsabilidad para nadie. La accesoriedad cualitativa (en sentido tradicional) también pierde su razón de ser por cuanto el hecho, en sí mismo, y no la conducta de uno de los intervinientes (el autor) es el objeto de referencia».

60 Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 221.

intraneus»⁶¹. Por consiguiente, la accesoriedad de la participación es un concepto que no puede aplicarse a los delitos de infracción de deber, «[p]or eso no le falta razón a JAKOBS cuando afirma que más precisa que la denominación delitos de infracción de deber sería la de delitos con deber que pasan por alto la accesoriedad»⁶².

En cuanto a la comunicabilidad de las condiciones personales, el (discutido) artículo 26 CP señala que las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de alguno de los autores o partícipes no modifican la de los otros que han intervenido del mismo hecho punible. Así, cabe afirmar que en este artículo no se regula la autoría y la participación, ni el reconocimiento expreso de la accesoriedad limitada, sino que se trata concretamente de una norma de determinación de la pena referida a los agravantes o atenuantes que afectan solamente a los que las poseen.

III. PARTE GENERAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Con los elementos base ya expuestos, ahora corresponde profundizar un poco en el contexto de los delitos contra la Administración pública. Abordaré aquí lo que podría denominarse la «parte general» de esta clase de delitos. Y, en ésta, dividiré la exposición en dos. La pri-

61 SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, p. 69. No obstante, afirma que «las consideraciones de accesoriedad, entendida ésta como expresión de organización conjunta, adquieren pleno sentido en el caso de que ciertos delitos de infracción de deber tengan, además, algún componente de dominio. Pues en ese caso, el *extraneus*, además de infringir ese deber general al que se acaba de hacer alusión, contribuye efectivamente al dominio del *intraneus*. Esa contribución es precisamente la que permitiría fundamentar su sanción directamente a partir del hecho del *intraneus*, aunque desde luego no por el propio marco típico por el que se sanciona al referido *intraneus*».

62 CARO JOHN, «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», en: *Anuario de Derecho penal 2003*, disponible en la web: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf>.

mera en donde resaltaré el fenómeno de la corrupción y su influencia en la regulación en los delitos contra la Administración pública. La segunda donde analizaré algunas particularidades propias del, podríamos denominar sub-sistema de los delitos contra la Administración pública.

3.1. Corrupción y Política criminal

Si bien no todos los delitos contra la administración pública suponen actos de compraventa de la función pública, normalmente suele existir una identificación entre ambas figuras. Esto exige presentar una definición.

No se encuentra, como es normal, una definición de corrupción en el código penal peruano. Al revisar la doctrina se puede comprobar que no existe un concepto unívoco sobre lo que es corrupción⁶³. El DRAE, en su cuarta acepción referida a las organizaciones públicas refiere que: es una «práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores». Y *Transparency international* la define como: «el abuso del poder delegado para beneficio propio»⁶⁴.

Sin ánimo de zanjar el tema, puedo afirmar que corrupción tiene los siguientes componentes: dos partes, abuso de una posición de poder⁶⁵ y la

63 Cfr., solo a modo de ejemplo, DE LA MATA, *La respuesta a la corrupción pública*, Granada, 2004, pp. 9 y ss.; BLANCO CORDERO, «La corrupción desde una perspectiva criminológica», en Pérez Álvarez (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 267 y ss.

64 Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, *Glosario sobre Transparencia y corrupción*, p. 3. Disponible en: <http://transparencia.org.es/glosario-ti-sobre-transparencia-y-corrupcion/>.

65 Señala SÁBAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, 1991, p. 15, que «[e]l componente anímico de la conducta corrupta es la deslealtad, entendida ésta como la actuación en contra de los intereses cuya defensa nos

consecución de una ventaja patrimonial⁶⁶. Por eso, podría definir la corrupción como una defraudación de un compromiso (estar investido de potestades públicas) que una persona voluntariamente ha asumido para decidir a favor de la comunidad y que, sin embargo, convierte en una fuente de ingreso privado.

En consecuencia, solo son delitos de corrupción pública aquellos en donde el sujeto activo se sirve de su cargo infringiendo los deberes que tiene impuestos. No es suficiente para referirse a casos de corrupción que un funcionario público, por ejemplo, realice algún fraude fiscal o sea detenido conduciendo en estado de ebriedad o con droga muy superior a lo que puede indicar el autoconsumo.

Nuestros legisladores están atentos a esta situación y se encargan de hacer propuestas de política criminal, esto es, de mecanismos de reacción punitiva para luchar contra la corrupción pública. Por eso, pueden encontrarse distintas medidas más o menos polémicas —que pueden o no gustar— que se encaminan a luchar contra la criminalidad desde y hacia la Administración pública⁶⁷. Entre otras, pueden mencionarse las siguientes:

3.1.1. El aumento de las penas y «muerte civil»

Una de esas medidas que suele impactar en la población —aunque no desincentive la práctica de estas conductas— es aumentar cuantita-

viene confiada en virtud de un acto de voluntad de quien legítimamente es titular de los mismos».

66 Agrega DE LA MATA, «La lucha contra la corrupción política», *RECPC*, núm. 18-01, 2016, p. 4, que además se considera que todo esto se practica «en la sombra».

67 Esta situación ya advertida en reiteradas ocasiones por la doctrina. Sobre esto basta mencionar, por ejemplo, lo expuesto por PEÑA CABRERA FREYRE, «Comentarios a la Ley N° 29703: Una expresión del clientelismo del Derecho penal», *Gaceta Penal y Procesal Penal*, núm. 24, 2011, pp. 29 y ss.

tiva y cualitativamente las penas aplicables. Así, es más efectivo si se le aplica una pena de prisión. Pero además si se da la llamada muerte civil del funcionario. Esto es, que se le inhabilita de manera permanente siempre y cuando se den algunos supuestos: que el sujeto forme parte de una organización criminal o que los bienes sean de ayuda asistencial (bienes con valor superior a 15 UIT). Con la posibilidad de ser revisada cuando cumpla 20 años de condena de inhabilitación.

3.1.2. Pena efectiva⁶⁸

En 2015 se modificó el art 57 CP y se incluyó como supuestos de aplicación efectiva los delitos de peculado y colusión. En 2017 se volvió a modificar incluyendo esta vez a la malversación (segundo párrafo), cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito. De esta manera aquellos casos siempre supondrán la aplicación efectiva de la pena de prisión.

3.1.3. Imprescriptibilidad

Pero sin duda la medida que más llamó la atención fue que se modificara la Constitución para que el Estado persiga de modo indeterminado los casos de delitos contra la administración pública que atenten de manera más grave contra la Administración pública. Lo curioso es que establece la duplicidad del plazo de prescripción para aquellos delitos contra la Administración pública que afecten el patrimonio del Estado (como lo establece el art. 80 CP) e incluso para los casos en los que no se afecte. Y dicho plazo, según el art. 41 de la Constitución, se extendería no sólo a los *intranei*, sino también a los *extranei* (contraviniendo al acuerdo plenario 2-2011) y demostrando una vez cierta falta de lógica.

68 Sobre este punto, véase las reflexiones que presenta CARDENAL MONTRAVETA, «Corrupción pública y suspensión de la ejecución de la pena», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVII, 2017, pp. 179 y ss.

3.1.4. Reparación civil

Además de estas cuestiones es llamativo que, por lo general, el análisis sobre la posible reparación civil se haya quedado considerando únicamente al sujeto pasivo, esto es, al titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito⁶⁹, y se haya dejado de lado al particular, como perjudicado, que debería poder constituirse en actor civil para reclamar el pago de la reparación civil.

3.2. Balance parcial

Todo lo anterior da cuenta de las particularidades que han ido adquiriendo los delitos y que «invitan» a reflexionar precisamente en los dos fines esenciales que pueden identificarse en la política criminal. Que son, por un lado, la severidad y la certeza referidos a establecer la mejor forma de erradicar o disminuir la criminalidad y; por otro, la represión penal como el sometimiento a la valoración de los medios utilizados para la represión penal atendiendo a las garantías y principios penales.

Así, si nos preocupamos únicamente por reforzar la severidad de las penas en los delitos seguramente nos encontraremos con un texto estricto que nos impresione, pero no estoy tan seguro de que intimide. Y esto, especialmente, porque si no hay certeza en la persecución y represión de estas conductas (ya sea porque, lamentablemente nuestros operadores jurídicos no cuentan con recursos) de poco servirá tener incluso penas draconianas. Pero, si esto no es suficiente, la represión penal debe pasar también por un control y adecuación a los principios. Aquella aplicación teniendo en cuenta, según sea, la dignidad, la seguridad o la legalidad. Si partimos de una construcción dogmática, sería mucho más útil tener en cuenta estas situaciones para que en el momento de enfrentar los casos, la resolución sea menos difícil.

69 MIR PUIG, *Derecho penal*. PG, 10ª ed., Barcelona, 2015, 9/10.

Hasta aquí he presentado algunos elementos que conforman el contorno de los delitos contra la Administración pública. En el siguiente apartado desarrollaré dos elementos principales en la configuración de esta clase de delitos: el bien jurídico, el sujeto activo y la propuesta de clasificación de las conductas contra la Administración pública. Veámoslo.

3.3. Anotaciones sobre elementos esenciales

3.3.1. Bien jurídico

A. *Introducción*

Una de las primeras cuestiones que se abordan en los manuales de parte especial es la determinación de aquella realidad que debe ser tutelada a través del Derecho penal. A partir de aquí hay respuestas para todos los gustos y en todas las presentaciones. Hay quienes son mucho más genéricos, dan por asumidas determinadas posiciones –con las que se puede discrepar–. Otros, por el contrario, se introducen en la discusión «obligada» que diferencia entre aquellos que entienden que se protegen objetos materiales o expectativas normativas. Lo curioso, ya sea uno u otro, es que llegan, por lo general, a la misma salida: se trata de proteger «el buen funcionamiento de la Administración»⁷⁰.

Después de analizar y cuestionar –por distintos motivos⁷¹– aquel esquema de estructuras difusas, la primera impresión puede ser de conformidad. Es más, parece que tiene sentido porque se trata, a fin de cuentas, de proteger las «concretas cualidades que caracterizan el buen

70 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 5ª ed., Lima, 2018, p. 6; DONNA, *Derecho penal*, PE, T. III, Buenos Aires, 2001, p. 16; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000, p. 19.

71 REÁTEGUI SÁNCHEZ, en el Prólogo del libro REÁTEGUI LOZANO, *Corrupción de funcionarios*, Lima, 2018, p. 5.

ejercicio de la actividad administrativa». No obstante, este punto de encuentro no impide que un sector de la doctrina realice ciertas precisiones. Así, por ejemplo, que no se protege a una Administración, entendida como una organización concreta —ni siquiera entra en consideración su «prestigio»—, sino como un instrumento al servicio de los ciudadanos⁷². Justamente por eso, es posible sancionar las conductas no sólo de los funcionarios y servidores públicos, sino también de los particulares.

Podría señalarse, válidamente, que la actuación de los particulares no tendría que impedir que la Administración pública brinde un servicio adecuado a los ciudadanos. Pues, si contamos con un buen funcionario, éste se mantendrá en el desarrollo de sus actividades sin contar los factores externos que se presenten. Sin embargo, no cabe duda de que los sobornos practicados por los particulares son un peligro real que podría llevar a poner en juego el «buen desempeño de la Administración pública».

Si bien sobre esta cuestión ya me he pronunciado antes⁷³, considero que vale la pena hacer una aclaración. Si nos movemos en el plano normativo, pensamos que es preferible hacer referencia a los deberes (positivos y negativos) que están detrás, por ser más exactos o, graficar mejor que la mera referencia al buen funcionamiento de la Adminis-

72 ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la Administración pública», en Silva Sánchez (dir.)/Ragués i Vallès (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4.ª ed., Barcelona, 2015, p. 358. En nuestro país, ARISMENDIZ AMAYA, *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, Lima, 2018, p. 51, hace referencia a dos dimensiones: la expectativa social de que los órganos de gobierno están comprometidos a brindar un normal funcionamiento de las diversas instituciones estatales. Y la expectativa social vinculada a los deberes especiales que le corresponde a cada sujeto cualificado.

73 Cfr. VILCHEZ CHINCHAYAN, «El caso “Odebrecht” y sus repercusiones en nuestra forma de entender los delitos contra la administración pública», en *Actualidad penal*, núm. 46, 2018, pp. 85 y ss.

tración. Interesa, dicho de otro modo, que se sancione porque los sujetos no han cumplido con aquello que le era exigible en función del rol que desempeñaban.

B. *La vinculación del ciudadano*

Pero, agrego, la sanción penal no responde a un mero incumplimiento, sino que tiene cabida si con ella se logra *reafirmar un determinado sector básico* (por ejemplo, ejercer las funciones propias de una autoridad o funcionario público) o *desalentar cierta clase de conductas que conviene reprimir*⁷⁴ (por ejemplo, resistir o desobedecer la orden de una funcionario o servidor público que actúa en legítimo ejercicio de su cargo). Así, la respuesta jurídico-penal se impone por lo que esa conducta ya *representa* o, mejor, *cuestiona* en el contexto en concreto⁷⁵.

74 Curiosamente ya BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Tomo 1, 4ª ed., 1922, § 54, sostenía que «[l]a prohibición de un grupo de acciones inútiles queda justificada si una pequeña parte de las mismas llega a consecuencias perjudiciales...».

75 Esta situación encaja dentro de un modelo de delito que denomino de *desvinculación*. Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Lima, 2018, pp. 251 y ss. Por desvinculación entiendo al juicio de constatación de incumplimiento de «*las condiciones positivas de actuación auto-responsable de las personas*» (sobre esto, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales», *PyD*, núm. 56, 2007, p. 46 (r.a.)). Así, es posible sancionar aquellas conductas que generan desequilibrio, expresado, entre otras formas, a través del *incumplimiento de un precepto que establece requisitos formales*. Cabe precisar que esto no representa, pese a la primera impresión que puede obtenerse, una sanción penal por mera desobediencia. Pues lo que está detrás de la fórmula de la desvinculación es *no sólo un respeto intersubjetivo* —al que se hace referencia a través de los deberes negativos—, *sino también el mantenimiento de un mundo en común* —en donde entran a tallar los deberes positivos— y con ello, podríamos decir, la defensa de aquello que está socialmente consolidado, dicho de otro modo, las instituciones. Por éstas, tomando como referencia el concepto que presenta JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2ª ed., 1993, § 29/ 57, n.p. 114, se entiende «en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación, duradera y jurídicamente reconocida, de una

La reacción del Estado por la comisión de una conducta contra la Administración pública penalmente relevante encuentra su legitimidad debido al desequilibrio que genera en la sociedad⁷⁶. Cabe precisar aún más que no se está hablando de un «daño simbólico». La manifestación contraria a lo institucionalizado no puede quedar sin sanción penal⁷⁷, puesto que impide el establecimiento mínimo de puntos de apoyo que contribuyen a la existencia de una concreta sociedad. Ésta no sólo depende de la estandarización de conductas, sino también de la *salvaguarda de intereses socialmente valorados*.

Frente a lo anterior, podría criticarse que bajo esta propuesta se estaría abriendo el camino para facilitar la intervención penal frente a cualquier actuación estatal y con ello asegurar su injerencia en determinados ámbitos. Sin embargo, sería una crítica infundada. Una de las claves en la concepción del Derecho penal defendida es que éste requiere *una adaptación para proteger espacios e intereses socialmente valorados*⁷⁸. Pero

sociedad que está sustraída a la disposición del sujeto individual que contribuye, más bien, a constituirlo». Así pues, se trata de formas ordenadoras de decisiones de las relaciones humanas que estabilizan la vida social porque contienen expectativas de comportamiento. Formas entendidas, de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, «Instituciones y Derecho», *InDret Penal* 4/2014, p. 1, como «espacios de “confianza especial”, [...] [que] permanece pese a las violaciones que haya sufrido en su estructura, en la medida en que no desaparezca la representación incluso ficticia de la existencia del orden determinado que corporeiza».

- 76 No se trata, en otras palabras, de una ejecución por mera desobediencia. Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Fráncfort d. M., 1989, p. 234.
- 77 La conducta sí que es relevantemente perturbadora. Por esto no podría relegarse al Derecho administrativo. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 3ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 138.
- 78 Este punto de mi posición coincide –con algunas precisiones– con la opinión que mantiene KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, p. 296, en el sentido de que se trata de proteger la seguridad.

esta no debe ser formal, como sucede cuando el legislador crea un «nuevo bien jurídico». Prefiero buscar el fundamento material. De esta forma se excluye al máximo la posibilidad de una intervención estatal sin sentido, pues se protegen penalmente sólo aquellas *instituciones* cuya desprotección penal daría lugar a reacciones disfuncionales⁷⁹. Esto a la vez, lleva consigo a que el Derecho penal no se encargue de las demandas sociales más coyunturales⁸⁰. En consecuencia, la pretensión por contar con un mecanismo no sólo para preservar, sino para desarrollar un panorama en común que permita que las personas puedan desenvolverse normalmente es lo que me lleva a mirar al cumplimiento de *deberes positivos* y a encontrar en ellos el fundamento de la intervención penal.

En este estado de cosas, debo hacer dos precisiones. En primer lugar, que las conductas contra la Administración pública encuentran al bien jurídico-penal protegido en el cuestionamiento y no contribución al mantenimiento de aquella «identidad normativa de la sociedad»⁸¹, en aquella vinculación con el Estado⁸². Esto, en mi opinión, es más exacto y concreto frente a la mera referencia al «buen funcionamiento de la administración»⁸³, a la que podría dársele —al ser un criterio

79 El problema como bien apunta SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 3ª ed., 2011, p. 126, es qué es aquello que forma parte del núcleo de identidad normativa y la indeterminación de los elementos que han de concurrir en una conducta.

80 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 3ª ed., 2011, p. 121.

81 En este punto, me remito a GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, 2ª ed., 2007, p. 37, quien entiende que esta identidad normativa «define qué aspectos sociales deben mantenerse incluso aunque sean negados fácticamente en las relaciones sociales».

82 Por eso es que el sujeto pasivo en estos delitos es el Estado.

83 Al revisar doctrinalmente el desarrollo de los delitos de este tipo se considera que lo protegido es «el principio de autoridad» o, en el mejor de los casos, el buen funcionamiento de los servicios de la Administración Pública necesarios para la sociedad (Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. Parte especial*,

formal— cualquier contenido. En segundo lugar, de este modo se da protección penal a aquellos deberes y expectativas normativas que se hallan más proclives a ser cuestionados⁸⁴.

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

3.3.2. El funcionario público

Además de las cuestiones referidas al bien jurídico, el otro gran elemento suele ser el del sujeto activo, concretamente, el funcionario o

2ª ed., T.V, Lima, 2014, pp. 115-116.), y en otras latitudes, se ha llegado a afirmar que se trata del *orden público*, entendido como aquel contexto en el que es posible el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas, así como el correcto funcionamiento de las instituciones públicas en beneficio de una sociedad. Cfr., con algunas variantes, LLOBET ANGLÍ, «Delitos contra el orden público», en Silva Sánchez (dir.)/Ragués i Vallès (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Barcelona, 2015, p. 416; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., Valencia, 2015, p. 719; VERA SÁNCHEZ, «De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia», en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO1/2015 y LO2/2015*, Valencia, 2015, p. 1695. Sin pretensión de generar más polémica, pienso que es conveniente señalar que ese *orden público*, implica al fin y al cabo unos *deberes de vinculación* entre el Estado en concreto y la sociedad.

84 En este sentido, pero con matices, KARGL, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena» (trad., Ragués i Vallès), en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.)/Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, p. 58.

servidor público. Sobre este punto cabe señalar que hay una distinción básica en el contenido de la figura en cuestión según se aborde desde el Derecho penal o el Derecho administrativo. El concepto administrativo de funcionario público se fundamenta en el ingreso a la carrera administrativa, mientras que, en el Derecho penal, lo relevante para definirlo son las competencias públicas⁸⁵. Por eso, se puede afirmar que el entendimiento del concepto penal es mucho más amplio que el administrativo⁸⁶.

Si se ensaya su definición, atendiendo al desarrollo doctrinal, se tiene que *funcionario público* es aquella persona que tiene determinadas competencias para actuar en nombre del Estado y con un fin público⁸⁷, gracias a un nombramiento o a una elección popular⁸⁸. Por esto, sólo el funcionario público tiene capacidades decisorias y resolutivas⁸⁹.

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

Pese a que en la redacción de los tipos penales se haga mención además del funcionario público al *servidor público* y se establezca doc-

85 Esto no impide, como señala DONNA, *Derecho penal*, PE, T. III, p. 27, que se prevea, por ejemplo, que el sujeto esté adscrito a la administración pública y tenga una relación de profesionalidad (que ocupe un sueldo y ocupe un lugar en la administración).

86 Cfr. también, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 5ª ed., 2018, p. 9.

87 Así también lo define la CNUCC en el art.2.a.

88 Agrega SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 5ª ed., 2018, p. 11, que no es necesario que el funcionario público asuma el cargo o que jure previamente.

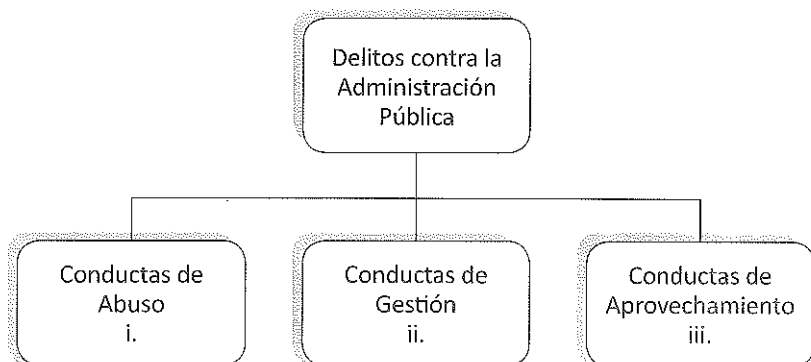
89 Algo que conecta muy bien con la idea de «autoridad». Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., T. V, Lima, 2014, p. 51.

trinalmente una definición⁹⁰, para el Derecho penal peruano ambos términos se pueden utilizar indistintamente⁹¹. Ese es el uso que incluso le han dado nuestros tribunales⁹².

3.3.3. Propuesta de (re)clasificación

Hasta ahora la exposición se ha desarrollado dentro de la discusión habitual. En lo que sigue, propongo un modelo tripartito de los delitos contra la administración pública. Debido al limitado espacio de este trabajo, sentaré aquí algunas notas esenciales y características, dejando para un artículo posterior la continuación.

Básicamente, atendiendo a las características de los tipos penales contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos propongo tener en cuenta el siguiente esquema:

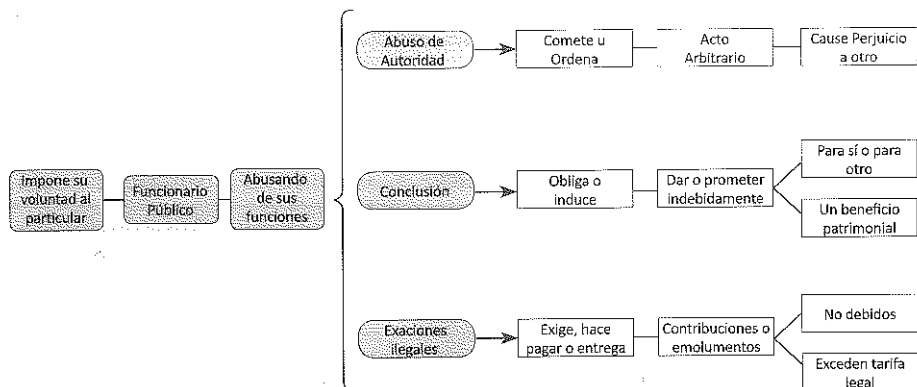


90 Como aquel que presta su actividad para la realización de los fines de interés público recibiendo a cambio ciertos derechos exigibles. *Cfr.*, con mayores referencias, PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., T.V, 2014, p. 51.

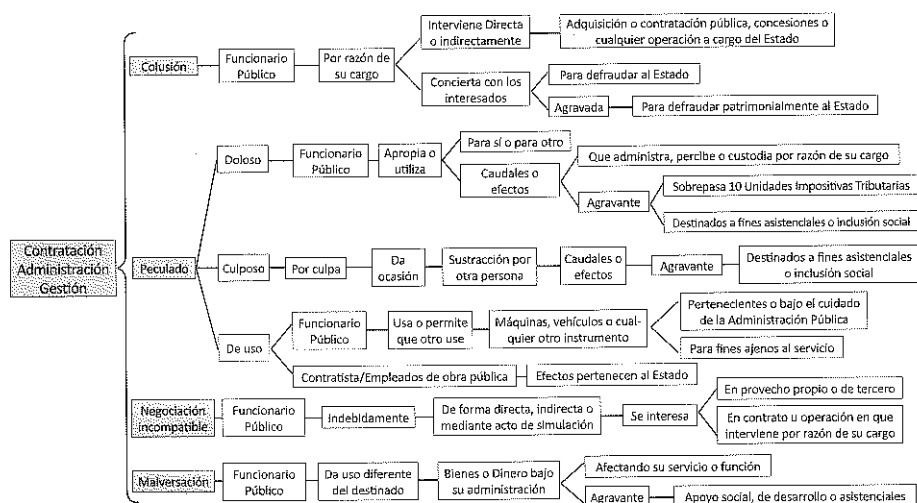
91 *Cfr.* DONNA, «El concepto dogmático de funcionario público en el código penal», en Jaén Vallejo (dir.)/Reyna Alfaro (coord.), *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Lima, 2003, pp. 1096-1098.

92 Específicamente, puede observarse la Cas. N° 634-2015-Lima o la Rev. N° 503-2017-Callao.

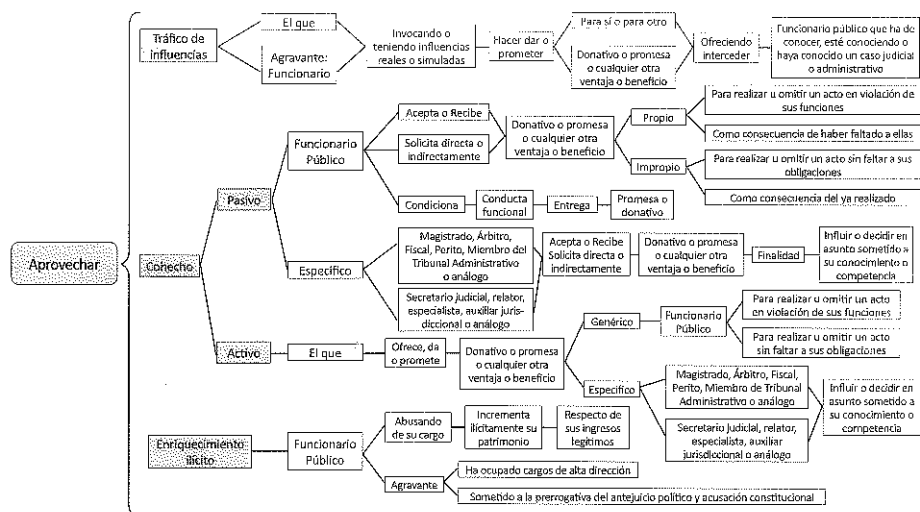
- i. En las conductas típicas cometidas por funcionarios públicos se puede observar que hay tipos en los que la característica común es que aquel *intimida a los particulares e impone su voluntad*.



- ii. También que en aquellos delitos en los que el funcionario público interviene en razón de su cargo, en el control de operaciones y la administración de determinados bienes y servicios; sacando provecho de todo esto.



- iii. Finalmente, se puede distinguir un grupo donde el funcionario público saca provecho de su situación sin necesidad de violentar o abusar (según los sentidos antes expuestos), por el solo hecho de ser funcionario público.



De acuerdo con lo que se ha presentado, puedo señalar que hay tres grandes grupos de tipos dentro de los delitos contra la Administración pública:

a. *Los delitos de abuso* (i.) en los que el funcionario público usando la intimidación o amenaza, violencia y engaño genera temor en el particular e impone su voluntad sobre este. Esto puede advertirse, por ejemplo, en los delitos de concusión, abuso de autoridad y exacciones ilegales.

Podríamos decir que todos los delitos contra la Administración pública llevan consigo un abuso por parte del funcionario público, pertenezcan o no a la sección I, del Capítulo II, Título XVIII del Libro II de nuestro código penal. Por eso, pensamos que no es adecuado mantener un sentido amplio o no concretar la esencia de este grupo de casos. Y esto

porque el denominador común en los tres delitos que analizamos no es precisamente que el funcionario público (solo) actúe sobrepasando las funciones que tiene («abusando de sus atribuciones»)⁹³, sino más bien que aquí el funcionario público ha impuesto su voluntad. Si bien podría alegarse que también en otros tipos penales contra la Administración pública la configuración supone que prevalezca la voluntad del funcionario público (por ejemplo, en los delitos de peculado o cohecho pasivo propio), cabe anotar, por un lado, que aquí el agente (mal) *utiliza* el poder público —que le ha conferido competencias generales— que tiene (ordenando o cometiendo un acto, por ejemplo) y, por otro, que afecta la voluntad del sujeto pasivo a través de la violencia, amenaza, e incluso del engaño⁹⁴.

Así pues, no se trata de que el agente negocie o convenza al particular, sino que genere un tipo de impacto sobre él haciendo uso de su posición pública, en algunos casos (como el delito de abuso de autoridad); y en otros, además vicie el consentimiento de los sujetos pasivos (como en los delitos de concusión y cobro indebido) generando una afectación (de lesión, de peligro o de desvinculación) que puede concretarse en un acto arbitrario que causa perjuicio (personal o patri-

93 De hecho, es común, en nuestra propuesta, para los tres grupos de delitos que el funcionario público abuse de su posición y con ello genere una afectación. Sobre este término, *cfr.* VILCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, pp. 200-207.

94 Véase, por ejemplo, cómo en opinión de nuestro Supremo Tribunal, concretamente en la Cas. N° 977-2016-Cusco, fundamento jurídico 2, se afirma expresamente que [respecto a una modalidad del delito de cobro indebido] «importa la utilización de medios fraudulentos, mentidos, engañosos, que captan la voluntad del sujeto pasivo».

monial) para el particular y que, en principio, genera algún beneficio (mayormente económico) para el sujeto agente.

La validación de lo que acabamos de decir la encontramos en cada una de las características descritas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia respecto a los tres delitos en cuestión. Así, por ejemplo, en el *delito de abuso de autoridad* (art. 376 CP), concretamente refiriéndose al «acto arbitrario», se afirma que lo es porque el funcionario actúa fuera de lo que la ley permite o no actúa cuando la ley le obliga, o realiza lo que la ley prohíbe⁹⁵. En el *delito de concusión* (art. 382 CP), el agente no le oculta a la víctima que le está exigiendo arbitrariamente algo indebido⁹⁶. Lo importante aquí es que exista lo que se conoce como *metus publicae potestatis* o el temor a la autoridad debido a lo que de manera irregular puede hacer el sujeto activo con sus funciones reales en contra del sujeto pasivo. Se parte, entonces, de una «determinada relación legal entre el funcionario público y el particular», que es lo que permite que el agente pueda ejercer la presión coactiva sobre el particular.

Tiene que darse un abuso *dentro de las propias funciones que le corresponde al sujeto activo*. Lo que interesa, en consecuencia, es que exista constreñimiento para que el particular prometa o dé aquello que no debe, previa intervención, obligando o induciendo, del funcionario para que dé o prometa. En consecuencia, la conducta del funcionario no será indebida si induce al particular a pagar, por ejemplo, sus impuestos o que siga un procedimiento para el trámite de obtención de una licencia (de conducir).

95 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 5ª ed., 2019, p. 257.

96 Cfr., por ejemplo, R.N. N° 304-2010-Lima, del 14 de abril de 2011, fundamento jurídico 3.

En el *delito de cobro indebido* (art. 383 CP), a diferencia de los delitos anteriores, aquí encontramos una situación particular: el funcionario o servidor público sí está facultado a cobrarle al particular. Y es que aquí partimos de la idea de que los ciudadanos necesitan tramitar permisos, pagar tasas o servicios que están dentro de la competencia de la Administración. Aunque se sancione a la autoridad o funcionario público que intenta aprovecharse de su cargo para defraudar ese encargo voluntariamente asumido y obtener un beneficio privado, *con este precepto no se pretende evitar el enriquecimiento injusto de los autores*, sino más bien de *evitar el abuso que los funcionarios pueden realizar de su posición* al exigir un pago de cantidades que no se hayan establecido a través de un procedimiento legal. Al igual como se ve en el delito de abuso de autoridad, aquí se hace referencia al abuso de cargo: con esto se quiere decir que no es necesario que lo que se exige se realice en pleno ejercicio de sus atribuciones, es suficiente que haga valer su cargo.

b. *Los delitos de gestión* (ii.) en los que el funcionario público que interviene en razón de su cargo en los contratos, operaciones o en la administración de los bienes, pervierte su conducta obteniendo un provecho ilegal del mismo. Los ejemplos de estos casos se encuentran en los delitos de negociación incompatible, colusión, peculado y malversación.

En este grupo podemos observar que los funcionarios públicos tienen sobre sí unas competencias específicas, en tanto deben administrar o intervenir en la contratación u otras operaciones del Estado. Así, pues se concibe un espacio en donde ellos y solo ellos tienen que responder por incumplir esos deberes especiales específicos. La particularidad se encuentra en que los funcionarios públicos se aprovechan de un espacio en donde se podría entender existe una apariencia

de legalidad (ellos pueden intervenir, pueden disponer de los bienes) y cuyo incumplimiento de tareas no se ve de manera inmediata.

En este escenario se hace necesario entonces atender a cuáles son sus tareas asignadas. De ahí que puede ser pertinente preguntarse por la estructura del MOF y ROF y su relación con el principio de legalidad. Así, también, diferenciar este incumplimiento con relevancia penal del administrativo. Finalmente, el escenario en cuestión nos da cabida para preguntarnos con detalle por las consecuencias jurídicas que se deben aplicar a los funcionarios públicos, en tanto ellos han defraudado un papel específico que se les había asignado. Parece, en consecuencia, que preguntarse por la aplicación de multas o incluso inhabilitaciones podría ser un camino más interesante que la propia privación de libertad.

c. *Los delitos de oportunidad* (iii.) en los que el funcionario público utiliza su posición para obtener un provecho sin necesidad de imponerse por medio de la fuerza o amenaza. Es más, muchas veces cuenta con el apoyo de particulares que le «solicitan negociar», o puede sacar ventaja de formar parte de la administración por el solo hecho de estar ahí. Todos estos elementos se pueden encontrar en los delitos de tráfico de influencias, algunos delitos de cohecho y el enriquecimiento ilícito.

Este grupo tiene en común con el primero, que aquí también se hace referencia solo a unas competencias especiales genéricas. Así pues, no se requiere que el funcionario público esté específicamente designado para encargarse de participar en una actividad concreta o que se le asigne una administración, por ejemplo, de bienes. Aquí cualquier funcionario público puede ser el sujeto activo. La cualidad, más bien, que debe llevarnos a preguntar por su funcionamiento es ese acuerdo o conexión que tiene con los particulares. Esto porque podría ser una

buena línea para reconocer una consecuencia jurídica distinta para el *extraneus* que interviene en esta clase de delitos.

IV. CONCLUSIONES

Si bien dejo para un trabajo posterior el desarrollo de este planteamiento, puedo afirmar aquí que la presentación de esta sub-clasificación puede servir para (a) unificar conceptos y facilitar así la interpretación de los tipos penales. No es desconocido, por ejemplo, la falta de unidad en la interpretación —aunque no se discuta la definición— sobre los verbos «obligar», «exigir», «inducir» que aparecen en los delitos de concusión y de cobro indebido; o tampoco, la peculiar forma de aplicar la teoría de la unidad del título de imputación, supuestamente vigente en nuestro sistema: aceptando que es la regla (por ejemplo, en el delito de colusión), aceptando que hay excepciones (por ejemplo, en los delitos de cohecho), y aceptando, incluso, que hay «territorios libres» (por ejemplo, en el delito de enriquecimiento ilícito).

Por otro lado, la sub-clasificación también puede ser de utilidad (b) para reparar mejor en los contextos en los que se desarrollan las conductas típicas, y con ello revisar la redacción de los tipos penales o presentar propuestas de *lege ferenda*. Así, es necesario distinguir aquellas conductas que, aunque se encuentran tipificadas como delitos, parecen más bien sanciones administrativas (por ejemplo, el delito de malversación o el cohecho pasivo impropio). O, también pueden mencionarse, por ejemplo, los amplios espacios que quedan dentro de la contratación pública que originan problemas (no sólo de prueba) para definir la conducta penalmente relevante (por ejemplo, en el delito de negociación incompatible). Adicionalmente, sirven para advertir con mayor cuidado que dentro de los delitos contra la Administración pública se ha establecido un sub-sistema en el que se puede hallar no solo delitos que responden al paradigma clásico de resultado de lesión (por ejemplo, el delito de abuso de autoridad o el de colusión agravada), sino también delitos de peligro (como, por ejemplo, el delito de

negociación incompatible, la colusión simple, el cohecho) e incluso formas que representan, si cabe, la anticipación de la anticipación (por ejemplo, el delito de tráfico de influencias).

Finalmente, también puede ayudar para (c) establecer ciertos parámetros útiles en el momento de determinar las consecuencias jurídicas. Si se establece que los delitos que denomino de gestión (p.e. la negociación incompatible) son más graves que los de abuso (p.e. la concusión), entonces las penas de los primeros deberían ser *cuantitativamente* más severas. Pero no solo se establecería esta distinción, sino que como propusiera el Prof. Silva Sánchez⁹⁷, podría atenderse también a enfocar la atención en una pena distinta a la de cárcel, contemplando, precisamente, a la clase de delitos que están en juego. Así, podría considerarse que para los funcionarios públicos que cometen los delitos denominados de oportunidad y gestión, sería una alternativa a analizar que se les sancione, principalmente, con multas e inhabilitaciones. Adicionalmente se podría considerar que, para el caso de los delitos de abuso, el papel del particular afectado se revalorice y se le considere antes que, a la Administración pública, de este modo, por ejemplo, en los supuestos de abuso de autoridad, concusión o de cobro indebido el particular sea considerado como el sujeto pasivo y pueda exigir el pago de la reparación civil por los daños ocasionados.

97 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 3ª ed., 2011, p. 165.

REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO DISCIPLINARIO

Alejandro Ignacio Chinguel Rivera
Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

El tema que se plantea en el presente artículo no es uno novedoso. Incluso podría afirmarse que no hay nada más por decir sobre la tan arcaica discusión entre las relaciones del Derecho Penal con el Derecho Administrativo Sancionador. No estamos de acuerdo; basta observar los criterios doctrinales y jurisprudenciales (nacionales como extranjeros) para darse cuenta que no hay claridad sobre el tema. Una de las principales razones por las que, en nuestra opinión, sucede esto es debido a la falta diálogo entre penalistas y administrativistas. Si las palabras importan, es imprescindible que el significado de los términos utilizados para explicar las relaciones entre ambos sea conocido en su verdadera dimensión. Lamentablemente esto no se da y, en consecuencia, es muy común que se entablen discusiones infructuosas en la búsqueda de soluciones.

Lo que se busca aquí es dar ideas que ayuden a solucionar el problema de la confluencia de ambos ordenamientos. Por tanto, no se tratará de un artículo descriptivo de posturas, sino de uno donde se expondrá nuestro punto de vista sobre diversos temas que surgen de la confluencia mencionada.

II. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL, DERECHO PENAL ECONÓMICO Y LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Cuando hablamos del *fundamento* del Derecho Penal la cuestión determinante siempre será cuál es la *función* de la pena, pues, por un lado, es su principal consecuencia jurídica y, por otro, porque de su definición dependerá el fundamento que se le asigne al *ius puniendi*¹.

En nuestra opinión, lo sustancial de la *función* de la pena es el restablecimiento del Derecho lesionado por el delito². Se busca proteger la vigencia del sentido comunicativo de validez de la norma y las expectativas de confianza que esta crea en los ciudadanos (negación a la contradicción), teniendo en cuenta, además, el contenido afflictivo que se produce en el delincuente, el cual será el apoyo cognitivo al mantenimiento de dicha vigencia³. Por tanto, tenemos dos planos en los

1 Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Ideas solución editorial, Lima, 2019, p. 75.

2 Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona 2018, p. 122.

3 Esta reformulación de la teoría de la pena fue planteada por el mismo JAKOBS y, a nuestro entender, tiene como base tres ideas: “el reto de integrar el “dolor” de modo pleno en su teoría de la pena”, “el reconocimiento de que el Derecho, para ser real requiere facticidad” y la integración entre la lógica de la vigencia de las expectativas normativas con la del apoyo cognitivo. Es decir, ya no se basa sólo en el ser normativo en un plano de comunicación ideal (lo que JAKOBS llama *persona* en sentido estricto) sino, además, en el ser sensible en el plano empírico (lo que JAKOBS llama *individuo*). Por tanto, la función de la prevención general positiva de la pena (aquella que, según este autor, confirma la orientación correcta de la norma, a pesar de la conducta delictiva que intenta negar su correcta vigencia) deberá abarcar, además, la prevención general negativa (entendida como miedo o intimidación hacia el sujeto destinatario de la norma); pues, sin ella, la primera no podría funcionar. Vid. SILVA SÁNCHEZ, “Del Derecho abstracto al Derecho “real” [en línea] *InDret – Revista para el análisis del Derecho*. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona 2006, pp. 3-4. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/122214/169334> [Consulta: 02 de julio de 2014];

que se mueve la pena: el simbólico-comunicativo y el fáctico (“el dolor penal”)⁴. De esta forma se puede concluir que el Derecho Penal asegura las expectativas normativas esenciales de la sociedad, entendiendo, de manera general, los bienes jurídico-penales como la vigencia de la norma defraudada por el delincuente; asegurando, por tanto, la plena realización de la persona humana⁵. Esto marca una clara distancia de entender el bien jurídico-penal como objetos materiales y hace necesaria la adopción de un nuevo concepto del principio de lesividad⁶.

Ahora bien, por todos es conocido el desarrollo de nuevos contextos de protección penal que, poco a poco, se volvieron más genéricos

JAKOBS, *La pena como reparación del daño, en Dogmática y criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Bogotá, 2005, pp. 346-351. Para mayor detalle consultar: JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijo Sánchez)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006. Vale la pena aclarar que lo que JAKOBS llama prevención general positiva, en realidad, hace referencia a la teoría funcional retributiva basada en la función de reestabilización de la pena. La razón de ello es porque el contenido de la primera teoría no se corresponde con su denominación. Tal es así que H. LESCH afirma que “no se trata aquí de fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata por el contrario de una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad (...) función, a saber, el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad”. Vid. H. LECH, *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 50.

4 Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Malum...*, cit., p. 115.

5 Es importante mencionar que coincidimos con el planteamiento de GARCÍA CAVERO pues, a diferencia de JAKOBS, acoge un concepto de persona que no está basado en los consensos sociales ni en cómo esté constituida la sociedad actual. Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal...*, cit., p. 95-99; JAKOBS, *Dogmática del Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson-Civitas, Madrid 2004, pp. 51-54.

6 En ese sentido, el principio de lesividad también debe reformularse y ser entendido como lesión al contenido de validez que tiene la norma. Vid. FEIJO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, p. 49.

y abstractos⁷. Esto trajo como consecuencia que la estructura y el contenido material de los delitos fuera modificándose⁸. De esta manera, nació un Derecho penal de velocidad distinta al tradicional, donde los criterios de imputación y las garantías jurídico-penales se flexibilizaron (sobre todo en las formas diferenciadas de funcionamiento). Este Derecho penal de segunda velocidad ha sido llamado por SILVA SÁNCHEZ como Derecho penal económico⁹.

A pesar de las características puntuales del Derecho penal económico, no tenemos dudas en afirmar que este comparte la misma función social mencionada precedentemente para el Derecho penal “tradicional”. Es decir, la del restablecimiento de la vigencia de las expectativas sociales derivadas de la identidad normativa de la sociedad *en la economía*¹⁰. Por tanto, se protegen expectativas derivadas específicamente del modelo económico: el libre mercado o función social del Estado¹¹. En consecuencia, las conclusiones a las que hemos llegado al hablar del Derecho penal “tradicional” las hacemos extensivas a este derecho penal de segunda velocidad, con la única diferencia de la flexibilización en los criterios de imputación y en ciertas garantías jurídico-penales muy propias de este último.

Asimismo, como resultado de la relación del Derecho penal económico con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sis-

7 Como bien dice GARCÍA CAVERO, esto se debe a la mayor consciencia que tiene la sociedad de la información en los riesgos derivados de su complejidad organizativa. Surge así la necesidad de que el Derecho Penal adapte sus categorías dogmáticas a las nuevas características de la realidad social. *Vid.* GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal...*, cit. pp. 125-126.

8 *Vid.* GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico: Parte General*, Jurista editores, Lima, 2007, pp. 112-113; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Montevideo, 2006, pp. 132.

9 *Vid.* GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico...*, cit. pp. 106-107; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit., pp. 178-183.

10 *Vid.* GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico...*, cit. p. 109.

11 *Vid. Ibidem*, pp. 47-50.

técnicas se produjo la anticipación de la barrera de protección penal para ciertos tipos de delitos, lo que propició la transición del modelo de delito de lesión de bienes individuales a delito de peligro para bienes supraindividuales¹². Así, los delitos de peligro (abstracto) se volvieron una tipificación muy extendida en este derecho de segunda velocidad.

Se ha puesto en duda si este tipo de delitos es compatible con el concepto del bien jurídico-penal arriba expuesto y, por ende, con la nueva forma de entender el principio de lesividad. En nuestra consideración, la respuesta es afirmativa, pues este tipo de delitos también requiere una defraudación social por parte del delincuente para que se fundamente la intervención penal.

De manera general se puede afirmar que los delitos de peligro abstracto¹³ sancionan comportamientos peligrosos en general, sin requerir la efectiva puesta en peligro o lesión de un objeto valorado positivamente¹⁴. En estos delitos el *peligro* se refiere a la creación, *posible* y con la *seguridad consciente* de su no evitación, de *condiciones inseguras* para la disposición racional de un bien por parte de las demás personas¹⁵. De tal manera que las personas no pueden disfrutar de manera segura de un determinado bien. Por eso mismo, “el desvalor de este tipo de delito se encuentra en la afectación a las condiciones de disposición segura de un bien jurídico”¹⁶.

12 Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. pp. 132-134.

13 Una interesante propuesta para reinterpretar los delitos de peligro sobre los modelos explicativos de anticipación y vinculación lo encontramos en Vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada: Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, Palestra editores, Lima, 2018.

14 Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico...*, cit. p. 116.

15 Vid. KINDHÄUSER, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Ara editores, Lima, 2008, pp. 51-57.

16 Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal...*, cit. pp. 127-128.

Un ejemplo: cuando una persona conduce en estado de ebriedad ya genera una infracción del rol del ciudadano de no lesionar a otro en el tráfico rodado, aunque no se haya creado ningún peligro de daño inminente en el caso concreto. Pues lo que se analiza es *si se hubiera dado la aparición de otro bien* (otro carro en sentido contrario o un peatón pasando por el cruce peatonal) *se puede concluir*, por una cuestión estrictamente lógica y en base al conocimiento del mundo que tiene el agente, *que la consecuencia debería ser una afectación sustancial a los bienes*. Así, si otra persona se hubiera desplazado con un vehículo estando el sujeto en estado de ebriedad, la consecuencia lógica es que se habría dado un menoscabo que no se hubiera podido evitar intencionalmente¹⁷. De esta forma cobra pleno sentido la definición de peligro que establece KINDHÄUSER, pues una persona no podría desplazarse tranquilamente con un vehículo cuando es incierto si otros conductores están embriagados. No sería seguro, por tanto, disponer racionalmente de su bien.

En conclusión, puede afirmarse que a pesar de la evolución que ha sufrido el Derecho penal tradicional, situación que trajo como consecuencia el nacimiento del Derecho penal económico y la extensión de la tipificación de las conductas a través de los delitos de peligro abstracto

17 Sobre el concepto de delitos de peligro abstracto y su diferencia con las infracciones administrativas *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en AA.VV., *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005, pp. 330-342. Esta posición ha sido dotada de mayor contenido por GARCÍA CAVERO, quien utiliza la diferencia entre “la probabilidad de sucesos de carácter estadístico y la probabilidad de proposiciones de carácter epistemológico. Mientras la primera determina matemáticamente las posibilidades de que un suceso ocurra en determinadas circunstancias, la segunda se mide en función del conocimiento del mundo que hace que una proposición (p1) contenga lógicamente a otra (p2). Si bien se necesita de información empírica para determinar si p1 se ha dado en la realidad, el paso a p2 será una cuestión estrictamente lógica. Sobre la base de esta última probabilidad se sustenta el delito de peligro abstracto”. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico: Parte especial...*, cit. p. 1047.

to, su función social sigue siendo la misma: asegurar las expectativas normativas esenciales de la sociedad. Así, mientras el bien jurídico-penal ha de entenderse como la vigencia de la norma, el principio de lesividad se fundamentará en esa defraudación de expectativas normativas esenciales de la sociedad.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO DISCIPLINARIO

Cuando hablamos de Derecho Administrativo Sancionador en primer lugar nos referimos al Derecho Administrativo. Lo primero que hay que decir es que a diferencia del Derecho Penal el Derecho Administrativo no se define por la *función* que realiza, sino mas bien en base al concepto de Administración Pública y, por tanto, a la confluencia de un *elemento subjetivo* con uno *jurídico-formal*¹⁸.

Así, podemos definir a la Administración Pública como la organización con poder público que actúa con potestades administrativas, las cuales se caracterizan por estar sometidas a la ley y al control judicial pues gozan de una presunción *iuris tantum* de legalidad¹⁹. De esta manera podemos definir al Derecho Administrativo como el Derecho que regula la actuación de la Administración Pública en ejercicio de sus potestades administrativas.

Aunque parezca una obviedad repetirlo, el Derecho Administrativo Sancionador es Derecho Administrativo, por tanto, la sanción administrativa es un acto administrativo. Es decir, una declaración de voluntad de la Administración Pública productora de efectos en ejer-

18 Vid. ABRUÑA PUYOL, *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Palestra editores, Lima, 2010, p. 67. Básicamente se afirma que la finalidad pública (la búsqueda del *interés general*) no es una característica que sólo se pueda predicar de la función administrativa sino de cualquier poder público. Por eso, entre otras razones, no sirve como un elemento conceptualizador.

19 Vid. ABRUÑA PUYOL, *Delimitación...*, cit. p. 114.

cicio de su potestad administrativa²⁰, por consiguiente, sometida a una revisión de su legalidad.

La Administración pública realiza una serie de actividades, una de las principales es la *ordenar y garantizar la libertad y propiedad* de las personas (los administrados). Una de las formas de llevar a cabo esta actividad es a través de la imposición de límites a la actividad privada en circunstancias concretas de actuación para asegurar el orden público o el orden al bien común (por ejemplo: la ordenación del tráfico, edificaciones, etc.), lo que se conoce por la doctrina como actividad *constrictiva*. En concreto, límites que se imponen a los administrados para asegurar el bien común, por tanto, en su mayoría de veces, bajo amenaza de sanción. A esta concreta forma de darse la actividad *constrictiva* se le conoce normalmente bajo el nombre de actividad de *policía*²¹. Este último ámbito descrito es al que se le suele atribuir, siempre de manera general, el término *regulación*²². Es decir, la concreta actividad a través de la cual la Administración establece obligaciones de carácter general y verifica su cumplimiento. Para asegurar cumplimiento de las obligaciones impuestas cobra especial relevancia la capacidad de la Administración para poder imponer sanciones.

Por esta razón es que en la doctrina administrativa se discutió si la potestad *sancionadora* de la Administración formaba parte de la

20 Vid. BACA ONETO/ABRUÑA PUYOL, *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección octava, el acto administrativo*, (Pro manuscrito), Universidad de Piura, Piura, 2010, p. 2.

21 Vid. BACA ONETO/ABRUÑA PUYOL, *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo novena, la actividad administrativa (I), la policía administrativa*, (Pro manuscrito), Universidad de Piura, Piura, 2010, pp. 3-4.

22 Como bien dice LAGUNA, en los últimos años se ha extendido un nuevo concepto de regulación que aglutina a la totalidad de la intervención del Estado, especialmente en materia económica. Se trata, sin duda alguna, de un concepto amplio de regulación. Este término amplio es al que hacemos referencia aquí. Vid. LAGUNA DE PAZ, *Derecho Administrativo Económico*, Civitas, Madrid, 2016, p. 32.

actividad de *policía*, al tratarse ambos de dos caras de una misma moneda. Sobre esto consideramos que, de manera general, no hay mayor problema en estudiar la potestad *sancionadora* dentro de la potestad de *policía*, en la medida que puede entenderse que las sanciones administrativas son actos administrativos *constrictivos*, pues imponen límites a los administrados para salvaguardar la legalidad y el bien común, asegurando o garantizando así el cumplimiento de otras formas de actividad que realiza la Administración (autorizaciones administrativas para ejercer una determinada actividad en un determinado sector económico, por ejemplo)²³.

Sin embargo, no es posible afirmar que cada vez que se reconoce potestades de *policía* esto lleve a reconocer implícitamente la potestad *sancionadora*. Para que se pueda ejercer tal potestad es necesario que sea atribuida por una norma con rango de ley, pues de esta forma se le atribuye la protección de un determinado bien jurídico. Por ello se concluye que la potestad *sancionadora* no es esencial a la Administración Pública²⁴; por tanto, su atribución más que por una cuestión ontológica se trata de una razón práctica: hacer efectivo el ejercicio de potestades de *policía* cuando así lo establezca la ley para proteger un determinado bien jurídico.

Si esto es así, la finalidad perseguida por la actividad de *policía*, más en concreto por la *regulación*, fundamentada sobre todo en términos *preventivos*²⁵, no puede equipararse sin más con la finalidad de la *sanción administrativa*²⁶. Pues, si así fuera, en el afán de cumplir dicha

23 Vid. BACA ONETO/ABRUÑA PUYOL, *Notas al curso de Derecho Administrativo*, lección décimo novena..., cit. pp. 18-19.

24 Vid. BACA ONETO, *Apuntes sobre Derecho Administrativo Sancionador*, (Pro manuscrito), Universidad de Piura, Piura 2018, pp. 7-8.

25 Sobre la definición de *regulación* y su papel Vid. LAGUNA DE PAZ, *Derecho Administrativo...*, cit. pp. 31-37.

26 De otra opinión COLLADO, quien parece identificar la finalidad de la sanción administrativa a la de la regulación sin más. Vid. COLLADO, "Inaplicabilidad

finalidad y lograr una mayor eficacia *preventiva* podría terminarse por instrumentalizar al autor de la infracción y, de esta manera, sacrificar su libertad individual en *pos* de disciplinar a otros destinatarios de la norma²⁷. La *prevención* podría plantearse en el ámbito de *tipificación* de conductas como infracciones administrativas (creando la amenaza de sanción estímulos externos negativos en el administrado para motivar el cumplimiento de obligaciones legales y así evitar la perturbación del buen funcionamiento de un sector administrativamente regulado)²⁸, pero no como principal *finalidad* de la sanción administrativa.

Aunque la potestad sancionadora no es esencial a la Administración Pública, porque podría no tenerla sino se le confía la protección de un bien jurídico a través de una norma con rango de ley, no podemos negar que cuando se le encarga esta tutela *existe una especial vinculación entre la potestad sancionadora con los objetivos de política sectorial encomendados a través de dicha protección*²⁹. De esta manera, la sanción

por inconstitucionalidad del artículo 29 del Decreto Ley (D.L.) N° 3.538, que crea la Superintendencia de valores y seguros. Igualdad ante la Ley. Principio de proporcionalidad”, en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, Vol. XLIV, N° 1, 2017, p. 74.

27 *Mutatis mutandis* esta es la misma crítica que se le ha aplicado a la función de *motivación o intimidación* de la pena que fundamenta el modelo preventivo para legitimar la intervención del Derecho Penal. Críticas que, con algunos matices, han sido asumidas por, entre los más resaltantes, JAKOBS, SILVA SÁNCHEZ y GARCÍA CAVERO. Vid. JAKOBS, *Derecho Penal: Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 19, 26, 28 y 31-32. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 348; 387; 397-399; 446-447 y 472. Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico...*, cit., p. 28.

28 Así lo deja en claro NIETO cuando afirma que el “objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto”. Vid. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 34.

29 Vid. LAGUNA DE PAZ, *Derecho Administrativo...*, cit. p. 366.

administrativa será un medio para, a través del fin aflictivo que causa, lograr que se cumpla con la finalidad que la norma pretende siendo un anejo de la potestad que actúa de matriz, la de *policía*.

Esto quiere decir que el Derecho Administrativo Sancionador no se encarga, por lo menos *a priori*, de tutelar expectativas esenciales de la sociedad, como un reproche o negación al mensaje que producen conductas intolerables en la sociedad. Si no, más bien, de buscar que ese concreto ámbito en el que se desarrolla la actividad privada (*sectores administrativamente regulados*) funcione correctamente, pues sólo de esa manera se conseguirá el orden al bien común. Recordemos que la Administración Pública interviene en la vida de los administrados, a través de la imposición de límites y sanciones (en algunos casos), no para recortar derechos sin más, sino para modular sus derechos reconocidos de manera que su ejercicio no devenga en abusivo para terceros. Si esto se logra evidentemente se generará un beneficio para toda la sociedad.

Hasta aquí podemos decir que la sanción administrativa no tiene como finalidad principal la *prevención* ni que se encarga de tutelar las expectativas esenciales de la sociedad. A nuestro modo de ver la sanción administrativa también tiene como función sustancial el restablecimiento de un derecho lesionado. De modo que también en la sanción administrativa, al igual que en la pena, encontramos un plano simbólico-comunicativo y uno fáctico o empírico. La sanción administrativa al imponerse también tiene un efecto comunicativo de negar el mensaje comunicativo del infractor. No obstante, esta negación comunicativa no se realiza a expectativas esenciales que la sociedad tiene hacia hechos intolerables, sino más bien a expectativas que la misma tiene respecto al correcto funcionamiento de un determinado sector administrativamente regulado. Que el correcto funcionamiento de este sector logre el orden al bien común o un beneficio social, es muy distinto a afirmar que se tratan de expectativas esenciales de la sociedad.

Por ejemplo: cuando se impone una multa de tránsito por pasarse un semáforo en rojo, la multa impuesta lo que busca es negar el mensaje del delincuente de que “está bien pasarse una luz en rojo” pues, aunque no hubiera ningún riesgo mínimo de peligro (más *estadístico* que otra cosa³⁰), existiría una gran afectación al tráfico rodado, y por tanto al bienestar de las personas que circulan en este ámbito social, si “todos realizaran esa conducta”. La sanción, buscará negar el mensaje del infractor para así tutelar el interés concreto tutelado por ella (además del interés general, que en ocasiones y por motivos de oportunidad, le llevarán a no inspeccionar ciertas actividades o no iniciar un determinado procedimiento sancionador).

En conclusión, puede afirmarse hasta aquí que el Derecho Administrativo Sancionador busca, a través de la imposición de una sanción administrativa, restablecer las expectativas normativas que tiene la sociedad respecto al correcto funcionamiento de un determinado sector administrativamente regulado³¹. Ni tiene en la *prevención* su finalidad

30 Sobre el uso del término *estadístico* como propio de las infracciones administrativas podemos ver a GARCÍA CAVERO y BACA ONETO. Así, mientras que el primero diferencia la probabilidad de sucesos de carácter estadístico (en el que se basa la infracción administrativa) de la probabilidad de proposiciones de carácter epistemológico (probabilidad en el que sustenta el delito de peligro abstracto); el segundo la utiliza para encontrar una diferencia entre lo penal y administrativo. Pues estas infracciones (estadísticas, de mera desobediencia o acumulativos) son consideradas inadmisibles en el Derecho Penal por ser sanciones *ex inuria tertii*, las cuales encontrarían su ámbito natural en el Derecho Administrativo Sancionador donde no existe mayor objeción para su castigo. *Vid.* GARCÍA CAVERO, “El principio del *non bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa”, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo, el penalista de dos mundos*, IDEMSA, Lima, 2013, pp. 175-176. *Vid.* BACA ONETO, “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2, 2010, pp. 8-10.

31 Del mismo parecer GARCÍA CAVERO cuando sostiene que “las normas administrativas aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un

principal ni se encarga de *tutelar expectativas normativas esenciales* que tiene la sociedad. En términos coloquiales, aunque con gran trascendencia al momento de analizar la concurrencia de un delito con una infracción administrativa, no se encarga de tutelar las conductas más graves que afectan a la sociedad³².

Hasta aquí venimos comentando sobre las sanciones administrativas que parten del estatuto general del ciudadano, uno de orden general. Sin embargo, también existen sanciones que repercuten sobre los derechos propios de una especial relación, una de sujeción especial³³. Por esta razón la doctrina subdivide la potestad sancionadora administrativa en dos: la de *orden general* y la de *orden especial o disciplinaria*. Así, mientras que la primera se ejerce respecto de los administrados en general, destinatarios del ordenamiento jurídico-administrativo; la segunda se ejerce respecto de sujetos especialmente vinculados con la Administración, que de algún modo se integran en su organización³⁴. Mientras la primera es conocida como el Derecho Administrativo Sancionador, el segundo como el Derecho Administrativo Disciplinario. Sin embargo, es preciso recordar que este último forma parte de la potestad administrativa sancionadora, por tanto, también comparte con ella una igualdad sustancial. La legitimidad de este orden sancionador especial tampoco ha sido puesta en duda en la medida que sirve a que

sector del tráfico social” o, en otras palabras, buscan mantener el “funcionamiento de aspectos que simplemente dan un orden al sistema económico global o de cuestiones accesorias al sistema”. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico...*, cit. pp. 69 y 124.

32 Sobre la importancia de centrarnos en la *gravedad* de la conducta como criterio de distinción entre infracciones administrativas y delitos de peligro abstracto. Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico: Parte especial...*, cit. pp. 1046-1048. Vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación...*, cit. pp. 304-308.

33 Vid. REBOLLO PUIG, “El contenido de las sanciones”, en *Justicia Administrativa*, N.º. Extra1 (Ejemplar dedicado a: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador), 2001, p. 9.

34 Vid. BACA ONETO, “¿Responsabilidad...”, cit. pp. 3-24.

la propia *organización* logre sus finalidades, es una sanción en un ámbito de autoprotección³⁵.

Debido a que se trata de un orden especial, es claro que la sanción disciplinaria, aunque sustancialmente es una especialidad del Derecho Administrativo Sancionador, por tanto, no autónoma, tiene un fundamento propio o, en otras palabras, la sanción disciplinaria tiene una *finalidad* distinta a la sanción administrativa de orden general. Al igual que el Derecho Administrativo Sancionador tiene una intrínseca relación con la potestad de *policía*, puede afirmarse que el Derecho Disciplinario la tiene con la teoría de la organización administrativa y el régimen del empleo público. Respecto de la primera, se reconoce la estrecha relación entre la potestad disciplinaria reconocida y la necesidad de organizaciones administrativas eficaces y que garanticen una alta calidad de los servicios por ella prestados. En cuanto a la segunda, el contacto con el régimen del empleo público, pues la potestad disciplinaria mayoritariamente se activa en el marco de una relación laboral pública³⁶.

Por esta razón es que se afirma que la potestad disciplinaria nace de la necesidad de tener mecanismos de autoprotección para las organizaciones administrativas. Es decir, lo que justifica su ejercicio es “*la necesidad que tiene toda institución de poder auto-organizarse para lograr la satisfacción de necesidad colectivas*”³⁷, aunque siempre a través de una habilitación legal expresa. En otras palabras, las sanciones disciplinarias encontrarían fundamento en la potestad organizativa de la Administración y en los valores constitucionales de eficacia y eficiencia.

Por lo mismo, en nuestro país, los tipos infractores disciplinarios están basados, “*en el incumplimiento de deberes e incompatibilida-*

35 Vid. BACA ONETO, “La potestad disciplinaria y el control por el tribunal constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura”, en *RUDEP*, N° 8, 2007, p. 258.

36 Vid. IVÁN RINCÓN, *La potestad disciplinaria en el Derecho Administrativo*, Editores Información Jurídica, Lima, 2018, pp. 69-73.

37 *Ibidem*, p. 70.

des únicamente exigibles a los empleados públicos o “empleados del sector público” vinculados mediante cualquier sistema de relación de personal subordinado —principalmente con entidades administrativas y, de manera secundaria y sólo para la responsabilidad administrativa funcional— con cualquier tipo de empresas públicas existentes en nuestro ordenamiento”³⁸. Por tanto, estos sistemas disciplinarios salvaguardan la eficacia de deberes propios de este grupo de personas en relación de especial sujeción.

En conclusión, de manera general, podríamos afirmar que la sanción administrativa disciplinaria también busca restablecer la expectativa normativa que tiene la sociedad de que la Administración Pública pueda auto organizarse correctamente, a través de la exigencia de una serie de deberes a los empleados públicos, de tal manera que pueda satisfacer de mejor manera las necesidades públicas. Tal vez aquí tendría sentido la tan usada expresión del “*buen funcionamiento de la Administración Pública*”. La pregunta es si el Derecho Penal, en concreto en la regulación de los delitos contra la Administración Pública, también tiene la misma finalidad. Sobre esto volveremos más adelante.

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, EL DERECHO PENAL Y EL PRINCIPIO DE *NE BIS IN ÍDEM*

A lo largo de la historia, fundamentalmente a partir del siglo XX, se ha discutido la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Esta discusión ha pasado por diferentes etapas, desde la década de los setenta en la que se cuestionaba la capacidad de sancionar de la Administración Pública, hasta ya entrados los años noventa, cuando parece quedar claro que lo importante no es que la Administración sancione, sino que lo haga con las debidas garantías³⁹.

38 *Ibidem*, p. 17. Afirmación realizada por VIGNOLO CUEVA, en el prólogo del libro.

39 *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, en *REDA*, N° 10, 1976, pp. 399-430. *Vid.* PARADA VÁZQUEZ, “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, en *RAP*,

A partir de esta idea es que surgieron los planteamientos teóricos de distinción entre una y otra rama, siendo una de las más importantes la distinción entre teoría *cuantitativa* y la *cualitativa* o, siguiendo otra clasificación, entre las teorías *unitarias* y las *diferenciadoras*⁴⁰. Más allá de las discusiones teóricas, lo que se buscaba con estos planteamientos era determinar si, lo que la doctrina llama, los principios del *ius puniendi* del Estado le son aplicables por igual al Derecho Penal y al Derecho Administrativo Sancionador, al ser, ambas, parte del *ius puniendi* estatal.

A su vez, estas teorías han variado de alcances según qué posición se adopte en base a la *función* del Derecho Penal (pues esto repercute, a su vez, en la definición jurídico penal del *bien jurídico*: objeto material, expectativa normativa, ámbitos de desarrollo personal, etc.) y el concepto que se adopte de *Administración Pública*, del acto administrativo y de la actividad administrativa en general (pues implica tener claro que lo que define a la Administración Pública no es solamente el elemento subjetivo sino también el jurídico-formal, y estos dos se complementan: no es, por tanto, suficiente partir de una vinculación al Derecho Administrativo o de la función material de un acto para definir tal como uno administrativo).

Este trabajo no tiene por finalidad discutir las diversas posiciones que se han presentado tanto en la doctrina penal como en la administrativa, sino más bien, asumiendo una de las posiciones en uno u otro campo, sentar algunos criterios que nos puedan ayudar a solucionar los problemas de concurrencia.

Nº 67, 1972, pp. 41-94. Vid. BACA ONETO, “¿Responsabilidad...”, *cit.*, p. 6. Para mayor detalle *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, *Principios...*, *cit.* pp. 379-380. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”, en *RAP*, Nº 195, 2014, pp. 144-145. Vid. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, *cit.* p. 89.

40 Vid. GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, *Derecho administrativo sancionador. Parte...*, *cit.* pp. 92-115.

Hasta aquí hemos afirmado que la pena y la infracción administrativa tienen una *finalidad* distinta. Cuando uno se pregunta para qué se impone una pena, es decir *en un plano político-criminal*, debe buscarse en ella siempre aquella condición (individual o colectiva, existente o por consolidar) que resulta esencial para la realización de las personas en sociedad⁴¹. La misma pregunta respecto de la sanción administrativa nos lleva más bien a un estado de cosas correcto y eficiente respecto a un determinado sector social regulado administrativamente, cuyo correcto funcionamiento trae beneficios al bien común. De igual forma, con la sanción disciplinaria nos llevará a una mejor auto organización del personal subordinado a la Administración para el aseguramiento de las necesidades públicas.

Esto que queda tan claro en un *plano político criminal*⁴², no parece estarlo tanto en uno operativo o de *realidad material*.

Por todos es sabido que en la actualidad vivimos un fenómeno denominado la *paradoja de la emancipación*⁴³. En donde, basado en un *individualismo*, la persona busca la independencia de diversos aspectos connaturales a ella (su *naturaleza* humana principalmente). Esa búsqueda ha traído como consecuencia una exigencia de su cumplimiento al Estado. De esta forma se ha comenzado a regular en base a ella. Sin embargo, se ha hecho sin darse cuenta que su cumplimiento, a su vez, ha traído como consecuencia una degradación social progresiva en diversos temas fundamentales tales como la educación, familia,

41 Vid. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal...*, cit., p. 132.

42 Sobre la diferencia de planos o niveles analíticos del concepto de bien jurídico puede consultarse. Vid. *Ibidem*. pp. 131-133.

43 Sobre este fenómeno Vid. SILVA SÁNCHEZ, "La paradoja de emancipación" [en línea] *Academia*. Chile. 2018. Recuperado de https://www.academia.edu/36611436/La_paradoja_de_la_emancipaci%C3%B3n_lecci%C3%B3n_inaugural.pdf [Consulta: 20 de abril 2018]. Aunque SILVA lo desarrolla propiamente respecto al Derecho Penal, considero que es trasladable a todo el ámbito de imposición de sanciones que tiene el Estado.

protección y no discriminación, entre otros. Ante tal degradación y en un afán desesperado por solucionarla, se ha recurrido sin mayores remordimientos al Derecho Penal como la *panacea*. Así se produce la siguiente *paradoja*: el Estado al cumplir los caprichos del *egoísmo individualista*, no sólo descuida aspectos fundamentales de la sociedad, sino que fomenta la mayoría de ellos. Problemas que luego intenta solucionar en base a sanciones, en mi opinión, no sólo penales. Esto ha llevado a un incremento exponencial por parte del Estado no sólo del Derecho Penal sino del Derecho Administrativo Sancionador. Es posible encontrar ya aquí una manifestación del principio de *prohibición de infraprotección* que señala SILVA⁴⁴.

Con el fenómeno descrito, el legislador encargado de la *política criminal* se encuentra presionado por la propia sociedad para sancionar. Por todos es conocido que las dos formas de sancionar que tiene el Estado son a través del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, de ahí que normalmente se diga que ambos son expresiones del *ius puniendi* estatal. No hay mayor discusión en que ciertas conductas sean siempre castigables por la vía penal. Sin embargo existen otro tipo de conductas cuya antijuridicidad general se debe a una decisión sobre todo estratégica o de oportunidad por parte del legislador, las llamadas *malum quia prohibitum*. Para determinar cuándo es que este tipo de conductas debe ser objeto de sanción penal o no, debe realizarse un juicio autónomo sobre el *merecimiento* de pena y sobre la *necesidad* de pena. Una correcta aplicación de estos dos juicios debería llevar a analizar en primer lugar si la conducta *merece* pena y, en segundo lugar, si, en base al entendimiento garantista del principio de subsidiariedad o *última ratio*, es *necesaria* la pena. El problema es que, ante los *nuevos modelos de Estado*, las legislaciones penales no siguen el método descrito, prescindiendo del análisis del *merecimiento* de

44 Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, BdeF Editorial, Montevideo, 2016, p. 69.

pena y centrándose en un análisis deforme de la *necesidad* de pena. Así, si como consecuencia de la prohibición de *infra protección* el Estado utiliza mecanismos administrativos existentes (entre ellas las sanciones administrativas) y estos no reprimen satisfactoriamente las conductas lesivas, entonces recién se considera que hay *necesidad* de pena e interviene el Derecho Penal. Se aprecia así una visión pobre del principio de subsidiariedad o *última ratio*, donde se prescinde de todo criterio de *merecimiento* de pena⁴⁵. El Derecho Penal pasa a ser un bombero para el legislador cuando no funciona el Derecho Administrativo Sancionador. Un Derecho Penal sin autonomía decisoria a fin de cuentas.

Podemos ya observar que los *fundamentos* de cada uno de estos instrumentos punitivos arriba expuestos, si bien *normativamente* nos parecen correctos y, por tanto, lo deseable sería que el legislador se guíe de ellos al momento de establecer qué conductas es delito y cuál infracción administrativa (o disciplinaria), son de difícil cumplimiento, salvo en aquellas conductas que ningún sector doctrinal cuestiona su calificación como delito (homicidio, robo, estafa, etc.).

En este contexto, nos parece normal que exista concurrencia de delitos con infracciones administrativas de orden general y de orden especial. Por esta razón, el legislador ha dejado el principio de *ne bis in idem* como una válvula de escape para evitar la sobrerreacción sancionadora, pues proscribía la doble valoración (tanto de la sanción como del procesamiento) cuando se presenta una identidad de *hecho, sujeto y fundamento*.

En la actualidad, sea el ordenamiento que fuese, no es difícil encontrar un hecho que esté tipificado al mismo tiempo como un delito y una infracción administrativa. Es en estos casos donde el elemento *fundamento* adquiere una especial importancia, pues la experiencia demuestra que hasta ahora ni la doctrina ni la jurisprudencia han encontrado un criterio adecuado para solucionar en la práctica tal

45 Vid. *Ibidem*, pp. 68-78.

conurrencia. Esto, nos parece, se debe a la ambigüedad con que ha sido tratado el término (bien jurídico, contenido de injusto, finalidad, función, etc.) e interpretado (según si se asumía una teoría unitaria o diferenciadora; teorías que han variado de alcances según qué posición se adopte de la *función* del derecho penal y la definición de *bien jurídico*, así como del concepto que se adopte de Administración Pública, acto administrativo y actividad administrativa).

En el Perú este problema se ve reflejado tanto en el ámbito de relaciones de sujeción general, normalmente en ámbitos del Derecho Penal Económico (pues éste al tener como *función* la protección de expectativas normativas de conducta derivadas específicamente del modelo de economía, guarda mucha relación con los sectores administrativamente regulados), como en las de sujeción especial, sobre todo en los ámbitos de los delitos contra la Administración Pública (pues en estos, el funcionario comete el delito en ejercicio de su función, por lo tanto, suele afectar al *correcto funcionamiento de la Administración* por lo que, en la mayoría de los casos, dicha conducta se encuentra sujeta también a una sanción disciplinaria).

En las relaciones de sujeción general basta revisar regulaciones específicas, como la ambiental y la tributaria, para poder encontrar infracciones administrativas con un supuesto de hecho muy similar al establecido en los delitos ambientales o tributarios, sin que haya ningún criterio material para aplicar una u otra, o incluso ambas. Es más, son las propias regulaciones administrativas, incluida la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), las que suelen establecer la independencia y la aplicación de la sanción administrativa sin perjuicio de la sanción penal. Lo que aparentemente demostraría que para nuestro ordenamiento jurídico existe una diferencia de *fundamento* entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, esto parece no ser del todo cierto cuando uno revisa la misma LPAG en la cual se encuentran dentro del apartado del Derecho Administrativo Sancionador todos los principios clásicos del

Derecho Penal o, en palabras de otros autores, los principios generales del *ius puniendi* estatal⁴⁶. Lo que denota un concepto unitario entre ambas ramas del Derecho.

Esta indefinición también la podemos ver en el plano procesal en donde tampoco encontramos en estas regulaciones un criterio claro de suspensión de la actividad administrativa cuando existan indicios razonables de la comisión de un delito. Ante estas situaciones, lo único que queda es acudir al Código Procesal Penal el cual al ser una norma con rango de ley vincula de manera positiva a la Administración. En este podemos encontrar claramente un criterio de prevalencia penal sobre la administrativa lo cual trae como consecuencia el deber de suspensión mencionado⁴⁷. Sin embargo, en el Perú y en casi todos los ordenamientos jurídicos, este deber es una quimera pues normalmente no sólo no suspende, sino que sanciona. Como consecuencia del incumplimiento de ese deber es que nace en España la famosa tesis del descuento desarrollada por el Tribunal Constitucional en la STCE 2/2003 de 16 de enero. Adopción que podría ser discutible si se adopta un criterio material de la vertiente procesal del *ne bis in idem*.

En las relaciones de sujeción especial la cuestión no parece cambiar, con la diferencia que en estos casos el Tribunal Constitucional Peruano parece tener claro que entre el Derecho Administrativo Sancionador (Disciplinario) y entre el Derecho Penal existe una diferencia de *fundamento*. Así lo ha expresado, por ejemplo, en la STC de 19 de marzo de 2007 (Exp. N° 02292-2006-PHC/TC) y la del 13 de septiembre de 2010 (Exp. N° 00361-2010-PA/TC). Sin embargo, es di-

46 Vid. BACA ONETO, *Apuntes...*, cit. p. 9.

47 Sobre el fundamento *preventivo* de la prevalencia de la vía penal (y, con ello, el deber de suspensión que tiene la Administración Pública) para garantizar la no imposición de doble sanción y procesamiento puede verse *vid.* ALCÁCEER GUIRAO, "El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional", en *Justicia Administrativa*, N° 61, 2013, pp. 39-45.

fácil entender el criterio del Tribunal Constitucional en la medida que nunca definen qué es el *fundamento* ni en qué se basaría la distinción sostenida⁴⁸. Parece que el criterio adoptado es el que sostenía la doctrina de antaño a la cual le quedaba claro que el Derecho Disciplinario tenía una diferencia sustancial con el Derecho Penal. Postura que tiene una contradicción insalvable teniendo en cuenta que este Derecho Disciplinario forma parte del Derecho Administrativo Sancionador del cual, esta misma doctrina, sostiene una igualdad sustancial.

El fenómeno problemático señalado también se da en España y en la Unión Europea. Basta revisar el reciente pleno del Tribunal Constitucional N° 6104-2017 donde se utilizó un criterio de interpretación restrictiva del *fundamento* para negar una doble valoración entre el delito de conducción sin licencia y la infracción que sanciona el mismo supuesto de hecho. Asimismo, en materia del Derecho Europeo basta analizar la normativa del Consejo de Europa y la de la Unión Europea, pero sobretudo la interpretación que de la misma han hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: en concreto en la STEDH de 15 de noviembre de 2016, A. y B. c. Noruega, la STEDH de 18 de mayo de 2017, Jóhannesson y otros c. Islandia y la STJUE de 20 de marzo de 2018, Menci, as. C-524/16.

Llegados a este punto no parece quedarnos otra salida que preguntarnos qué concepto de *fundamento* debemos asumir.

Como ya lo hemos adelantado, en nuestra opinión el *fundamento* hace referencia a la finalidad o función político-criminal que debería cumplir un instrumento punitivo, sea Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador. El Derecho Penal sólo podrá entrar aquí si la forma de la conducta sancionada penalmente resulta incompatible con la preservación de esas condiciones esenciales de las personas. Por su parte, es aquí donde es posible establecer una diferencia

48 Vid. BACA ONETO, *Apuntes...*, cit., pp. 19-23.

con el Derecho Disciplinario, en cuanto a que en los Delitos contra la Administración Pública se da una situación de *desvinculación* debido a que el agente hace una manifestación en contra de aquello que está consolidado o forma parte del núcleo de una sociedad en concreto. Ese *incumplimiento de deberes* por parte del agente, en este caso, es uno *positivo especial* debido al estatus especial que proporciona su vinculación al Estado⁴⁹. Por el contrario, el Derecho disciplinario, como ya lo vimos, no fundamentará la sanción en esta especial *desvinculación* a una institución especial, sino en cuestiones basadas en la eficiencia de la auto organización respecto del personal subordinado a la Administración.

Sin embargo, dado que el análisis del *ne bis in idem* no se da en este plano político-criminal, consideramos que no es posible utilizar este término de *fundamento*, basado en una interpretación *restrictiva* del término, para tratar de solucionar los problemas de concurrencia de delitos e infracciones administrativas (o disciplinarias). Por otro lado, porque si asumiéramos tal definición tendríamos que asumir, consecuentemente, que la pena y la sanción administrativa podrían imponerse siempre juntas debido a que siempre habría distinto *fundamento*, por tanto, nunca habría *idem*. Sin embargo, esta conclusión sería apresurada en tanto vaciaría de todo contenido al principio, el cual justamente nació para evitar la sobre reacción sancionadora.

Por esta razón es que nos parece correcta aquella postura que pide interpretar, al momento de analizar el *ne bis in idem*, el término *fundamento* de una manera *amplia* y no *restrictiva*. Es decir, *que no se exija identidad plena entre las sanciones y las penas, sino la de constatar su identidad mínima basada en el carácter afflictivo de ambas*. Esto es lo importante, pues realza el hecho que quien está detrás de una sanción,

49 Vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación...*, cit. p. 313. Vid. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Notas al curso de Derecho Penal III*, (Pro manuscrito), Universidad de Piura, Piura, 2018, pp. 27-29.

cualquiera sea su fundamento normativo, es una persona. Por tanto, no debe menoscabarse su dignidad sancionándolo más allá de lo merecido⁵⁰.

Lo señalado no es otra cosa que analizar el fundamento del *ne bis in ídem* no en el plano *simbólico-comunicativo* (*normativo*) que tienen las sanciones, pues ellas buscarán siempre comunicar algo distinto, sino en el plano *accidental* (*empírico*). Donde encontramos el mal impuesto y, en algunos casos, el sufrimiento de quien padece la sanción⁵¹.

Encuentra especial sentido aquí lo señalado por GARCÍA CAVERO quien sostiene que, para que la prohibición de *bis in ídem* sea plenamente aplicable será necesario redefinir este tercer elemento y entenderlo como *identidad de efectos*. Señala este autor que la base empírica de la pena desarrolla el estímulo negativo que procura la regulación administrativa y, por lo tanto, hace innecesaria la imposición adicional de la sanción administrativa⁵².

Nos parece, por tanto, que debería reforzarse la prevalencia del orden penal y, en consecuencia, la suspensión de la Administración Pública del procedimiento administrativo sancionador cuando identifique la posible comisión de un delito, derivadas del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

De esta forma, si se cumplen tales reglas formales, debería imponerse la sanción penal en primer lugar, salvo ciertas excepciones⁵³. Im-

50 Vid. BENLLOCH PETIT, "El principio de non bis in ídem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario", en *Revista del Poder Judicial*, N° 51, 1998, p. 311. Vid. BACA ONETO, "La potestad disciplinaria...", *cit.*, p. 265.

51 Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Malum...*, *cit.* p. 115.

52 Vid. GARCÍA CAVERO, "El principio...", *cit.* p. 184.

53 En opinión de GARCÍA CAVERO, esta regla de la prevalencia tiene una excepción, la cual se presenta "cuando el injusto penal es tan limitado que lo más razonable es dejar que sea el Derecho administrativo sancionador el que se ocupe de la infracción de incidencia penal y administrativa. Esto sucede, concretamente, cuando tiene lugar una tentativa de un delito ambiental configurado como un

puesta esta sanción penal, deberá realizarse un *juicio de necesidad* para analizar si es precisa la exigencia de la sanción administrativa, por no haber aquélla (la penal) satisfecho empíricamente sus requerimientos.

Ahora bien, recordemos que la potestad sancionadora administrativa se divide en dos en función a la vinculación que la Administración Pública tiene con los administrados: la potestad sancionadora de orden general y la especial o disciplinaria. Por tanto, será preciso analizar si este *juicio de necesidad*, para ver si hay o no *identidad de efectos* entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, se da de la misma manera en ambos tipos de potestades.

1. Respecto a las sanciones a los administrados en una relación de sujeción general, compartimos el punto de vista de GARCÍA CAVERO, para quien, en estos casos, “la pena despliega, por lo general, los efectos empíricos que satisfacen las exigencias de la sanción administrativa aplicable”⁵⁴.

delito de peligro concreto. No hay duda que el adelantamiento que significa la criminalización de un peligro concreto hace que sea sumamente discutible en términos político criminales el castigo de una tentativa, siendo que mucho más ajustado al desvalor de una realización imperfecta sea la imposición de las sanciones administrativas correspondientes”. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico: Parte Especial...*, cit., p. 1049.

- 54 Un ejemplo muy gráfico lo podemos ver en el caso de la conducción bajo el estado de ebriedad. Dicha conducta se encuentra tipificada como delito en el artículo 274 del Código Penal y como infracción administrativa en el M8 del Reglamento Nacional de Tránsito. En este caso, en el que al parecer el *objeto material* tutelado por ambos es prácticamente en mismo, será necesario realizar un *juicio de necesidad* para ver si la sanción penal cubre o satisface empíricamente los requerimientos de la sanción administrativa aplicable. Así, si el juez determinara que la sanción penal a imponer en este caso fuera la prestación de servicio comunitario de 50 jornadas y una inhabilitación basada en una suspensión de la licencia de conducir por un año; creemos que, además de restablecerse las expectativas normativas defraudadas, se cumpliría empíricamente con los efectos que conllevaría imponer una sanción administrativa consistente en una multa y en la suspensión de la licencia de conducir. Por tanto, en este caso, la sanción penal será suficiente para, además

2. En cuanto a las sanciones disciplinarias, por mucho tiempo se sostuvo que la sola alegación de una relación de sujeción especial era suficiente para aplicar, además de la sanción penal, la sanción disciplinaria pues, se entendía, que el principio de *ne bis in idem* no abarcaba estas relaciones.

Posteriormente, el criterio se modificó entendiendo que este principio también era aplicable a estas relaciones; sin embargo, se afirmó que entre la potestad penal y la disciplinaria podía haber dualidad de sanciones siempre que el interés jurídico sea distinto y la sanción proporcionada. Por tanto, era posible la doble de sanción⁵⁵.

Finalmente, el análisis se centró en determinar si la sanción penal suponía o no la infracción de deberes funcionariales; distinguiéndose así, para efectos de aplicar o no la doble sanción, los delitos cometidos en el ejercicio de la función de los que no⁵⁶. Sin embargo, en opinión de la doctrina, esta solución también resulta insatisfactoria.⁵⁷

Así las cosas, creemos que el camino correcto será el mismo planteado para las relaciones de sujeción general esbozado líneas arriba. Es decir, analizar si la sanción penal abarca empíricamente los

de cumplir su *función*, mantener el correcto funcionamiento global del sector del tráfico rodado (incluyendo la seguridad vial).

55 Para mayor detalle del principio de *ne bis in idem* entre la potestad disciplinaria y la penal *Vid.* BACA ONETO, “La potestad...”, *cit.* pp. 264-269.

56 *Vid.* GARCÍA CAVERO, “El principio...”, *cit.*, p. 183.

57 Explica MARINA JALVO al comentar la STS de 30 de mayo de 2000 expedida por el Tribunal Supremo Español, rara vez tendrá aplicación efectiva el principio de *ne bis in idem* entre los funcionarios de policía (tanto si el delito es cometido en ejercicio de la función como si no) pues, en estos caso, el interés legítimo de la Administración Pública (la irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía) justificará la imposición de la sanción disciplinaria. *Vid.* MARINA JALVO, “La problemática...”, *cit.* pp. 190-191.

efectos de la sanción disciplinaria y, de esa manera, si es necesaria o no su aplicación conjunta. En estos casos, sostiene GARCÍA CAVERO, “la sanción penal y la disciplinaria no sólo carecen de identidad de fundamento, sino que, por lo general, los efectos que despliega la pena no alcanzarán a los fines de las sanciones por la violación a los deberes de sujeción especial”⁵⁸. ¿Por qué esto será así? Pues, en estos casos, cabe recordar que hasta la inhabilitación penal es temporal, por tanto, salvo que la sanción disciplinaria imponga una consecuencia distinta a la destitución (multa, suspensión o amonestación), no podrá decirse que la sanción penal cubre empíricamente los efectos procurados por la disciplinaria⁵⁹.

58 GARCÍA CAVERO, “El principio...”, *cit.* p. 185.

59 *Vid. Ibidem.*

Para graficar esto último pondremos como ejemplo el R.N. N° 2659-2011-Arequipa de 22 de noviembre de 2012 resuelto por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. A grandes rasgos, el caso se trató de una directora de un colegio nacional que se apropió irregularmente de los ingresos directamente recaudados por su institución y los distribuyó entre el personal directivo (incluida ella) y diecisiete trabajadores administrativos del plantel; a pesar que, dichos fondos, debían ser invertidos al costo de la actividad que generó sus ingresos. Así, en un primer momento, la Dirección Regional de Educación le sancionó administrativamente con separación temporal en el servicio magisterial por el lapso de dos meses sin goce de remuneraciones, por negligencia en el desempeño de sus funciones al haber distribuido irregularmente los recursos directamente recaudados por la institución educativa a los trabajadores y personal directivo. Posteriormente, se le siguió un proceso penal y se le sancionó por delito contra la Administración Pública (peculado) a dos años de pena privativa de libertad (suspendida en su ejecución por el período de prueba de un año y ocho meses), un año de inhabilitación para ejercer el cargo que desempeñaba e incapacidad para obtener mandato o desempeñar cargo, empleo o comisión de carácter público; así como, se fijó el monto de cuatro mil nuevos soles como reparación civil.

El presente es un claro caso de una funcionaria pública que tiene una relación especial de sujeción con la Administración Pública y que es sancionada tanto penal como administrativamente. Para mejor comprensión, vamos a utilizar la hipótesis contraria; es decir, que se hubiera impuesto primero la sanción penal

Con todo, creemos que este planteamiento, por un lado, es coherente con la idea de cuál es el *fundamento* tanto del Derecho Penal como del Derecho Administrativo Sancionador; cuestión que se maneja en un plano político criminal; y, por otro, garantiza una aplicación adecuada del principio de *ne bis in idem* dándole un enfoque real al centrarlo en la persona humana y su dignidad⁶⁰, pues a fin de cuentas será éste quien sufra el carácter aflictivo del exceso de punición.

Tal vez el reto que existe ahora está en afirmar que la triple identidad del *ne bis in idem* debe mantenerse pero entendiendo en término fundamento de una manera amplia. Es decir, que no haga referencia a la finalidad que persigue comunicar cada instrumento

y luego la disciplinaria. En este caso la Sala Penal Transitoria resolvió que se podrían imponer ambas sanciones basada en la idea de que, al existir una relación especial de sujeción, tanto la *finalidad* como los *intereses jurídicos tutelados* por uno y otro eran distintos. Como ya lo hemos dicho, esta solución es insatisfactoria, por tanto, ¿cómo saber si existe *identidad de efectos* en el presente caso?

El juicio de necesidad comenzará por analizar la sanción penal (dos años de pena privativa de libertad suspendida y un año de inhabilitación) con la disciplinaria impuesta (separación temporal en el servicio magisterial por el lapso de dos meses sin goce de remuneraciones). En este caso, al no haberse impuesto una destitución como sanción disciplinaria y analizándose los efectos de las dos sanciones, es claro que la sanción penal satisface empíricamente el fin procurado por la sanción disciplinaria y, por tanto, la torna en innecesaria y su imposición en violatoria del principio de *ne bis in idem*.

- 60 Si como lo ha considerado el Tribunal Constitucional (STC N° 2050-2002-AA/TC) el *ne bis in idem* es un derecho fundamental implícito en el contenido del derecho al debido proceso reconocido en el inciso (3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, y un entendimiento correcto de los derechos fundamentales “exige considerarlos en conexión necesaria con la persona humana, y con la dignidad humana que significa su valor como fin y nunca como medio”, de manera que la finalidad del comportamiento estatal será la persona humana; es indispensable que dicha prohibición tenga su enfoque principal desde la persona humana, puesto que en ella se funda. Sobre la relación entre los derechos fundamentales y la persona humana *Vid.* CASTILLO CÓRDOVA, “Hacia...”, *cit.* pp. 311-312.

punitivo sino más bien a su función afflictiva únicamente. Al centrarnos en un plano empírico, no normativo-comunicativo, será más fácil utilizar técnicas que eviten la desproporción como el *test de necesidad* planteado o incluso atrevernos a usar la teoría de los *equivalentes funcionales de la pena*⁶¹ para solucionar los casos en los que se haya impuesto primero una sanción administrativa incumpliendo la regla formal de prevalencia arriba expuesta⁶².

Esta última afirmación nos lleva también a concluir que si bien la sanción administrativa no tiene naturaleza penal⁶³, es indiscutible que, junto a la pena, tiene una naturaleza *afflictiva* que repercute en el destinatario de la sanción. Es esta función *afflictiva* (empírica) a la que hay que prestarle atención. Basado en ello nos parece que es posible argumentar una unidad del *ius puniendi* estatal, cuestión que traería como consecuencia aplicar sanciones justas y con mayores garantías, sin que ello quite la correspondiente modulación. Esta unidad de punición estaría basado no en un mismo *fundamento* (entendido como la *finalidad* que persigue comunicar cada una de las distintas sanciones) sino en una misma *función*

61 Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Malum...*, cit. pp. 113 y ss.

62 Somos conscientes que hemos planteado aquí un plano ideal en donde se impone primero una sanción penal y no una administrativa. También entendemos que la imposición de la sanción administrativa en primer lugar traería aristas distintas. Sin embargo, no es este el momento de analizar tal problema. Para mayor profundidad en el análisis Vid. GARCÍA CAVERO, "El principio...", cit., pp. 169-188.. Vid. CHINGUEL RIVERA, A. I. (2015), *El Principio de Ne Bis In Idem analizado en torno a la diferencia entre el injusto penal e infracción administrativa: buscando soluciones al problema de la identidad de fundamento*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.

63 La Administración Pública no ejerce una función jurisdiccional (penal) cuando sanciona. Pues, es siempre juez y parte, por tanto, no independiente. Y, además, la sanción administrativa sigue formalmente el régimen de la potestad administrativa. Es decir, que se encuentra sometido a control de legalidad por parte del Poder Judicial.

afflictiva. Esta forma de interpretar las cosas nos parece más acorde con la mayor realización de la persona humana; mandato, por cierto, establecido en nuestra constitución.

PARTE ESPECIAL

EL INJUSTO TÍPICO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: UNA VISIÓN A LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL TIPO PENAL Y SU RELACIÓN CON OTRAS FORMAS DE CORRUPCIÓN

Francisco Álvarez Dávila¹
Universidad de Piura

I. IDEAS PRELIMINARES

La relación estrecha y frecuente entre los sectores público y privado, los márgenes amplios de discrecionalidad y el importante juego de intereses económicos en la contratación pública son elementos que determinan que se trate de un ámbito expuesto a la mala actuación de los funcionarios a cargo de la Administración Pública como resultado de conflicto de intereses, favoritismos políticos o corrupción. Es frecuente encontrar hoy en los Tribunales de Justicia una cantidad importante de causas en las que se discute la eventual responsabilidad de un funcionario público por diversos motivos: por un acuerdo colusorio con un particular que es socio de una empresa ganadora de una licitación; porque se apropió de los fondos del Estado que estaban a su cargo;

1 Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho en la Universidad Austral (Argentina). Profesor universitario de las materias de pregrado, Derecho Penal I y Derecho Penal Económico, en la Universidad de Piura.

porque aceptó un pago para expedir una licencia de funcionamiento de una empresa; porque se interesó indebidamente en una adjudicación de una obra pública para favorecer a sus aliados políticos; o bien porque invocó influencias sobre un funcionario que estaba a cargo de un asunto judicial para recibir una dádiva a favor suyo.

Si bien nuestro legislador ha recogido la mayoría de comportamientos descritos como conductas penalmente relevantes y, por tanto, merecedoras de una sanción penal, existen grandes dificultades al momento de la aplicación de la gran mayoría de delitos que se encuentran dentro del Capítulo II denominado: “Delitos cometidos por funcionarios públicos”. Los problemas comienzan con su equívoca ubicación sistemática en el Código Penal, la formulación del comportamiento típico, la delimitación con otras conductas punibles, las situaciones de concurso de leyes, la admisión de la participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber, entre otros. A ello se añade la elevada dificultad probatoria que se presenta en estos casos que son investigados por las autoridades a cargo de la persecución penal y la necesidad de recurrir a la prueba indiciaria como método para determinar si existió o no un hecho que merece reproche penal.

La doctrina y jurisprudencia han venido realizando grandes esfuerzos con la finalidad de resolver las dudas de los operadores jurídicos sobre la interpretación de los alcances de los tipos penales, en especial porque, como se mencionó, las fórmulas legales que ha utilizado nuestro legislador en ciertas ocasiones son ambiguas o son muy abiertas para la interpretación. Basta con ver la importante cantidad de Acuerdos Plenarios, sentencias casatorias, sentencias del Tribunal Constitucional, ejecutorias supremas, entre otros, que han servido para unificar la labor de interpretación del ámbito de estas figuras delictivas, sin embargo, no debe dejarse de reconocer que en algunos casos los criterios no terminan siendo tan clarificadores como se pretende y se ha llegado a soluciones que han sido criticadas tanto por los propios operadores de justicia como por la sociedad civil.

En este escenario, el objetivo de este trabajo es realizar un análisis del denominado delito de negociación incompatible con la finalidad de delimitar varios aspectos problemáticos de su estructura típica que se vienen presentando en su aplicación, tanto para el órgano encargado de la persecución penal, el Ministerio Público, como para el Poder Judicial. Para poder realizar la presente investigación ha sido imprescindible explorar los planteamientos propuestos por la doctrina y jurisprudencia nacional, así como también la extranjera, en especial en países como Argentina y España, que tienen el antecedente normativo de este tipo penal. De esta manera, quien se introduzca a la revisión de esta investigación podrá encontrar una propuesta que busca delimitar el ámbito típico de la conducta, teniendo especial consideración el tratamiento jurisprudencial que se ha encontrado respecto al planteamiento de casos de diversa índole. Los temas que serán desarrollados son, citando algunos ejemplos, la delimitación del bien jurídico, la naturaleza del interés indebido, la posibilidad de participación punible de un particular para concretar el interés indebido del funcionario público, la delimitación con el tipo penal de colusión desleal, entre otros.

La tarea no ha sido sencilla, como seguro sucederá para quienes tienen la importante tarea de perseguir y juzgar este tipo de delitos, pues los procedimientos de contratación pública son de gran complejidad y la labor de interpretación de un tipo penal es un trabajo que requiere un rigor de investigación importante para lograr otorgar soluciones satisfactorias. Espero con esta contribución lograr, por un lado, un espacio de debate dentro de la dogmática penal que nos sirva para mantener nuestros esfuerzos en la investigación académica y, de otra parte, sirva de apoyo para la labor interpretativa que día a día tienen a su cargo los representantes de la Administración de Justicia.

II. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La delimitación del bien jurídico es una tarea importante para entender cada uno de los elementos constitutivos de un delito. Si no

se realiza esta labor, la determinación de cada elemento típico de un delito podría llevar a conclusiones equívocas en su interpretación. Así, por ejemplo, si se señala que en el delito de concusión, tipificado en el artículo 382 del Código Penal, lo que se protege es la lesión patrimonial del administrado que se ve afectado como consecuencia de la infracción de un deber especial atribuido al funcionario público de comportarse con lealtad y probidad, se podrá entender que el tipo penal exige que el funcionario público obtenga un provecho económico como consecuencia del ejercicio abusivo de sus funciones².

Con base a esta perspectiva, al concepto de bien jurídico se le atribuye una función crítica en la medida que nos permite determinar cuáles son las expectativas normativas que son merecedoras de protección por la sociedad y que, frente a su incumplimiento, será necesario

-
- 2 La importancia de la delimitación del bien jurídico para determinar el ámbito de tipicidad de un injusto penal también se puede observar en la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 2351-2017. La postura sostenida por la posición en mayoría establecía que el delito de rehusamiento de entrega de menor era un supuesto específico y reforzado de desobediencia vinculado a la custodia de menores y, partir de allí, determinaba que el injusto típico estaba vinculado al impedimento del ejercicio de la patria potestad que le corresponde a uno de los progenitores a cargo de la custodia del menor que se concretaba a través de la negativa del autor de entregar al menor. Si, como señala la posición en mayoría, se trata de un delito cuyo injusto se caracteriza por la afectación al ejercicio de la patria potestad, es lógico que se entienda que la situación antijurídica se prolongue en el tiempo en tanto el progenitor a cargo del menor no recupera su custodia. Bastante problemática y contradictoria es, por el contrario, la posición en minoría que consideró que el bien jurídico era la seguridad del menor como presupuesto de la libertad en general y de la libertad ambulatoria, sin embargo, luego afirmó que el injusto típico se consumaba en el momento en el que autor del delito manifestaba su voluntad al progenitor a cargo de la custodia de no entregar al menor. En mi opinión si, como señala la postura en minoría, se protege la seguridad y libertad del menor, es claro que la configuración típica sería similar a la del delito de secuestro, con una cualidad especial vinculada a la posición de los padres de familia en la afectación a la libertad del menor.

recurrir a la pena como mecanismo reestabilizador, así como también si resulta correcta o no la incriminación realizada por el legislador. El delito de negociación incompatible deber ser sometido a ese análisis crítico sobre la base del bien jurídico protegido, por tanto, resulta importante determinar cuál es el objeto de interés tutelado.

Un sector de la doctrina entiende que el bien jurídico protegido es garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública y, específicamente, la imparcialidad y objetividad con la que deben actuar los funcionarios y servidores públicos³. Otro sector señala que el objeto de protección es la lealtad de los funcionarios públicos en la medida que estos deben preservar los intereses de la Administración⁴. El problema de la primera posición doctrinal es que resulta cuestionable afirmar que el objeto de protección sea la imparcialidad del funcionario público, porque se haría referencia a que el funcionario sea un tercero neutral que debe equilibrar los intereses en un contrato u operación en el que participa un particular y el Estado. Es evidente, a mi juicio, que el funcionario de la Administración Pública debe actuar en exclusivo interés de la administración estatal y siempre en busca del interés gene-

3 Así, con sus matices, SGRO, *Delito de negociación incompatible con la función pública. Antes y después de la ley de ética en el ejercicio de la función pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 61 y ss; JAREÑO LEAL, *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 19 y ss; PRECIADO DOMÉNECH, *La corrupción pública en la reforma del Código Penal de 2015*, Thomson Reuters (Civitas), Pamplona, 2015, p. 201; BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2009, pp. 294 y ss; DONNA, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, pp. 313 y ss.

4 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed. corregida y aumentada, Grijley, Lima, 2007, pp. 818 y s. REATEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Jurista Editores, Lima, 2015, p. 713 y ss; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal, Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 961; NUÑEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Lerner Editora, Córdova, 2009, p. 590.

ral⁵. A ello habría que añadir que la protección de la imparcialidad no es una característica que identifica a este tipo penal, también se podría argumentar que se afecta la imparcialidad, por ejemplo, cuando un funcionario estatal comete un delito de colusión, cohecho, tráfico de influencias, exacción ilegal, entre otras⁶. La segunda posición tiene dos problemas. El primero, por cuanto se vincula la lealtad del funcionario con la imparcialidad, en una relación de género-especie, de manera que no ofrece alguna novedad. Segundo, por cuanto se afirma que detrás de la lealtad lo que se busca sancionar es el conflicto de compatibilidad o intereses de los funcionarios públicos. Tal como se desarrollará más adelante, la sola existencia de cualquiera de dichas situaciones no podrá determinar la configuración de este injusto penal. Lo que se castiga en el delito de negociación incompatible es la situación de prevalimiento del funcionario público para interesarse indebidamente en un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

Asimismo, no se protege directamente el patrimonio del Estado. Ciertamente el sector de la jurisprudencia ha indicado que se trata de un delito de peligro concreto, lo que llevaría a tener que probar en cada caso concreto la idoneidad de la conducta del funcionario que, abusando de su cargo, habría puesto en peligro el patrimonio estatal a través de su intervención en un contrato u operación⁷. El sustento de la prohibi-

5 De igual manera, *Vid.*, CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 20.

6 *Vid.*, GARCÍA ESPAÑA, «Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (los artículos 439 y 441 del Código Penal Español de 1995)», p. 52, en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/758341.pdf>. Asimismo, si se afirma que el objeto de protección es la imparcialidad que atañe al funcionario público podría admitirse como un caso penalmente relevante cuando en una operación a cargo de funcionario exista un conflicto de intereses que omitió reportar.

7 Así lo indicó la sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Exp. N° 92-2011: “El delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita

ción penal no está en la generación de un perjuicio o de un peligro para el patrimonio del Estado, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario público. Por tanto, debe descartarse que se trate de un delito de lesión patrimonial.

Independientemente de las críticas a las posiciones doctrinales antes mencionadas, estas buscan destacar que los funcionarios que pertenecen a Administración Pública deben orientar sus actuaciones al interés general, lo cual se lograría a través del correcto ejercicio de las funciones públicas: las decisiones y actuaciones de los funcionarios deben estar orientadas al bien común o al interés general de la sociedad. De esta manera, el delito de negociación incompatible encuentra su fundamento en los deberes especiales atribuidos al funcionario público por la institución del Estado.

En el caso del delito de negociación incompatible se parte del hecho de que al funcionario público se le asignar la labor de participar en un contrato u operación estatal con el fin de preservar los intereses patrimoniales del Estado, de allí que la referencia u el objeto material de esta conducta esté vinculado con las operaciones de carácter económico en la que interviene un funcionario estatal. De esta manera, se busca excluir que el funcionario público actúe representando los intereses del Estado y un interés particular propio o ajeno. Por tanto,

la producción de un resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación pública. Igualmente, en la Cas. N° 231-2017/Segunda Sala Penal Transitoria: “En este sentido, revisados los autos se aprecia, que el proceso de exoneración mediante el cual se contrató a la empresa ALABAMA S.A., no significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado, tampoco obra pericia que así lo haya establecido; por el contrario, la suma egresada por la Municipalidad se justificó con la adquisición de los insumos ofrecidos por la empresa ALABAMA S.A., a quien se le exoneró del proceso de selección, con el fin de satisfacer, en caso de no hacerlo habría ocasionado un perjuicio a los pobladores quienes habrían invertido en la preparación de la tierra para la siembra de las señaladas semillas”.

lo que se protege es la expectativa normativa que de que el funcionario público que actúa, por razón de su cargo, en un contrato u operación, lo haga en resguardo de los intereses de la Administración Pública, evitando cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de decisiones. Esta expectativa normativa no se infringe por el solo hecho de la existencia de un conflicto de intereses, sino que es necesario que el funcionario público abuse del cargo con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero.

III. LOS SUJETOS

El delito de negociación incompatible es un delito especial propio que exige, como primer requisito típico para ser autor del delito, tener la calidad de funcionario público o servidor público. Solo será admisible la autoría en el delito de negociación incompatible por quien posee este status especial que ha delimitado el legislador. Sin embargo, a esta exigencia típica de tener el status formal de funcionario o servidor público se añade, por el propio tenor del tipo penal, expresamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido por razón de su cargo en un contrato u operación a cargo del Estado. Esta segunda delimitación típica hace necesario establecer que el funcionario o servidor público esté vinculado funcionalmente con el contrato u operación, en el que se interesa indebidamente. Ello se explica por cuanto el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, por lo que resulta imprescindible que el funcionario público tenga el deber de proteger los intereses estatales en un contrato u operación estatal.

Sobre la vinculación funcional que debe tener el funcionario público con el contrato u operación en que interviene, la doctrina ha tenido posiciones diferentes. Un sector sostiene que esa vinculación viene determinada formalmente: serán las normas jurídicas las que delimiten el ámbito de vinculación del funcionario público⁸. Otro sector

8 Así, igualmente, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública...* cit., pp. 729 y s.; ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública*

de la doctrina sostiene otro criterio que se va a denominar material: capacidad y poder del funcionario público de poder intervenir y poder influenciar en un determinado contrato u operación, con prescindencia de su capacidad jurídica y normativa. Es decir, no interesa si el funcionario público tiene una vinculación normativa en el contrato u operación, basta que tenga el poder y el nivel para tener influencia en el interior de la Administración Pública, de manera que el acto pueda ser imputado a la Administración desde el punto de vista externo, con independencia de las reglas internas de competencia⁹. Una tercera postura dogmática sostiene un criterio mixto: lo relevante para determinar si al funcionario público se le puede imputar el hecho penalmente relevante es si este ha usado indebidamente su “cargo” para interesarse en un proceso de contratación, bastando con que el funcionario pertenezca al sector de la Administración Pública en que se desenvuelve o desarrolla el contrato u operación estatal.

La posición material critica que si se restringiera la aplicación del tipo penal a los actos realizados con competencia administrativa suficiente, quedaría fuera de la adecuación del tipo varias conductas en los que el funcionario, prevaleciéndose de su cargo, puede tener una influencia decisiva al interior de la administración¹⁰. Por ello, en su concepción, el dato determinante para establecer la vinculación o competencia funcional del funcionario público es la imputabilidad externa: que

en el *Código Penal Peruano*, 2ª ed., Lima, 2003, p. 448; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración...*, cit., p. 825; DONNA, *Delitos contra la Administración Pública...* cit., p. 325; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal...* cit., p. 962.

9 Vid., en esta línea de interpretación SANCINETTI, «Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas», en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, fascículo III, septiembre-diciembre, Madrid, 1986, p. 887.

10 Vid., lo reseñado por SANCINETTI, «Negociaciones incompatibles...», cit., p. 887: “Porque lo que ocurre con frecuencia es que el funcionario, para asegurar los resultados de la negociación, usurpa funciones correspondientes a otro cargo, es decir, que actúa fuera del marco de su competencia administrativa”.

la actuación del funcionario sea suficiente para que la Administración Pública quede obligada frente a terceros, aun cuando no tenga la competencia necesaria en el ámbito interno. Está crítica no puede convenir por las siguientes razones. **Primero**, porque el propio legislador ha delimitado la intervención delictiva en este tipo penal únicamente al funcionario público (obligado institucional) que actúa por razón de su cargo en una operación u contrato. Esta delimitación típica excluye los casos en los que tenemos a un funcionario manifestamente incompetente que muestre un interés indebido en que se adjudique una licitación de bienes a la empresa de un familiar suyo¹¹. En todo caso, la intervención de un funcionario público que no tiene competencia en un contrato u operación con la Administración Pública podrá reprimirse a partir de admitir otras formas de intervención criminal: la complicidad o la instigación; o, de otro lado, a través del recurso de otras figuras delictivas como el tráfico de influencias o el patrocinio ilegal¹².

Segundo, porque nos encontramos frente a un delito de infracción de deber. No es posible generar una vinculación institucional en virtud de un acto de organización puramente fáctico y defectuoso. Me refiero a aquellos supuestos en los que una persona u otro funcionario público se pone en la situación o circunstancia jurídica que le corres-

11 *Vid.*, en este sentido, CASTILLO ALVA, *El delito de negociación... cit.*, p. 84, que agrega que si el legislador no hubiera querido delimitar la intervención del funcionario público por su vínculo funcional con el contrato u operación: “bastaría, simple y llanamente castigar el acto de interesarse sin imponer y establecer un acto adicional; ni establecer que la intervención se produzca en “razón de su cargo”.

12 En la misma línea de ideas, SGRO, *Delito de negociación incompatible... cit.*, pp. 92 y s., quien señala que el funcionario incompetente que busca insertar un interés ajeno en la administración podrá ser castigado como autor del delito de usurpación de funciones o como un instigador en el supuesto en que ejerciera un poder de determinación en el funcionario competente para obtener un beneficio indebido. A ello añade que, en todo caso, el legislador debería tener en cuenta estas limitaciones en la aplicación del tipo para suprimir en una futura reforma la expresión “por razón de su cargo”.

ponde al funcionario público competente y, desde esa posición, busca vincular a la Administración Pública a través de interesarse en forma indebida en un contrato u operación del Estado con el fin de obtener un provecho propio o de tercero. Si el delito de negociación incompatible hallara su fundamento en el defectuoso ejercicio de la libertad organizativa del autor del hecho penalmente relevante, se permitirá admitir la tesis de una responsabilidad penal a título de autor por parte de un particular o de cualquier funcionario público. Sin embargo, el propio tipo penal establece la calidad especial del autor. En esta medida y tal como lo establece la doctrina y jurisprudencia en forma unánime, el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, por tanto, la libertad organizativa no puede ser un criterio de imputación válido para la estructura de este tipo penal¹³. Como señala un sector de la doctrina, solo se admitiría una vinculación institucional como funcionario público en los casos en que nos encontramos frente a un funcionario público que tiene un nombramiento defectuoso, en cuyo caso se sustentaría la responsabilidad penal no en la defectuosa libertad organizativa del que se asume fácticamente la calidad de funcionario estatal, sino en la confianza especial que genera su entrada en la función a través de un procedimiento con apariencia de legitimidad¹⁴.

13 Vid., SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 101, quien señala: “El Derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma negativa, sino que exige, en ocasiones, el establecimiento de relaciones positivas que se basan en instituciones positivas y que encuentran su expresión en los delitos de infracción de deber.

14 Vid., en este sentido, la opinión de GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, 2ª ed., completamente actualizada y aumentada, Volumen II, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 1101, quien agrega que en los casos de arrogación unilateral de la posición de funcionario público se podrá sancionar al autor bajo el delito de usurpación de funciones y por otros delitos que puedan aplicarse. Igual sucedería, en mi opinión, en los casos de funcionarios públicos que, sin tener competencia funcional con un determinado contrato u operación, se interesan en una operación de la Administración Pública para

En cuanto a la posición mixta, como ya he reseñado, parte de que las funciones asignadas por la ley y por el reglamento serían un criterio útil para determinar la posibilidad de intervención en el proceso de contratación, empero, a su vez, es importante delimitar si, en el caso en concreto, ha existido un prevalimiento del cargo en beneficio propio o de tercero, para interesarse en un proceso de contratación estatal. Agrega que el límite a esta postura, por razones de legalidad, sería la exigencia de que el funcionario pertenezca al sector de la Administración Pública en que desenvuelve, gesta y desarrolla, el contrato estatal. A las razones críticas expuestas en relación a la posición material que son legítimamente aplicables, se le puede agregar dos puntos adicionales. **Primero**, porque la propuesta de delimitación consistente en que se debe exigir, al menos, que el funcionario público que intervenga pertenezca al sector de la Administración Pública en que prepara, desarrolla o se ejecuta el contrato estatal, es una limitación normativa que el propio tipo penal exige al establecer que solo podrá ser autor del delito de negociación incompatible el funcionario que tiene vinculación funcional, y no fáctica, con un determinado contrato u operación estatal.

Segundo, porque es inconveniente y problemático afirmar que la ley y reglamento serían solo “indicadores útiles”. Si bien tratándose de un delito de infracción de deber, no es necesario que el deber se encuentre previa y legalmente tipificado —así, por ejemplo, en la regulación del delito de homicidio existe detrás un deber negativo de no organizarse en forma defectuosa, de forma tal que se ponga en peligro otras esferas de organización, sin embargo, cuando se trata del padre que da muerte a su hijo, nos vamos a encontrar que el padre con dicho comportamiento ha lesionado un deber positivo: la patria potestad—; también existen otros supuestos de deberes propios de una institución que están claramente positivizados, como es el caso de los deberes que

favorecer a una empresa suya o con la cual tiene alguna vinculación familiar, política, etc., podrán ser sancionados por usurpación de funciones o por otra figura delictiva, según las circunstancias de cada caso en concreto.

infringen los funcionarios públicos que dan lugar a la imputación por delitos cometidos contra la Administración Pública. Precisamente, en estos últimos supuestos la delimitación típica establece un círculo determinado de autores por la vinculación del funcionario con el bien jurídico que se pretende proteger. La premisa de la imputación penal, tratándose de delitos cometidos por funcionarios públicos (delitos de infracción de deber) debe recaer sobre criterios certeros teniendo en cuenta la construcción dogmática del delito, y no flexibilizándose por razones de política criminal o para evitar situaciones de impunidad que muchas veces son problemas atribuibles al legislador o a los órganos encargados de la persecución penal¹⁵.

A mi juicio, la vinculación funcional debe entenderse como la competencia que tiene el funcionario para intervenir en razón de su cargo en un contrato u operación vinculado con la Administración Pública, lo que vendrá determinado por la ley, reglamento, directivas, etc. Lo decisivo es que haya intervenido en el contrato u operación con base a un título habilitante de naturaleza administrativa, civil o laboral. No se trata, como señala la doctrina, de una intervención de cualquier orden: el funcionario tiene que tener capacidad de decisión sobre algunos aspectos negociales de la operación estatal y que pueda vincular a la Administración Pública¹⁶. No debe olvidarse que esta delimitación

15 Debe recordarse, como señala GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Jurista, Lima, 2012, p. 56, que la política criminal no solo sirve para establecer la aplicación por parte de los Tribunales de las normas penales, sino que estas decisiones judiciales deben respetar los límites del principio de legalidad y las garantías jurídico penales que le corresponde al investigado o acusado por un delito.

16 En sentido similar, la jurisprudencia ha señalado que inclusive no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el asunto, siendo suficiente su participación para formar la voluntad negocial de la Administración Pública: *“El interés indebido debe estar referido a cualquier contrato u operación en que interviene el funcionario o servidor público en razón de su cargo, esto es, de acuerdo a las competencias previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia del agente, así como*

típica es necesaria porque el delito de negociación incompatible tiene una base común a varios delitos del Capítulo II del Título XVIII relacionados a delitos cometidos por funcionarios públicos, se trata de la situación de prevalimiento: el funcionario abusa de su posición de superioridad, que en el caso de la negociación incompatible se aprovecha del cargo para obtener un beneficio propio o ajeno. Esta situación, como lo señala la doctrina, es la base de varios delitos y presenta una particularidad propia en cada uno de ellos. Lo importante es determinar y aclarar que en este tipo penal solo se sanciona al funcionario que tiene competencia para intervenir en un asunto¹⁷. La relevancia del comportamiento penal viene dada por la existencia de un vicio de desviación del poder: la Administración Pública tiene la expectativa que el funcionario público actúe en resguardo de sus intereses patrimoniales¹⁸.

A la crítica de que esta posición traería como consecuencia una reducción en la aplicación del tipo penal o que se estaría dejando sin sanción penal a regidores, consejeros regionales, ministros, etc, que, sin tener competencia legal para intervenir en un contrato u operación, pueden de facto contar con una influencia decisiva en la configuración del interés indebido para obtener un beneficio ilícito a favor suyo o

los procedimientos de actuación funcional del servidor. Sin embargo, no es necesario que el funcionario tenga la potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario, pues es suficiente que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación”, vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, Delitos contra la Administración Pública...cit., p. 729. Igualmente, SGRO, Delito de negociación incompatible...cit., p. 95, quien precisa: “(...) el contrato u operación en que el funcionario se ha interesado debe tener relación con la esfera de competencia funcional del agente, de tal forma que el sujeto intervenga en su calidad de funcionario en el negocio, aun cuando no tenga potestad total para decidir individualmente la operación, resultando suficiente con que concurra a formar la determinación o a fijar la legalidad del acto”.

17 En igual sentido, JAREÑO LEAL, *El delito de negociaciones prohibidas... cit.*, p. 47.

18 *Vid.*, igualmente, SGRO, *Delito de negociación incompatible...cit.*, p. 91.

de tercero, habría que señalar que en los casos de funcionarios que no tienen competencia administrativa para intervenir en un determinado contrato u operación estatal se les podrá imputar responsabilidad penal a título de usurpación de funciones o si se trata de un funcionario que sin tener competencia específica puede tener influencia decisiva y logra que el funcionario competente actúe en miras de un interés particular, distinto al de la Administración Pública, se podrá admitir la posibilidad de vincularlo como cómplice o como instigador¹⁹.

En esta misma línea, nuestra práctica jurisprudencial ha puesto incidencia en la necesidad de delimitar el ámbito de actuación del funcionario o servidor público en el delito de negociación compatible. Así, en la Cas. N° 231-2017 se estableció que: *“(...) en este sentido, la Corte Suprema, en diversos pronunciamientos ha establecido que dicha relación funcional, debe ser entendida no solo cuando el funcionario tenga esta condición, sino que: “es necesario que cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones, es decir, posea el poder*

-
- 19 Esta tesis ha sido asumido por la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 666-2016/Primera Sala Penal Transitoria, en la que condenó a los miembros de un comité especial de una Municipalidad que tenían a su cargo un proceso de selección para la construcción de aulas en un Colegio. Los miembros otorgaron la buena pro a la empresa en la que el Teniente Alcalde era socio. En el proceso se demostró que el Teniente Alcalde transfirió sus participaciones tres días después de ganar la buena pro su empresa; que la empresa no estaba inscrita en el Registro Nacional de Proveedores y que presentó una declaración jurada de ausencia de impedimento para contratar con el Estado en forma posterior al otorgamiento de la buena pro; asimismo, que los miembros del comité conocían que en dicha empresa era socio el Teniente Alcalde porque aparecía su nombre en la escritura pública. El Tribunal condenó a los miembros del comité como autores del delito de negociación incompatible por cuanto, abusando de su cargo, como miembros del comité otorgaron la buena pro a una empresa no podía ni merecería ser ganadora de la buena pro, teniendo en cuenta que se trataba de la empresa del Teniente Alcalde. En cuanto a este último, el Tribunal Supremo calificó su intervención como complicidad primaria por cuanto aprovechó su condición para favorecer a la empresa de la que era socio y se prevaleció de su posición de superior jerárquico.

para participar en ellos”, también se define como “aquel funcionario que tiene legítimamente a su cargo el contrato u operación”²⁰. Igualmente, la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 3231-2011, se pronunció sobre la falta de competencia normativa de un funcionario público (regidor) en un delito de negociación incompatible en la suscripción de un convenio por cuanto: “(...) el encausado se desempeñaba en la Municipalidad Distrital como Regidor del área de educación, cultura y deporte, por lo que resulta imposible que dicha imputado tenga competencia o facultades para intervenir en la suscripción del citado Convenio, tanto más si el Proyecto de Forestación y Reforestación con árboles y frutales nativos estaba a cargo del área de recursos naturales”²¹.

Un supuesto distinto sería un caso que se presenta con bastante frecuencia en la Administración Pública: la delegación de funciones.

-
- 20 Si bien la Corte Suprema viene, mayoritariamente, delimitando la autoría en los delitos de infracción de deber vinculados a los delitos contra la Administración Pública, bajo el criterio vinculación funcional entendida como la competencia para participar en un contrato, es particular la posición adoptada en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, del 16.10.2010, en su fundamento jurídico 15, cuando afirmó que un funcionario o servidor público podía asumir competencia funcional en un asunto (específicamente vinculado a las funciones de administración o custodia de bienes), sea por transferencia o vía delegación, a partir de una orden administrativa dada en forma verbal.
- 21 En sentido contrario, la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 351-2015/Primera Sala Penal Transitoria, condenó como autor del delito de negociación incompatible a un veedor de una Oficina de Auditoría Interna de una Universidad estatal por cuanto: “(...) tuvo contacto y comunicación con los miembros de la comisión, con probabilidad, por tanto, de influir para beneficiar a la postora en el proceso de licitación, tal como la testigo lo señaló”. Es una cuestión bastante controvertida afirmar: i) sin que medie prueba alguna, que el funcionario público tuvo contacto con los miembros de la comisión; ii) afirmar que el veedor tuvo competencia funcional porque tuvo la probabilidad de influenciar en la comisión. Esto último abona en la tesis que nos encontramos frente a un funcionario que no tenía competencia funcional en el proceso de selección y adjudicación y, por tanto, el hecho era atípico. Los hechos, según son descritos en la ejecutoria suprema, debieron merecer un castigo penal por el delito de tráfico de influencias.

Se trata de aquellos casos en los que el funcionario que tiene competencia para intervenir en un contrato delega esta competencia en otra persona quien se interesa, en forma indebida, en provecho propio o de tercero. Para ello hay que distinguir si se trata de una función delegable o no. Si se trata de una función indelegable, el delegado no tendrá la posición especial exigida por el tipo penal, de manera que su conducta no podrá subsumirse dentro del tipo penal de negociación incompatible. Si la función es, por el contrario, delegable, el delegado asumirá de forma jurídicamente válida la posición especial, lo que permitiría que sea autor del delito de negociación incompatible.

IV. LA CONDUCTA TÍPICA

4.1. El interesarse directa o indirectamente o por acto simulado

La conducta típica del delito de negociación incompatible requiere que el funcionario público competente se interese indebidamente en un contrato u operación con el fin de obtener un provecho propio o para tercero. Es evidente que, a diferencia del delito de colusión, el tipo penal no exige un concierto, pacto o acuerdo entre el funcionario público con un tercero. No se trata, por tanto, de un delito de participación necesaria. Lo decisivo es que el funcionario público demuestre un interés indebido en un contrato u operación a su cargo.

El tenor del tipo penal de negociación incompatible ha determinado que esta intervención del funcionario público se puede dar en tres modalidades: directa, indirecta o mediante un acto simulado. Como lo señala la doctrina nacional, habrá interés directo cuando el funcionario directamente muestra un interés directo sobre un determinado contrato u operación, sin que medie la participación de otra persona²², mien-

22 *Vid.*, en este sentido, las Ejecutorias Supremas: R.N. N° 2641-2011/Primera Sala Penal Transitoria; R.N. N° 2770-2011/Sala Penal Permanente; y, R.N. N° 443-2010/Primera Sala Penal Transitoria.

tras que habrá interés indirecto cuando el funcionario público requiere la participación de terceros para lograr concretar el interés indebido en un contrato u operación: puede tratarse de particulares como de otros funcionarios públicos.

Este parecer desarrollado por la doctrina y jurisprudencia de aceptar la participación en el delito de negociación incompatible fue cuestionado a partir de las ideas expuestas en la Sentencia casatoria N° 841-2015/Sala Penal Permanente. En efecto, en el mencionado precedente se cuestiona la posibilidad de admitir la participación en el delito de negociación incompatible a partir de entender que la participación de un tercero en un delito de infracción de deber dependía de una regulación expresa en el tipo penal, como sucedía en el delito de colusión, por un lado, y porque la estructura típica del delito no permitiría la intervención de un tercero con el que se realizó la operación, pues en ese supuesto se configuraba un delito distinto como la colusión o el cohecho, dependiendo de las circunstancias del caso²³. Sin embargo, la posición mantenida por la citada jurisprudencia no resulta del todo correcta. Es cierto que lo que caracteriza a un delito de participación necesaria es que exige la intervención de un partícipe que colabora con el autor en la realización del delito, de manera que no resulta posible su realización por la sola aparición del autor y, en esta medida, el delito de negociación incompatible no está estructurado como un delito de participación necesaria, sin embargo, ello no impide la posibilidad de castigar la participación de un *extraneus* que

23 Esta lamentable línea jurisprudencial viene siendo aplicando en otros precedentes jurisprudenciales. Así en el Exp. N° 133-2013 se señaló respecto a la participación de *extraneus* en el delito de negociación incompatible lo siguiente: *“Por tanto, comprendiendo la imputación fiscal la colaboración de los extraneus para la comisión de los hechos de autos por los autores, en beneficio de dichos extraneus, evidenciando un concierto entre éstos y cada uno de los funcionarios involucrados, con el fin de obtener un provecho patrimonial defraudando al Estado, se advierte que los hechos imputados por el Ministerio Público, no podrán subsumirse en el tipo penal de negociación incompatible, sino por el contrario, se configuraría el delito de colusión”*.

colabora con el funcionario público competente para lograr concretar el interés indebido en un contrato²⁴. Por ejemplo, el delito de negociación incompatible no está configurado como un delito de participación necesaria, sin embargo, nada impide que se utilice a un particular para concretar el interés indebido del funcionario público. De otro lado, no es acertada la comprensión de esta sentencia de que el tipo penal no permite la intervención de un tercero, pues expresamente el tipo penal admite la posibilidad de que el funcionario público se pueda interesar en un contrato u operación en forma indirecta²⁵.

La conclusión precedente que admite la criminalización de la participación en un delito de negociación incompatible no significa, sin embargo, que la sola intervención de una empresa, a través de su representante, dentro de un contrato u operación en la que el funcionario público tenía un interés indebido admite, sin prueba en contra, la inclusión en el proceso como cómplice. Si se demuestra que se está frente a un testaferro, no cabe duda de que se admitirá el castigo penal²⁶. Deberá demostrarse que la empresa, a través de su apoderado, ha realizado una contribución fundamental y con competencias de conocimiento de que estaba favoreciendo para determinar el interés indebido del funcionario público. No es suficiente indicar, por tanto, que el hecho de que una empresa sea beneficiada por el contrato u operación dará lugar, necesariamente, a la imputación penal a sus representantes²⁷.

24 *Vid.*, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal...cit.*, p. 392 y s.; MEINI, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014, pp. 82 y s.

25 De similar opinión, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 721; ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 452.

26 En la doctrina y jurisprudencia española no hay mayor conflicto en admitir la intervención de un particular, siendo frecuente la modalidad del testaferro que obra en interés de un funcionario público. *Vid.*, JAREÑO LEAL, *El delito de negociaciones prohibidas...cit.*, p. 73 y ss.

27 Un parecer similar se encuentra en la Cas. N° 23-2016-Ica/Sala Penal Permanente.

Finalmente, el tipo penal ha prescrito otra forma de realización del delito: el acto simulado. En mi opinión es un supuesto del cual se podría prescindir en una reforma legislativa futura. Por un lado, por cuanto ha generado cierta confusión en la doctrina sobre cuál es el objeto de imputación en este supuesto. Un sector señala que lo que se castiga no es la simulación de persona, sino de un acto: por ejemplo, se hace participar a una persona jurídica inexistente en un concurso público²⁸. Otra posición doctrinal entiende que esta modalidad se refiere a aparentar que se trata de intereses de la Administración Pública cuando en realidad son intereses particulares o personales. En mi opinión, este supuesto se refiere a una forma de cometer la defraudación de los intereses de la Administración: ya sea a través de la participación de una persona jurídica inexistente o cuando se utiliza un testaferro y se simula la titularidad de la empresa cuando en realidad le corresponde al funcionario público, se trata de supuestos que pueden incardinarse sin ninguna dificultad en la modalidad de interesarse indirectamente. Por tanto, resulta innecesaria su inclusión en la legislación penal.

4.2. La obtención del interés como elemento objetivo o subjetivo del tipo penal

El delito de negociación incompatible ha establecido en su redacción típica que el funcionario público competente que se interesa indebidamente un contrato u operación debe actuar en provecho propio o de tercero. Esto nos lleva a plantear la siguiente pregunta: ¿es lo constitutivo en este delito que el autor obtenga un interés en un contrato u operación en la que interviene o lo determinante es que el autor intervenga en una negociación persiguiendo un interés? Dicho

28 Vid., CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...cit.*, p. 68; ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 452. Un ejemplo sería el caso del funcionario público que crea una empresa para participar en una licitación para simular participación y que, finalmente, le otorga la buena pro a la empresa de su hija.

de otro modo: ¿el tipo penal exige para su consumación que el funcionario público concrete el interés indebido o solo se castiga que actúe interesadamente?

La primera interpretación afirmaría que el delito se consumaría con la obtención del beneficio económico que persigue el funcionario público al actuar interesadamente en un contrato u operación. Ello traería como consecuencia configurar este ilícito como un delito de resultado y que comenzaría la ejecución del hecho en el momento en que estuviera cerca de concretar el interés (admitiendo la tentativa). La segunda interpretación, al no cifrar su atención en la obtención del interés, permitiría el comienzo de la ejecución y la consumación al momento en que el autor participa en cualquier nivel de la contratación pública.

En atención a lo expuesto, puede afirmarse que la segunda es la interpretación más correcta. Ello por cuanto, como se estableció en los párrafos precedentes, no nos encontramos frente a un delito de lesión patrimonial de la Administración Pública, sino frente a un delito de peligro abstracto. Por tanto, no forma parte de la tipicidad del delito que el agente logre un beneficio económico como consecuencia de la extralimitación o abuso de sus funciones para participar en un determinado contrato u operación. Desde el punto de la imputación, este parecer trae una importante consecuencia práctica. Si se hubiera afirmado la primera posición, entonces, la imputación objetiva debería probar la existencia de un beneficio final y la correspondencia entre el interés representado y el obtenido, empero, solo deberá probarse que el funcionario actuó con una tendencia final de obtener un beneficio económico²⁹.

29 A la misma comprensión ha llegado la doctrina: ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, pp. 455 y s.; REATEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 729; JAREÑO LEAL, *El delito de negociaciones prohibidas...cit.*, pp. 25 y ss; SGRO, *Delito de negociación*

4.3. Naturaleza del interés

Otro aspecto importante es delimitar el tipo de interés que persigue el funcionario público. Un sector de la doctrina establece que el interés puede ser de cualquier tipo. Se puede tratar de un interés económico, político, familiar, bastando que sea incompatible con el ejercicio de funciones del funcionario público³⁰. Asimismo, esta interpretación vendría reforzada por cuanto el propio tipo penal exige que el funcionario tenga el ánimo de obtener un provecho propio o para tercero, no distinguiendo si éste debe tener naturaleza económica³¹.

Una segunda posición sostiene que el único interés prohibido es el interés económico. Su tesis se refuerza en el hecho que la propia normativa penal delimita el objeto del interés a actos de relevancia económica: contratos u operaciones³². Un sector de la doctrina nacional sostiene que un Derecho penal de *ultima ratio* solo debería castigar los comportamientos más graves, por tanto, solo deberían ser sancionados los casos en los que existe un interés de naturaleza económica³³.

La visión que ofrece la segunda posición es la que mejor se ajusta a la delimitación típica del delito de negociación incompatible. Lo que el primer sector de la doctrina plantea parte de una confusión entre el

incompatible...cit., p. 100; BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal... cit.*, p. 302; SANCINETTI, «Negociaciones incompatibles...», *cit.*, p. 880.

30 De igual parecer, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública... cit.*, p. 721.

31 *Vid.*, SGRO, *Delito de negociación incompatible...cit.*, p. 72, quien señala que hay otros tipos de intereses que son reprochables éticamente y por tanto, deben ser tenidos en cuenta. Pretender delimitar sanción penal a los casos en los que el funcionario público tiene un interés insertado en una negociación de contenido patrimonial, llevaría a una tesis restrictiva.

32 *Vid.*, en este sentido, SANCINETTI, «Negociaciones incompatibles...», *cit.*, p. 882; BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal... cit.*, pp. 298 y s.; DONNA, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, pp. 319 y ss; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal...cit.*, p. 964.

33 En este sentido, CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...cit.*, p. 53.

objeto del interés y la finalidad que guía al autor en la promoción de ese interés. Es verdad, como señala un sector de la doctrina argentina, que también en un contrato u operación pueden existir intereses espurios no administrativos que, aunque no tengan un contenido económico, pueden afectar la imparcialidad que debe guiar la actuación de los funcionarios que forman parte de la Administración Pública, sin embargo, no parece que este aspecto genere una verdadera trascendencia en la práctica judicial. El problema real en el delito de negociación incompatible es castigar al funcionario público que, prevaliéndose de su cargo, representa intereses ajenos a la Administración Pública de carácter económico en relación a las contrataciones estatales. En todo caso, el vínculo de familiaridad, afectivo o político puede constituir indicios mínimos para intentar demostrar la razón por la cual un funcionario público representa un interés privado ilícito dentro de una negociación pública³⁴.

4.4. Delimitación del interés: su carácter indebido y el momento de su ejecución

Una primera interrogante a resolver es cómo se determina el interés indebido del funcionario público: ¿lo constitutivo es que el funcionario público no se abstenga de participación en un asunto por la existencia de conflicto de intereses o lo determinante más bien es castigar al funcionario público que abusa de su cargo para insertar un interés privado en un contrato u operación a su cargo, incumpliendo su deber de actuar representando los intereses patrimoniales de la Administración Pública?

Ambas son interpretaciones que podrían ser compatibles con la expresión: *“se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier*

34 De similar opinión, CREUS, citado por DONNA, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 320; ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 452; BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal...cit.*, p. 298 y s.; y, SANCINETTI, «Negociaciones incompatibles...», *cit.*, p. 882.

contrato u operación que interviene por razón de su cargo". La primera afirmaría que el injusto del delito de negociación incompatible está vinculado con la infracción de un deber de abstención por la existencia de un conflicto de intereses en determinado contrato u operación por la que participa un funcionario o servidor público. En la jurisprudencia nacional este ha sido al parecer, por ejemplo, en la Cas. N° 841-2015/Sala Penal Permanente, en la cual se señala textualmente lo siguiente: *"Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro al maximizar el interés (propio o de un tercero)"*³⁵.

La segunda alternativa interpretativa pone su atención en el prevalimiento de la función pública: lo que se castiga no es la infracción de un deber de abstención o la existencia de un conflicto de intereses; la sanción penal se produce por el aprovechamiento del cargo del funcionario público para hacer negocios privados, es decir, prevalecen los intereses particulares (propios o ajenos) frente a los intereses de la Administración Pública³⁶.

35 En igual sentido, en la Cas. N° 231-2017-Puno/Segunda Sala Penal Transitoria se precisó lo siguiente: *"El bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella"*.

36 *Vid.*, en este sentido, JAREÑO LEAL, *El delito de negociaciones prohibidas...cit.*, p. 52; ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 450; CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...cit.*, pp. 55 y s.

Estas consideraciones precedentes presentan repercusiones en la práctica judicial. Así, la primera postura tendría una repercusión trascendente en la práctica de la prueba, pues bastaría, para demostrar el interés indebido del funcionario público, la existencia de un conflicto de intereses que tenga conexidad con la intención de obtener un provecho propio o para tercero. Conforme a la segunda, en cambio, se debería probar, más allá de toda duda razonable, la instrumentalización o prevalimiento del cargo público del funcionario en un contrato u operación para obtener un provecho privado, ajeno a los intereses de la Administración estatal. Este último es el parecer correcto y que fundamenta la prohibición penal del precepto contenido en el artículo 399 del Código Penal. Si bien es cierto la existencia de un conflicto de intereses o de una situación de incompatibilidad puede generar un indicio de sospecha delictiva, ello no sería suficiente para determinar en forma concluyente que nos podremos encontrar ante la comisión de un delito de negociación incompatible. Puede existir, por ejemplo, un claro conflicto de intereses entre el contratista y el funcionario de la entidad administrativa porque se trata de una empresa en la que figura como accionista, empero puede suceder que el funcionario no muestre ningún interés o se aproveche de su cargo para obtener un beneficio propio o para tercero. Así lo entendió una sentencia española en la Audiencia Provincial de Castellón de 20 de junio de 2001, en un caso en que el Alcalde suscribe pólizas de seguro para el ayuntamiento con la compañía de seguros en la que él mismo trabaja: *“no puede bastar para integrar el tipo con el hecho de que en una misma persona concorra la doble condición de funcionario y administrado, sino que es preciso que tal condición afecte a la transparencia y objetividad de la actividad institucional, razón por la cual la ley exige expresamente el aprovechamiento, no contentándose con presunciones o suposiciones de parcialidad difícilmente compatibles con los principios que informan el derecho penal”*^{B7}

37 Citada por JAREÑO LEAL, *El delito de negociaciones prohibidas...cit.*, p. 37.

De esta manera, la prueba del interés indebido deberá determinarse según las circunstancias del caso en concreto a fin de verificar si el funcionario público se interesó en un contrato u operación a partir de prevalecerse de su cargo para obtener un provecho propio o para tercero³⁸. Nada impide recurrir a la prueba indiciaria para probar la existencia de una actuación interesada por parte del funcionario público, empero se debe tener cuidado en flexibilizar los estándares probatorios exigidos en el proceso penal y tratar de inferir el interés indebido a partir de la existencia de una irregularidad administrativa o por el hecho de que exista un conflicto de intereses. El indicio, por tanto, debe permitir realizar inferencias lógicas y racionales fundadas en máximas de experiencias fiables: entre un hecho indicado y su consecuencia debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad en la inferencia.

Esta idea expresada puede alcanzar mayor concreción a partir de una sentencia casatoria expedida por la Corte Suprema (Cas. N° 628-2015/Primera Sala Penal Transitoria), en la que se partió de la existencia de un delito de negociación incompatible a partir de que: i) los funcionarios procesados del Banco de Materiales autorizaron la utilización del logo del Banco y del Ministerio de Vivienda en los folletos y comunicaciones de difusión y propaganda de un Consorcio, antes de la aprobación del financiamiento de un proyecto de viviendas; ii) porque operó un cambio en el procedimiento para autorizar el financiamiento de un terreno materia del proyecto de construcción de viviendas; y, iii) la citación para una reunión del comité de colocaciones en un mismo día, en el que también se aprobó el proyecto en cuestión. A partir de estos datos, la sentencia de vista entendió que medió un interés indebido en provecho del Consorcio para otorgar

38 De opinión similar, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 732, quien señala que el término interesarse debe delimitarse en el contexto del hecho, y no solo en un sentido de infracción formal de una norma.

la aprobación de su proyecto de construcción de viviendas. Se partió de entender como máximas de experiencias generales que cuando se realizan conductas de coordinación con los promotores antes de la presentación formal de un proyecto de financiamiento, realizando la modificación del procedimiento de otorgamiento de créditos y autorizando la utilización del logo del banco para la difusión del proyecto, éstas constituyen intervenciones que prueban el carácter indebido en la participación de los funcionarios del Banco de Materiales. La Corte Suprema precisó que estos hechos debían analizarse desde la naturaleza de la actividad que realizaba el Banco de Materiales: no se trataba de un proyecto de inversión pública o la adquisición o venta de bienes y servicios por parte de la Administración Pública, por tanto, la aplicación de las máximas de experiencia no debían ser las mismas, debía tenerse presente que se estaba frente a una operación financiera del Estado. De esta manera, el hecho de que el banco haya autorizado el uso del logotipo o la existencia de reuniones previas entre los funcionarios públicos, los representantes del Consorcio y otros bancos, no puede constituir indicios suficientes que de cuenta de la gravedad de una conducta merecedora de una sanción penal, en buena cuenta se había examinado en forma aislada los hechos sin tener en cuenta el contexto en que se produjeron y la naturaleza de la operación bancaria-financiera en la que participaba la Administración Pública.

Otro punto a dilucidar es la titularidad del interés: ¿el interés del funcionario ha de ser propio o es suficiente el interés de beneficiar a un tercero? La redacción de nuestro tipo penal admitiría castigar tanto el interés propio como de un tercero en la medida que se prevé expresamente que se pueda actuar interesadamente en beneficio de un tercero. Desde el punto de vista de la expectativa normativa protegida, no es tan relevante si la finalidad del funcionario es para beneficiarse a sí mismo o un tercero, lo que no significa que no deba probarse porque esto último es un elemento del tipo subjetivo. Lo cierto es que la expectativa normativa se verá igual de afectada tanto si el prevalimiento del funcionario público tiende a beneficiarlo como a cualquier otro.

En este sentido, el interesarse indebidamente se debe entender, como señala un sector de la doctrina, como la injerencia del funcionario público que se aprovecha de su cargo, sea para obtener un beneficio propio o de un tercero, en un contrato u operación³⁹.

Una última cuestión a determinar es el momento en que opera el interés indebido: se puede presentar en cualquier etapa o solo cuando exista un contrato u operación perfeccionada⁴⁰. En la doctrina y jurisprudencia nacional es bastante extenso el parecer de que el interés indebido se puede presentar durante el proceso de contratación estatal⁴¹, así, se ha admitido la realización de un delito de negociación incompatible desde la etapa de convocatoria, etapa de evaluación de propuestas, etapa de otorgamiento de la buena pro, en la ejecución del contrato u operación o en la fase de liquidación⁴². Como reseña acertadamente

39 En sentido similar, SANCINETTI, «Negociación incompatibles...», *cit.*, p. 886; ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 449. BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal...cit.*, pp. 297 y s., que agrega: “el término interesarse puede entenderse como volcar sobre el negocio de que trate una pretensión de parte no administrativa, querer que aquél asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer media en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros.

40 De diferente parecer es SGRO, *Delito de negociación incompatible...cit.*, pp. 80 y ss., para quien los actos realizados en la fase previa a la suscripción del contrato no podrían constituir delito de negociación incompatible en tanto existe una delimitación típica que solo admitiría la aplicación de esta figura a los contratos u operaciones ya perfeccionados. En todo caso, señala el autor, son actos preparatorios no punibles o que podrán ser penados como constitutivos de otros delitos como el incumplimiento de deberes.

41 Un precedente jurisprudencial en contrario se encuentra en la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 661-2009/Sala Penal Permanente, en la que restringió la aplicación de este precepto penal hasta el momento del consentimiento y otorgamiento de la buena pro, de manera que se descartaba la posibilidad de participación en el delito en la fase de ejecución y de recepción de una obra.

42 *Vid.*, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 455; CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...cit.*, p. 41 y ss.; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 723. Igualmente,

CASTILLO ALVA, el delito de negociación incompatible podrá operar durante: i) la fase de negociación del contrato u operación, aceptando la propuesta de un postor u otorgando información privilegiada; ii) la suscripción del contrato u operación, agilizando los trámites para la suscripción u omitiendo algún requisito que estaba prescrito en las bases como condición para la suscripción del contrato (carta fianza); iii) la ejecución del contrato u operación, ya sea ampliando los plazos de cumplimiento de la prestación o aceptando la entrega de productos de diferente calidad a la ofertada o incumpliendo la labor de fiscalización de la ejecución de una obra; y, iv) la fase de liquidación, por ejemplo, cuando se autoriza un pago adicional no estipulado por servicios⁴³.

4.5. Objeto del interés: contrato u operación

El antecedente legislativo del delito de negociación incompatible se encuentra en la legislación argentina⁴⁴. Una revisión de la legislación argentina ponía de manifiesto que este delito no aplicaba a los supuestos de prevalimiento cometido por cualquier funcionario público en cualquier acto administrativo o decisión funcional, sino que se limitaba a operaciones de carácter patrimonial en la que participaba un funcionario público en representación de la Administración Pública. Específicamente, el artículo 265 del Código Penal argentino anterior con la reforma introducida por la Ley N° 25.188, que operó en el año 1999, delimitaba el ámbito de tipicidad objetiva a los contratos u operaciones siempre de carácter económico⁴⁵.

en la Ejecutorias Supremas: R.N. N° 734-2014/Primera Sala Penal Transitoria; y, R.N. N° 666-2016/Primera Sala Penal Transitoria; y la Cas. N° 231-2017-Puno/Segunda Sala Penal Transitoria.

43 *Vid.*, CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...cit.*, pp. 42 y s.

44 *Vid.*, en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, pp. 444 y s. Igualmente, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración...cit.*, p. 816, aunque incluye la fuente española.

45 Así lo entendió la doctrina argentina, *Vid.*, BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal...cit.*, pp. 298 y s.; DONNA, *Delitos contra la Administración Pública...*

De otro lado, en la legislación española, que también es tomada como una fuente de inspiración de nuestro legislador, tenía un ámbito de aplicación igualmente definido: contrato u operaciones estatales⁴⁶. Sin embargo, el texto primigenio sufrió una modificación, operada por el Código Penal de 1995, al determinar que el delito de negociación incompatible era de aplicación a “*cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad*”; la doctrina considera que era una enunciación innecesaria y que debía volverse a la redacción del precepto original⁴⁷.

El tenor originario de la regulación peruana siguió la lógica de delimitación objetiva que planteó la legislación española, pues su ámbito se circunscribía exclusivamente a los contratos u operaciones derivadas de la contratación pública. Las modificaciones que se han producido en forma posterior en los años 2004 y 2011 no han realizado una reforma sobre el objeto material de la acción delictiva en este ilícito penal.

Un tema que podría plantearse es si la redacción actual del delito de negociación incompatible al utilizar la terminología “contrato u operación” se podría aplicar a todas las contrataciones o negocios públicos, lo que podría generar una situación de impunidad. En todo caso, se podría plantear que la redacción del tipo penal incorporase una redacción similar al tipo penal de colusión que castiga la intervención colusoria del funcionario público en cualquier etapa de la modalidad de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios. En

cit., p. 322; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal...cit.*, p. 964; SGRO, *Delito de negociación incompatible...cit.*, p. 73.

46 En la redacción del artículo 412 del Código Penal español de 1870 (con igual descripción en el artículo 401 del Código de 1973) la descripción típica era la siguiente: “*El funcionario público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba de intervenir por razón de su cargo será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubiera tomado en el negocio*”.

47 Críticamente, JAREÑO LEAL, *El delito de negociaciones prohibidas...cit.*, p. 32.

relación a este punto, la doctrina española es crítica en relación, por ejemplo, a la redacción excesivamente amplia en el tipo penal de colusión que hace referencia a “modalidades de contratación pública o las liquidaciones de efectos o haberes públicos”⁴⁸. En mi opinión esa ampliación sería innecesaria por cuanto en la doctrina y jurisprudencia nacional nunca ha existido un problema en la aplicación del tipo penal⁴⁹. Además, como lo señala un sector de la doctrina nacional, se trata de conceptos que están vinculados a la contratación pública, pero que se mueven en un plano conceptual diferente⁵⁰. Así, las licitaciones, concursos de precios y subastan son procesos de competencia reglados para la adquisición de bienes y servicios estatales. De otro lado, los contratos y suministros son operaciones que permiten concretar la adquisición estatal en los procesos de selección antes descritos. En definitiva, el delito de negociación incompatible se delimita a toda modalidad de contratación pública para las adquisiciones que tiene a su cargo el Estado, esto permite que el tipo penal abarque los procesos de selección y la ejecución de los contratos con los que se realizan dichas adquisiciones⁵¹.

Otra cuestión importante es establecer la delimitación del término operación⁵². La operación se ha entendido, como señala Creus,

48 GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Grijley, Lima, 2008, p. 160.

49 Vid, en similar opinión, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2014, p. 571; CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...* *cit.*, p. 59.

50 Este ha sido un criterio jurisprudencial asumido por la Corte Suprema en la Cas. N° 23-2016-Ica/Sala Penal Permanente cuando se afirma que: “4.35. Es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación – es un tipo penal general de amplio espectro- que se asemeja al delito de colusión”.

51 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico...* *cit.*, p. 1095.

52 Algunas jurisprudencias destacadas por la Corte Suprema: R.N. N° 578-2011/Sala Permanente y R.N. N° 1328-2011/Sala Penal Permanente, donde se

como: “un acto de carácter económico en que la Administración no actúa conjugando voluntades con otra parte sino a título singular”. Ocurre en los casos de objetos secuestrados, expropiados, las incautaciones, los comisos⁵³. En este sentido, no podría incluirse dentro del ámbito del delito de negociación incompatible, por ejemplo, cualquier acto administrativo o decisión en la que el funcionario público se prevale de su posición para obtener un beneficio a su favor o de tercero, pues esta extensión del ámbito de la aplicación del tipo penal implicaría salir del tenor establecido por la ley, configurando una infracción al principio de legalidad, reconocido en la Constitución Política (artículo 2 inciso 24, literal d) y en el Código Penal (artículo II del Título Preliminar). Así sucedió en la Ejecutoria Suprema, R. N.º 613-2009/Sala Penal Permanente, en que se discutió si era posible imputar el delito de negociación incompatible a un servidor judicial por haber falsificado la firma de un juez en una resolución y luego disponer, mediante un oficio, la entrega de un vehículo que estaba incautado en un proceso judicial. Se estableció que ese acto realizado por el servidor judicial no podía considerarse dentro del ámbito de una operación o contrato estatal. Igualmente sucedería si, por ejemplo, se trata de imputar a un congresista el delito de negociación incompatible por cuanto, prevaleciendo de su cargo, habría mostrado un interés en aprobar un proyecto de ley para beneficiar a un sector económico donde se desenvuelva una empresa familiar, en tanto no todo acto administrativo o acto de injerencia o de participación de un funcionario o servidor público puede ser

señala que: “(...) cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible, comprende aquellas situaciones en las que la Administración Pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero —sea este una persona natural o jurídica—, mientras que la operación, se entiende como aquellos actos unilaterales que se producen entre la Administración Pública y sus administrados, condicionados a que tales actos, tengan un contenido económico”.

53 Vid., CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...cit.*, p. 59; SGRO, M., *Delito de negociación incompatible...cit.*, p. 73.

reputado como una operación y, por tanto, considerado como objeto de la acción del delito de negociación incompatible⁵⁴.

4.6. El elemento subjetivo

El delito de negociación incompatible se castiga a título de dolo. Para afirmar que hay dolo es necesario imputar al funcionario estatal el conocimiento que ha abusado de su posición para interesarse indebidamente en un contrato u operación en el que interviene. Como ya se ha indicado en los párrafos precedentes, la imputación de la sola infracción de un deber de abstención o una intervención en una situación de conflicto de intereses no será suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta⁵⁵. Dado que el delito de negociación incompatible presupone la existencia de un interés y de un prevalimiento del cargo, se admitiría el dolo directo y el dolo eventual⁵⁶.

Otro punto es determinar si el tipo penal exige un elemento subjetivo especial. La doctrina mayoritaria nacional entiende que sí, por cuanto la redacción propia del tipo establece este requisito como un elemento subjetivo de tendencia⁵⁷. Sin embargo, ello no significa que sea necesario que el provecho propio o ajeno se haya alcanzado efectivamente para que el tipo penal se haya consumado⁵⁸. En este sentido,

54 De similar conclusión, CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...cit.*, p. 61.

55 En sentido similar, CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...cit.*, p. 105; SANCINETTI, «Negociaciones incompatibles...», *cit.*, p. 888.

56 A favor del dolo directo: ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 455; BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal...cit.*, p. 302; DONNA, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 324. A favor del dolo eventual: SGRO, *Delito de negociación incompatible...cit.*, p. 98; CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...cit.*, p. 109; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 723.

57 Una opinión distinta, *Vid.*, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 455.

58 *Vid.*, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración...cit.*, p. 823; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 723. En la doctrina

la Cas. N° 841-2015-Ayacucho/Sala Penal Permanente ha establecido este elemento como parte del tipo subjetivo y su necesidad de prueba: *“El segundo elemento es la búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener acreditada la conducta típica, debe presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato. (...) todos los elementos antes mencionados debe ser materia de prueba en el proceso penal. No es posible derivar la existencia de los mismos, o presumirla, sino que al tratarse de elementos que configuran la conducta incriminada, constituye un deber del magistrado determinar si existen o no las pruebas que acrediten los elementos antes mencionados”*⁵⁹.

V. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito de negociación incompatible se consuma cuando el funcionario público, en razón de su cargo, ha exteriorizado cualquier acto en el que demuestra que está interesado en cualquier contrato u operación, con independencia de que se logre suscribir el contrato o se concrete la operación. Dado que no se trata de un delito de lesión o de peligro concreto, no es necesaria la efectiva lesión al patrimonio público ni su puesta en peligro. En cuanto a la posibilidad de tentativa, dado que nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto en la que se ha producido un adelantamiento de la tutela penal, sería razonable no admitirla, dejando esa actuación al ámbito de Derecho administrativo disciplinario⁶⁰.

argentina, que también tiene incorporado ese elemento, se llega a las mismas conclusiones: DONNA, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, 324; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal...cit.*, pp. 965 y s.; SGRO, *Delito de negociación incompatible...cit.*, p. 100.

59 En igual sentido, la Cas. N° 23-2016-Ica/Sala Penal Permanente.

60 De igual forma, *Vid.*, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 456; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración...cit.*, p. 826; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública...cit.*, p. 736.

VI. INTERVENCIÓN DELICTIVA

Como el delito de negociación incompatible está configurado como un delito de infracción de deber, solo el funcionario público vinculado institucionalmente con la contratación estatal en la que se interesa indebidamente, responderá como autor directo. El fundamento para sostener la imputación en un delito de infracción de deber no responde a la defectuosa libertad organizativa del autor del hecho punible, sino en la infracción del deber positivo de resguardar los intereses de la Administración Pública a través de una actuación imparcial en un contrato u operación estatal en la que interviene por razón de su cargo.

Un tema distinto es el grado de participación de un particular u otro funcionario público que colabora en concretar el interés indebido del funcionario competente en un contrato u operación. Como ya se destacó en líneas anteriores, el hecho de que el delito de negociación incompatible no esté tipificado como un delito de participación necesaria, como sí sucede en el delito de colusión, en nada impide la posibilidad de castigar a toda aquella persona que sea favorecida en la comisión de este ilícito. Así lo ha admitido la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 666-2016, en la que se afirma lo siguiente: *“Esta negociación incompatible se extiende, como cómplice primario, al teniente Alcalde Alcántara Tarazona, miembro accionista de la empresa G & H Contratistas Generales S.R.L., el mismo que como tal se prestó a esa intervención legalmente proscrita —y, por ello, completa la conducta típica—. Su condición de ser uno de los socios fundadores de la empresa, formada ese mismo año dos mil ocho —una pequeña empresa, sin duda, en la que incluso el gerente general era el otro socio—, determina tanto que el conocimiento de la participación en ese proceso de contratación pública no pueda ser negado, cuanto que estaba en condiciones de concretar la obtención de la buena pro”*⁶¹.

61 Entiendo que la dificultad se plantea cuando el cómplice es el tercero particular. Si se trata de un funcionario público no habría ninguna situación concursal con el delito de colusión desleal. Así, por ejemplo, sucede en la investigación

Esa consideración, a mi juicio, es problemática en la medida que asumo la teoría de la ruptura del título de imputación. Por tanto, si se afirma que el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, no es posible admitir el castigo a los partícipes *extraneus* en la medida que el deber positivo especial solo vincula en este tipo penal a los *intraneus*. Sin embargo, en nuestro país la doctrina y una modificación que sufrió el artículo 25 del Código Penal, terminaron por admitir la posibilidad de sancionar a un partícipe cuando colabore o se adhiera al injusto del obligado institucional: funcionario público, tratándose de estos casos. Se trata de una participación que no se sustenta en la infracción de un rol institucional que solo vincula al obligado institucional, sino en el hecho de que todos los miembros de la sociedad también se encuentra vinculados de forma mediata a estas. De esta manera, no se puede afirmar que el comportamiento de un *extraneus* que contribuye en la comisión de un delito de infracción de deber es jurídicamente neutro. Se le podrá imputar el suceso siempre que exista un obligado institucional que ha quebrantado una obligación especial⁶². Esta solución, como señala un sector de la doctrina, no es coherente en la medida que, si se reconoce la distinción entre delitos de infracción de deber, con base a competencias institucionales y delitos de dominio, con base en competencias organizacionales, no debería admitirse la infracción de un deber a una persona que no tiene la calidad de obligado institucional, pues tira por la borda esta diferenciación. El partícipe *extraneus* debería responder por un delito de do-

seguida contra cuatro funcionarios del congreso por el caso de compras de computadoras. Si, en este caso, el funcionario competente habría recibido cualquier tipo de cooperación para concretar el interés indebido en un contrato, se puede admitir sin problemas esa participación como punible (me refiero al aporte del funcionario no competente).

62 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber...., cit.*, pp. 219 y s. A favor de admitir la intervención del *extranei* en la doctrina peruana: REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2004, p. 41.

minio en el que pueda subsumirse su actuación o el legislador debería incluir un tipo penal que específicamente tipifique este aporte, como sucede, por ejemplo, con la regulación del cohecho activo genérico (artículo 397 del Código Penal).

En todo caso y asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación usada por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la sola participación de una *extraneus* en un contrato u operación en la que interviene un funcionario competente con un interés indebido no es suficiente para justificar su responsabilidad penal. En definitiva, no bastará para ser considerado como partícipe el hecho de formar parte de una etapa de la ejecución de un contrato o una operación, por ejemplo, el asesor jurídico que otorga el visto bueno en una modificación en el contrato o la empresa que se ve favorecida por el interés indebido del funcionario: la hija que no tenía conocimiento del abuso del cargo como funcionario estatal del padre, pues el solo de hecho de ser parte de cierto ámbito de la dinámica administrativa contractual no es suficiente para ser considerado como interviniente en el delito. **Para poder afirmar, en consecuencia, la participación delictiva el cómplice tendrá que realizar un aporte significativo en la ejecución del hecho delictivo conociendo el interés indebido del funcionario público en una operación o contrato a su cargo y la finalidad de obtener un beneficio de ello.** Si se le imputa, por ejemplo, la sola existencia de defectos administrativos o a otro funcionario el hecho de no ejecutar sus obligaciones a su cargo (supervisor de la obra), ello no será suficiente para admitir una participación delictiva que pueda generar una condena a título de partícipe en un delito de negociación incompatible.

VII. RELACIONES CONCURSALES CON OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

7.1. Con el delito de omisión de actos funcionales

El delito de omisión de actos funcionales, tipificado en el artículo 377 del Código Penal, castiga al funcionario público que, ile-

galmente, omite, rehusa o retarde algún acto de su cargo, por lo que podría presentarse una relación concursal entre este delito y el delito de negociación incompatible. Por ejemplo: el funcionario público que debió convocar a un proceso de licitación para la contratación de un servicio, sin embargo, omite ello y permite la contratación fraccionada de un servicio, permitiendo el pago de varias órdenes por un mismo servicio, superando el tope establecido por la Ley de Contrataciones. En este caso y otros similares, se podría argumentar que existe una relación de concurso, sin embargo, si se determina que esta omisión ha servido para concretar el interés indebido del funcionario público para obtener un provecho propio o para tercero, se deberá solucionar bajo el principio de consunción que permite considerar el injusto del delito de omisión de actos funcionales como abarcado dentro del delito de negociación incompatible.

Asimismo, cabe indicar que no toda omisión de un acto funcional da lugar a una autoría o participación en un delito de negociación incompatible. Sobre lo primero, puede ser que un funcionario omitió un acto funcional a pedido de un particular interesado. En este supuesto, más que estar frente a una negociación incompatible se puede presentar un delito de omisión de actos funcionales, por ejemplo: el funcionario, que no teniendo competencia funcional en el contrato u operación, solo omite dolosamente pedir las declaraciones juradas de impedimento para contratar, a pesar que la ley lo exige. En cuanto a la participación, como ya se indicó, para admitir la participación en un delito de negociación incompatible tendrá que probarse que el partícipe realizó un aporte relevante en la ejecución del hecho delictivo conociendo que este servirá para concretar el interés indebido del funcionario público competente en una operación o contrato que pretende obtener beneficio propio o para tercero. Si, usando el ejemplo anterior, se prueba que el funcionario público omitió pedir las declaraciones juradas para concretar o facilitar el interés del funcionario público competente en el contrato, entonces no habría problema en admitir una participación punible en el delito de negociación incompatible.

7.2. Con el delito de colusión desleal

Uno de los problemas que se afrontan en la práctica judicial es la determinación entre aplicar el tipo penal de negociación incompatible y el de colusión desleal, en la medida que ambos ilícitos tienen ciertas similitudes: i) en ambos delitos se castiga el prevalimiento del cargo para delinquir (se exige un funcionario o servidor público competente por razón de su cargo); ii) los asuntos en los que interviene o el objeto material: contratos y operaciones, si bien en el delito de colusión el listado es más específico (cualquier modalidad de adquisición de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado), ya se ha visto que no se admite ninguna delimitación respecto a las operaciones y contratos en la que puede intervenir el funcionario que comete el delito de negociación incompatible.

Junto a estas similitudes, es importante resaltar que la diferencia entre cada injusto se debe resolver en atención a la conducta típica y, por supuesto, según las circunstancias del caso concreto. Por un lado, es posible que se configura el delito de negociación incompatible a partir del acto de interesarse del funcionario público competente en un contrato u operación, sin que ello implique un acto de concertación con el interesado en el contrato. Como ya se ha indicado, el delito de negociación incompatible no es un delito de participación necesaria, por tanto, se puede afirmar la comisión de un delito de negociación incompatible cuando se prueba que el funcionario se interesó directa y unilateralmente en un contrato u operación sometido a su cargo o competencia. Por ejemplo: el miembro de un comité de selección para una adjudicación de una obra se interesa indebidamente para otorgar la buena pro a favor de la empresa en la que es accionista su esposa. En este caso, se podrá castigar al funcionario público como autor al demostrar un interés directo en un contrato sometido a su cargo, no siendo necesario el castigo a la esposa, salvo se demuestre que ella actuó en connivencia con su pareja. En efecto, la doctrina ha sostenido que para concretar el interés no es necesario que el tercero

favorecido conozca del acto de interés desplegado por el funcionario o, inclusive, es posible que el proveedor se encuentre al margen del acto que refleja el interés indebido que promueve el funcionario estatal⁶³. Se trata de un delito unilateral. Por el contrario, en delito de colusión es un delito de participación de necesaria y de encuentro: se requiere de una concertación fraudulenta entre un funcionario público y un particular para afectar los intereses patrimoniales de la Administración Pública.

Un supuesto problemático se podría presentar en la modalidad de negociación incompatible de interesarse de manera indirecta, en especial cuando se trata de un particular pues se podría argumentar una situación de concurso con el delito de colusión. Tal como se ha sostenido, esta modalidad se presenta cuando el funcionario público requiere la participación de terceros para lograr concretar el interés indebido en un contrato u operación: puede tratarse de particulares como de otros funcionarios públicos. Como ya se ha indicado y en contra de lo establecido por la Cas. N° 841-2015/Sala Penal Permanente, se admite la posibilidad de participación en esta modalidad para concretar el interés del funcionario público. Entonces habría que delimitar cuando la intervención de un tercero-particular puede constituir un delito de negociación incompatible y cuando nos encontraremos frente a un delito de colusión desleal. Los casos típicos de negociación incompatible con intervención de un tercero-particular se presentarán cuando se utiliza, por ejemplo, un testaferro o se utiliza un familiar para concretar el interés del funcionario. En el caso del testaferro no habrá duda que responderá como cómplice del delito, sin embargo, habría que hacer un tratamiento distinto en el segundo supuesto. Si se determina que el funcionario público ha intervenido indebidamente, por razón de su cargo, en una adjudicación de un contrato a la empresa del cónyuge, y su cónyuge no ha

63 Vid., CASTILLO ALVA, *El delito de negociación...cit.*, p. 136.

tenido conocimiento de que el funcionario ha abusado de su posición en el cargo para obtener un beneficio para ella, en este caso no habría responsabilidad para esta última. Distinto sería el supuesto en el que el funcionario y su cónyuge actúan coordinados, en cuyo supuesto sí deberá admitirse un castigo como cómplice necesaria del delito.

Por el contrario, habrá un delito de colusión desleal cuando se prueba que existe un acuerdo entre el funcionario público y el particular, y que este sea idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado, esto último se dará cuando se imponen condiciones menos ventajosas para el Estado de las que se podrían haber alcanzado. Esto puede suceder si se utilizan medios fraudulentos con la finalidad de perjudicar al Estado: creación de empresas ficticias o se utiliza a terceros para realizar determinados servicios ficticios, entre otros. De esta manera, será un caso de colusión desleal, por ejemplo, cuando se determina que el Alcalde de una Municipalidad se reúne con el socio de la empresa “B” para proponerle que se presenta a una licitación y logre ser ganador de la buena pro, a pesar que no tenía experiencia en construcción de obras públicas y para eso falsifica constancias de trabajo con empresas privadas. Para lograr el fin defraudatorio, se reúne con los miembros del comité que elabora las bases y se las entregan al representante de la empresa “B”, quien resulta ganador. El Alcalde firma el contrato con el socio de la empresa B. En este caso, habrá un delito de colusión desleal por cuanto ha existido un acuerdo colusorio entre el particular y el funcionario público en un contrato que tuvo por finalidad defraudar el Estado. Por el contrario, si se determina que el Alcalde solo se reunió con el socio de la empresa B y este le pidió que apoye para la adjudicación de la obra, y el Alcalde luego forma parte del comité de adjudicación y otorga la buena pro, en este caso, habría un delito de negociación incompatible. Solo se podría demostrar que el Alcalde, como consecuencia de una reunión con el particular, abuso de su cargo para intervenir en un contrato y otorgarle la buena al tercero-particular.

VIII. LA PRESCRIPCIÓN

8.1. Tratamiento antes de la reforma constitucional

En líneas generales la prescripción es una institución jurídica mediante la cual, por el plazo del tiempo transcurrido, el Estado pierde la posibilidad de iniciar o continuar la persecución penal contra una persona a quien se le puede atribuir la comisión de un delito. En la doctrina penal no es cuestión pacífica establecer si la prescripción es una institución de naturaleza procesal o sustantiva. Por un lado, la tesis material señala que la prescripción es de naturaleza sustantiva en tanto se encuentra vinculada con los efectos de la infracción penal: transcurrido el plazo de prescripción del delito, la pena ya no será necesaria porque dejaría de tener utilidad social⁶⁴. De otro lado, la tesis procesal señala que la prescripción tendría naturaleza procesal porque el Estado decide poner un límite para el ejercicio de su poder punitivo. Transcurrido el plazo previsto en la ley, el Estado no puede llevar adelante la persecución penal pública derivada de una sospecha de que se ha cometido un posible hecho penalmente relevante⁶⁵. Finalmente, existe una postura intermedia que señala que su naturaleza es procesal y sustantiva y que recoge los dos aspectos anteriormente descritos⁶⁶.

La respuesta sobre la naturaleza de la prescripción no es una cuestión de menor importancia, pues la posición que se adopte tendrá importantes consecuencias en el factor de aplicación de las normas que

64 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2014, pp. 586 y ss.

65 ABOSO, *Código penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia*, BdeF, Buenos Aires, 2018, p. 400.

66 En el aspecto material desaparece la necesidad de la persecución penal por la falta de necesidad de pena por el transcurso del tiempo en la comisión del hecho delictivo, mientras que el aspecto procesal se relaciona con las dificultades para probar el hecho penal por el paso del tiempo. Vid, en este sentido, los comentarios y críticas que recoge ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal, cit.*, p. 586. A favor de la tesis mixta GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal, cit.*, pp. 877 y s.

modifiquen la prescripción y, en especial, determinar la aplicabilidad del principio de prohibición de retroactividad de la ley penal (con la excepción de la retroactividad benigna). Así pues, por ejemplo, si se afirma que la prescripción tiene una naturaleza procesal no habrá ningún inconveniente para poder aplicar la reciente reforma del artículo 41 de la Constitución que autoriza la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción que afecten gravemente el patrimonio estatal a un proceso que se encuentre en curso. Si el factor de aplicación para normas procesales es el *tempus regit actum* (aplicación inmediata), la ampliación del plazo de prescripción sería plenamente legal en tanto no hubiera vencido éste, y ello no implicaría atentar contra la prohibición de retroactividad⁶⁷.

En nuestra opinión y conforme a lo sostenido por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 (en adelante, AP N° 1-2010), la prescripción tiene una naturaleza mixta en tanto si fuera solo material bastaría con hacerla valer en el proceso a través de una excepción de improcedencia de acción por cuanto estaría vinculado a la estructura del injusto (por no ser penalmente justiciable por el paso del tiempo), sin embargo, ello no es así. Asimismo, si su naturaleza fuera solo procesal entonces se podría alegar que se trataría de una condición de procedibilidad de la acción penal y debería dirigirse a través de una cuestión previa. Sin embargo, la prescripción se alega en el proceso penal a través de una excepción en el que se analiza tanto el paso del tiempo de la persecución penal como el tipo o naturaleza de injusto penal (es decir, se conjugan aspectos materiales y procesales)⁶⁸.

67 Es de destacar que, en contra lo opinado por ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal, cit.*, p. 590 y ss., en relación a la naturaleza procesal de la prescripción, en nuestro país se admite la retroactividad benigna en materia penal como lo prescribe el artículo VII.2 del Nuevo Código Procesal Penal. Sobre el principio de favorabilidad en materia procesal, *Vid.*, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal. Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004*, INPECCP, Lima, 2015 *cit.*, p. 28.

68 *Vid.*, en este sentido, la opinión de GARCÍA CAVERO, *Derecho penal, cit.*, p. 877.

El artículo 80 del Código Penal establece que la prescripción de la acción penal se produce en un tiempo igual al máximo de la pena fijado por la ley para el delito, siempre que se trate de un delito conminado con una pena privativa de libertad temporal. La regla general, por tanto, es que el plazo de prescripción de la acción penal es igual al marco penal máximo de la pena abstracta prevista en el tipo penal correspondiente, sin embargo, existe una excepción muy importante con la presente investigación que se encuentra contenida en la parte *in fine* del referido artículo 80 y también recogido en el artículo 41 del Código Penal. Se trata de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, en los que se duplica el plazo de prescripción.

La Corte Suprema, vía el AP N° 1-2010, señaló que la finalidad de la dúplica del plazo de prescripción operaba porque el legislador buscó dar una regla especial con la finalidad de otorgar al Ministerio Público un mayor plazo para la persecución del hecho punible; asimismo, que el fundamento para que opere esta particular circunstancia agravatoria residía en que se trataba de conductas que generaban un mayor reproche, por tratarse de delitos cometidos por funcionarios públicos que afectan el patrimonio estatal. Asimismo, en el fundamento jurídico 14 la Corte Suprema añadió que: *“es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha (...)”*.

Este punto –sobre la prescripción– cobra relevancia en torno a la aplicación del delito de negociación incompatible a efectos de determinar si es posible instar la dúplica del plazo de prescripción que habilita el artículo 80 *in fine*. A pesar de los intentos de esclarecimiento por parte de los jueces de la Corte Suprema, un sector de la doctrina

y de la jurisprudencia, incluso de la propia Corte, entendió que para la aplicación de la circunstancia de dúplica del plazo de prescripción solo bastaba con analizar si un determinado delito estaba configurado como un delito de lesión patrimonial⁶⁹.

La posición que se adoptó –en parte acertada– era que el delito de negociación incompatible no era un delito de lesión patrimonial: no es necesario la acreditación de un perjuicio al Estado o su posibilidad para configurar este ilícito penal. La consecuencia, inmediata, de este parecer era negar que un funcionario o servidor público procesado por este delito se le podría aplicar lo dispuesto en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal. La Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 3001-2011 señaló que: *pese a que los procesados tenían la calidad de funcionarios públicos, no corresponde duplicar el plazo de prescripción en aplicación de lo normado en el último párrafo del artículo ochenta del Código sustantivo, pues conforme a lo señalado en el Acuerdo Plenario número uno – dos mil diez – CJ – ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, se advierte que el bien jurídico tutelado en el delito en comento, no se encuentra vinculado directamente con el patrimonio público, sino, con el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicho*⁷⁰.

Este parecer adoptado es, sin embargo, errado. Porque la opción legislativa de incrementar el plazo de prescripción del delito está referido, como acertadamente está descrito en el artículo 41 de la Constitu-

69 Vid., PARIONA ARANA, «La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿medida necesaria para evitar la impunidad?», en: Montoya Vivanco (coord.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2012, pp. 22-23.

70 Vid., CASTILLO ALVA, *El delito de negociación incompatible*, cit., pp. 142 y ss., quien sostiene que no se aplica la dúplica del plazo de prescripción para cualquier funcionario público procesado o investigado por delito de negociación incompatible porque se trata de un tipo delictivo que no se estructura como un delito de lesión patrimonial del Estado.

ción y en el propio artículo 80 del Código Penal, a dos circunstancias: i) se trate de un delito cometido por un funcionario público que tenga una relación funcional con el patrimonio del Estado; y, ii) se trate de un delito que afecte el patrimonio del Estado. En este sentido, el hecho de que determinado delito, como el de negociación incompatible, no proteja directamente el patrimonio del Estado (o que el bien jurídico no sea el patrimonio estatal, cómo si sucedería en el delito de peculado) no impide que se pueda aplicar la dúplica del plazo de prescripción, pues el presupuesto de aplicación de los dos dispositivos legales anteriormente citado es que se afecte o dañe el patrimonio del Estado por parte de un funcionario público con competencia funcional. Es decir, para la aplicación de la dúplica del plazo de prescripción es indiferente la estructura típica del delito contra la Administración Pública, lo que importa es determinar con base a prueba suficiente que el ilícito cometido por el funcionario dañó patrimonialmente al Estado.

En este sentido, se han pronunciado recientemente otras sentencias de la Corte Suprema, como la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 380-2015/Primera Sala Penal Transitoria que señaló que: *“Que cuando, causalmente, la conducta del agente oficial afecta directamente el patrimonio del Estado vulnerando deberes del cargo, es evidente que rige la dúplica del plazo de prescripción a que hace referencia el artículo 80 in fine Código Penal. El delito es mención es uno contra la Administración Pública, los imputados son funcionarios públicos, la conducta que se les atribuye la cometieron a propósito del ejercicio de sus funciones, y más allá de cualquier consideración acerca de los alcances mínimos de la figura penal objeto del proceso, en tanto sea específicamente funcional la conducta en concreto —objeto de enjuiciamiento— trajo consigo la lesión del patrimonio estatal y municipal. Esta conclusión no está en desacuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo Plenario número uno guion dos mil diez diagonal CJ guion ciento dieciséis, de dieciséis de noviembre de dos mil diez. Debe analizarse, siempre, los alcances del tipo penal y la concreta conducta objeto de acusación fiscal.* En igual sentido, en la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 972-2017/Primera Sala Penal Transitoria se indicó lo

siguiente: “*Resulta pertinente analizar si en el caso de autos, pese a que el delito instruido y juzgado no contempla afectación patrimonial, se hubiera configurado igualmente, pues ello sí daría pie a considerar la posibilidad de extender la dúplica del plazo de prescripción*”⁷¹.

8.2. Tratamiento posterior a la reforma constitucional: Ley N° 30650

8.2.1. La legitimidad de la política criminal en tiempos de “crisis social”

El escenario legislativo sobre el plazo de prescripción y los sujetos de aplicación se modificó sustancialmente mediante la reforma introducida por la Ley N° 30650, por cuanto se establecieron tres cambios o reglas del juego relevantes: i) que la dúplica del plazo de prescripción operaba para todo delito contra la Administración Pública; ii) el efecto de la extensión del plazo de prescripción ahora incorporaba a los *extra-neus*; y, iii) la imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración Pública y el patrimonio estatal “más graves”.

El legislador peruano no ha sido pionero en esta materia, me refiero a la adopción de un modelo de imprescriptibilidad para ciertos delitos⁷². En la criminalidad común, por ejemplo, en España se declararon imprescriptibles los delitos de homicidio cometidos por organizaciones terroristas (artículo 133 del Código Penal español) y se ha abierto el debate en la opinión pública acerca si deben prescribir los delitos de abuso sexual en agravio de niños sobre todo si, como uno suele apreciar en la realidad, muchas veces estos hechos son denunciados por las víctimas muchos años después de su comisión. En Alemania una

71 A mayor abundamiento, otros ejemplos lo constituyen: Ejecutoria Suprema, R.N. N° 2807-2015/Primera Sala Penal Transitoria; y la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 1542-2016/Primera Sala penal Transitoria.

72 En Sudamérica encontramos ejemplos en el artículo 233 de la Constitución de Ecuador y en el artículo 112 de la Constitución de Bolivia, en los que se adoptó un modelo de imprescriptibilidad en la lucha contra la corrupción.

reciente reforma ha establecido que ciertos delitos contra un menor no pueden empezar la prescripción hasta que aquellos cumplan 30 años (artículo 78b StGB)⁷³.

Las posibles razones que podrían explicar esta tendencia en la política criminal contemporánea a reducir el tiempo de prescripción en los delitos de corrupción merecen ser discutidas. Por un lado, se habla de la crisis en la que se encuentra el sistema de justicia. El ciudadano diariamente se queja constantemente de la corrupción que se encuentra muy presente en la Administración Pública, señala que hay impunidad y que ésta, muchas veces, tiene su origen en el sistema de justicia. Esta afirmación parece, en muchas ocasiones, una demanda subjetiva del ciudadano, que no ha sido medida o cuantificada por un estudio técnico serio —y no me refiero a las encuestas que hoy tiene un uso primordial para medir las demandas punitivas o de justicia—.

Pese a las dudas que ofrece la sensación de inseguridad del ciudadano y la desconfianza en el sistema de justicia, valdría, creo yo, identificar si realmente el problema de la lucha contra la corrupción y su pretendida eficacia a través de una declaración de culpabilidad de los “corruptos” se podría resolver con el recurso de la imprescriptibilidad de los delitos y la modificación de las reglas de prescripción a los *extraneus*. Estimo que, desde el campo de la dogmática penal, se podría afirmar que existen otras razones que impiden obtener la lograda eficacia del sistema: dificultades en la investigación a cargo del Ministerio Público, problemas en la interpretación y aplicación de los delitos de parte especial, atribuible tanto a jueces como a fiscales. Esta afirmación no se reduce a una conclusión que podría tacharse rápidamente de teórica, sino que tiene base en la práctica por mi experiencia en el ejercicio de profesión. Una prueba, aunque seguro se puede encontrar

73 Vid., RÁGUES I VALLÉS, «El transcurso del tiempo como equivalente funcional de la pena», en: GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords), *Derecho penal y persona: Libro Homenaje al prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas solución editorial, Lima, 2019, p. 64.

más evidencia, es la regular intervención de la Corte Suprema a través de Acuerdos Plenarios, sentencias plenarias o casaciones que pretenden resolver una serie de problemas que se presentan en la aplicación de los tipos penales. Las dificultades en las investigaciones a cargo de la Fiscalía son una constante en nuestro sistema: desde problemas de logística y personal hasta problemas para la obtención de evidencias del delito.

Este escenario de inseguridad ciudadana y de falta de confianza por parte de los ciudadanos se agrava, por un lado, por el papel de los medios de comunicación. Si bien en los últimos tiempos con sus noticias contribuyen a informar a los ciudadanos sobre los sucesos graves que pasan en nuestro país —así ayudan a mantener en la representación colectiva delitos que, de otro modo, quedarían olvidados—, no deja de sorprender que, en otras ocasiones, no contrasten la información de los casos o se tomen actitudes manifiestamente parcializadas. Es esclarecedor lo reseñado por el Prof. SILVA SÁNCHEZ sobre la posición de los medios y su influencia en el Derecho penal: *“los medios que son el instrumento de la indignación y de la cólera pública, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para los tiempos revueltos”*⁷⁴.

De otra parte junto al rol que ejercen los medios de comunicación, vale también hacer una reflexión sobre el papel que vienen cumpliendo las propias instituciones encargadas de la persecución penal que transmiten imágenes sesgadas de la realidad que contribuyen a la difusión de la idea de falta de seguridad o eficacia del sistema judicial⁷⁵,

74 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., B de F, Buenos Aires, 2011, p. 29.

75 Por si fuera poco, es lamentable ver que en los últimos tiempos la labor del Ministerio Público parece estar más enfocada en obtener la prisión preventiva de los casos emblemáticos, en lugar de promover el avance de las investigaciones con el fin de lograr obtener condenas. La reafirmación del Derecho, y la vigencia

sin hacer un análisis crítico a la propia actuación del Ministerio Público y sus conocidas limitaciones.

Fuera de la exposición de algunas causas a este crisis, merece responder los planteamientos de la doctrina que, desde hace algún tiempo, buscaban legitimar la agravación del tratamiento de la prescripción en materia de corrupción de funcionarios: i) el *status del* funcionario corrupto, que se caracteriza por un ciudadano que tiene capacidad económica —contrata grandes abogados—, conocimiento y puede utilizar su poder y relaciones políticas para esquivar la acción de la justicia⁷⁶; ii) garantizar la eficacia de las resoluciones judiciales para evitar la impunidad en esta clases de delitos; y, iii) reconocer la gravedad del fenómeno de la corrupción y reconocer su trascendencia en la satisfacción de los intereses sociales como la salud pública, obras públicas, y la vigencia de derechos fundamentales en condición de igualdad⁷⁷.

Abrigo serias dudas al planteamiento formulado en el punto i) y, por tanto, es importante rebatir el argumento de que en este tipo de delitos existen ciudadanos privilegiados. No se trata de plantear la solución al problema a través del recurso de la lucha de clases o de protección a favor de los poderosos. Poner al Derecho penal en medio de una “pugna de clases”, lejos de su carácter democrático, me parece equivocado. Como señala el Prof. SILVA SÁNCHEZ: *“los únicos parámetros de control legítimo de la legislación penal serían su origen democrático*

del orden social, solo se produce a través de una declaración de culpabilidad. La prisión preventiva no consigue reafirmar el Derecho, solo es una medida instrumental que cumplen fines instrumentales.

76 Es ilustrativa la opinión del Juez Ramiro Salina Siccha en el Programa Conociendo el Derecho penal en la plataforma de Justicia TV, en: <https://legis.pe/video-salinas-siccha-funcionario-servidor-delinque-siempre-contrata-mejores-abogados/>. [Consulta: 22 de septiembre de 2019].

77 RÍMAC NARRO, «Comentarios sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Es la prescripción una institución modificable?», en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/12/Comentario2.pdf>. [Consulta: 18 de septiembre de 2019].

y su conformidad con la Constitución”⁷⁸. Más allá de la crítica de origen a este postulado, tampoco podemos dejar de reconocer que los delitos de corrupción presentan las circunstancias criminológicas que se han expuesto en el párrafo *supra*, empero, las relaciones de poder o la eventual capacidad del delincuente de poder contratar una buena firma de abogados se puede combatir, primero, con jueces independientes, lejos de alguna influencia extra procesal, y, segundo con Fiscales expertos en pesquisas y en teoría del delito.

Sobre lo expuesto en el punto ii) en relación a que este tipo de medidas buscaría la pretendida eficacia de las resoluciones judiciales, es importante subrayar que la idea de eficacia debe apuntar a dos temas vitales. Primero, la declaración de culpabilidad que se realiza a través de un juicio y con la consecución de la prueba suficiente más allá de toda duda razonable. Aquí se encuentra un primer problema que va más allá de las reglas de imprescriptibilidad o extensión de los plazos a cualquier delito contra la Administración Pública. La práctica demuestra que una gran dificultad que se encuentra en los delitos de corrupción es el descubrimiento de los hechos, en especial cuando se trata de corrupción en grandes estructuras estatales. Medidas que pueden aportar para optimizar el descubrimiento y esclarecimiento de los hechos son: la interceptación telefónica, testigos protegidos, colaboradores eficaces, sistema de protección para denunciantes anónimos, entre otros⁷⁹. Todos ellos, por cierto, se encuentran regulados en el Nuevo Código Procesal Penal y tampoco escapará a nuestro conocimiento que varios de ellos vienen siendo usados para los casos grandes de corrupción como LAVAJATO.

78 Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 43.

79 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal... cit.*, p. 730, quien agrega que se necesita una adecuada implementación de la persecución personal a través de oficinas y personal especializado, recursos suficientes, establecimiento de redes de información en todo el país y una adecuada neutralización de las influencias que pudiera ejercer la política en los órganos de justicia.

Lo segundo guarda relación con la captura y ejecución de sentencias de las personas halladas responsables de los delitos, una labor que está en manos de la Policía Nacional. Hemos visto que existen problemas en la captura de varias personas que han sido declarados culpables por el Poder Judicial, entre ellos, algunos conocidos políticos. Lamentablemente, como ya se describió, en los últimos tiempos la eficacia de las investigaciones y procesos de altos funcionarios o de políticos se limita a la obtención de prisiones preventivas o de medidas de impedimento de salida del país, olvidando por completo que la prisión preventiva es un recurso limitado y tampoco declara la culpabilidad de la persona.

A estas dos ideas expuestas en los párrafos precedentes, agregaría el efecto negativo que podría llevar a los órganos de persecución penal al renunciar a su deber de resolver los procesos judiciales con celeridad o al perverso sistema de nulidades⁸⁰. Hoy no es ajena a nuestra realidad en las causas vinculadas a lesa humanidad o en otros casos respecto a delitos graves, la frecuencia con la que los procesos son declarados nulos y las innumerables veces en que los juicios deben volver a repetirse.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de equiparar el fenómeno de la corrupción con los delitos de lesa humanidad por la gravedad de los efectos que se produce en la sociedad y en el sistema económico y democrático de un país, parece una propuesta de mera táctica política. No es falso decir que la corrupción produce daños culturales, económicos, políticos, pero ¿acaso todo ello merece ser protegido por el Derecho penal? Es verdad que la legislación y la política criminal deben partir de los problemas sociales, empíricos, entre otros, pero ello no quita que se puede aportar un enfoque racional sobre determinadas cuestionadas valorativas de la sociedad⁸¹. Aparte de ello los delitos

80 Vid., PARIONA ARANA, «La imprescriptibilidad...», *cit.*, p. 28.

81 SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, *cit.*, p. 52, quien señala que: «la legislación penal de un Estado debe ser reconocida por sus ciudadanos como un ordenamiento

contra la Administración Pública no son los delitos más graves, existen otros delitos como el homicidio, la violación, la trata de personas, que suponen ataques a bienes jurídicos de especial valoración y cuya penalidad es más alta⁸². ¡No por ello, vale aclarar, se puede proponer que la solución sería elevar rápidamente las penas!

8.2.2. Las reformas en materia de corrupción

De las dos reformas introducidas por la Ley N° 30650 solo se abordará la extensión del plazo de prescripción a los *extraneus* y la imprescriptibilidad a los delitos contra la Administración Pública y los que afectan el patrimonio estatal más graves o recurrentes. Por razones propias de la investigación la crítica a la dúplica del plazo de prescripción a todo delito contra la Administración Pública serán motivo de una discusión en otro espacio de trabajo, aunque algunas ideas se expresarán de forma general.

A. La extensión del plazo de prescripción a los *extraneus*

Es común la aceptación de los delitos de corrupción de funcionarios como delitos infracción de deber. El fundamento de la responsabilidad penal en estos casos parte de la vinculación especial del funcionario público con los intereses o expectativas normativas que son objeto de protección en los delitos contra la Administración Pública. Del otro lado de la moneda, se ha encontrado la participación del *extraneu* y su calificación legal en el evento delictivo. Si bien han existido diversas teorías a favor y en contra del castigo del partícipe, en los últimos años la teoría de la unidad del título de imputación tuvo mayor aceptación

justo, razonable o, como mínimo, no injusto (...) Obviamente, la legislación penal debe ser funcional a la sociedad en la que tiene que producir sus efectos. Sin embargo, esto no significa que haya que renunciar a cualquier análisis racional en relación con los procesos de criminalización o bien de descriminalización”.

82 Vid., GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, BdeF, Buenos Aires, 2017, pp. 92-93.

y ello favoreció, en palabras de quienes estaban a su favor, para evitar un espacio de impunidad, a diferencia de los postulados que plantearía la teoría de la ruptura del título de imputación. Para evitar algunas dudas en la tesis a favor de admitir la participación del *extraneu* en los delitos contra la Administración pública y frente a algunos fallos que fueron severamente cuestionados, el legislador, nuevamente, tuvo que intervenir para terminar de despejar las últimas dudas, así se promulgó el Decreto Ley N° 1351.

Fuera de este espacio de discusión sobre la admisión o no de la participación punible del *extraneus*, existía claridad en que en los delitos de infracción de deber solo cabía la autoría expresamente en los obligados institucionales, vale decir para los casos de delitos contra la Administración Pública, los funcionarios públicos. El *extraneus* no podía ser autor por su falta de vinculación institucional especial con la Administración Pública. Esta claridad conceptual en doctrina y jurisprudencia sobre la vinculación especial que tenía el funcionario público que fundamentaba el reproche penal en varios delitos de parte especial, se extendía en el ámbito de la prescripción de los delitos imputados a este grupo de sujetos especiales.

En el A.P. N° 1-2010, fundamento jurídico 12 se reconocía que la dúplica del plazo de prescripción en el último párrafo del artículo 80 del CP obedecía que el legislador penal, como parte de la política criminal, consideró que los delitos cometidos por funcionarios públicos que tenían una posición especial de administración, custodia o percepción del patrimonio del Estado, merecían un mayor reproche. En otras palabras, se valoraba la especial situación de protección de los intereses estatales en la que se encontraba el agente del delito y a ello se sumaba la capacidad lesiva del comportamiento del funcionario por tener un título habilitante para gestionar o administrar los fondos estatales, esta última circunstancia es relevante en tanto excluía de la situación de agravación de los plazos de prescripción a funcionarios que no tenían

capacidad jurídica para realizar estos actos gestión o posesión de bienes públicos, así como a los particulares.

Lamentablemente el criterio rector de especialidad del agente y de su vinculación con las expectativas normativas que se pretendía proteger ha sido dejado de lado en aras de valorar, como señala el Prof. SILVA SÁNCHEZ, “*las emociones reactivas existentes en la sociedad*”⁸³, que claman por medidas para combatir la lucha contra la corrupción. Es importante subrayar dos aspectos en relación a esta modificación constitucional. Por un lado, que llama la atención que en los proyectos de Ley N° 119/2016-CR, 121/2016-CR, y N° 127/2016-CR, que antecedieron la reforma constitucional, nunca existió alguna propuesta para extender los plazos de prescripción a los particulares en los delitos de corrupción, lo que nos lleva a la conclusión que no existió un debate o reflexión en este punto.

De otro lado, la escasa fundamentación para legitimar esta medida en el dictamen es contradictoria por cuanto, primero, se establece que el legislador ha reconocido un grupo de delitos contra la Administración Pública agrupado en el Capítulo I, del Título XVIII, del Código Penal y que es importante establecer un mecanismo para desincentivar la comisión de estos delitos, empero, paradójicamente, reconoce que el mecanismo de reacción no puede ser el mismo que se usa para los funcionarios públicos, pues estos últimos se prevalecen del cargo para la comisión de delitos en perjuicio del Estado, lo que justificaría que su comportamiento tenga un mayor grado de reproche. Se olvida en el dictamen que existen también delitos especiales propios como los delitos de cohecho, colusión, peculado, en los que el injusto cometido por el funcionario público tiene un mayor sentido de reproche, frente a la eventual participación de un particular o *extraneus*. Asimismo, tampoco nos explica cuál sería el trato diferenciado entre funcionarios públicos y particulares, parecería que solo fuera la regla de imprescrip-

83 SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., p. 169.

tibilidad para los delitos más graves, aunque también uno se podría plantear por qué en esos delitos sí cabría una distinción, si finalmente lo que se busca es implementar medidas para desincentivar la comisión de graves hechos de corrupción⁸⁴.

B. Sobre la imprescriptibilidad a los delitos de corrupción

Parte de las ideas expresadas sobre la discusión a favor o en contra de la regla de la imprescriptibilidad cobran sentido con la revisión del dictamen de la Comisión. Aún cuando esperaríamos que la cuestión del análisis sobre la imprescriptibilidad hubiera merecido un mayor espacio de reflexión por parte del legislador, en especial en relación a que las reglas actuales para la persecución penal por estos delitos serían insuficientes, el dictamen cae en el problema de una política criminal reactiva, sin fuente estadística que avale los cambios normativos. En efecto, en el dictamen, tanto en su propio contenido como en las propuestas a favor de esta medida que se reseñan, se afirma que la introducción de la regla de la imprescriptibilidad sería eficaz para **la lucha contra la corrupción**, en tanto la duplica del plazo de prescripción para los delitos de corrupción que afectan el patrimonio del Estado sería **insuficiente**. La operatividad de una regla vinculada a una práctica forense como es la investigación a cargo del Ministerio Público o los fallos del Poder Judicial, en mi opinión, no debería sustentarse en simples valoraciones subjetivas, pues volvemos al discurso popular y dejamos de lado las reflexiones que deben imperar en el ámbito de la construcción de nuevas reglas en el Derecho.

Los intentos por legitimar la medida han pasado por realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto y, dentro de ello, en el análisis del principio de idoneidad se afirma que la medida es neces-

84 Otra posible interpretación es que, inclusive, a los particulares se les extienda la imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración Pública o los que afectan el patrimonio del Estado.

ría porque una lucha eficaz contra la corrupción pretende proteger el ejercicio de otros derechos fundamentales. En mi opinión esta posición pierde de vista que todo delito afecta, en muchos casos, interés de carácter inmediato y mediato, como ya se explicó, parcialmente, en el punto 8.2.1. Por ejemplo, cuando una persona es víctima de un homicidio se afecta el bien jurídico: vida, y es posible que algunas relaciones jurídicas de carácter mediato o conexo también se vean afectadas como las relaciones de tráfico jurídico económico o aspectos vinculados al desarrollo de su familia, empero estos no son los intereses que el Derecho penal busca tutelar. Es claro que un caso de corrupción puede afectar derechos de los ciudadanos y de diversa índole, pero esos intereses de carácter mediato no son suficiente para legitimar la medida de la imprescriptibilidad o de equipararla con los delitos de lesa humanidad.

Por otra parte, el análisis de necesidad que se realiza en el dictamen también adolece de un estudio estadístico como para asociar que el resto de medidas, diferentes a la imprescriptibilidad, no podrían cumplir el tan ansiado fin de proteger a la sociedad frente al mal endémico de la corrupción. A esto cabe agregar que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción nunca ha formulado una recomendación para establecer la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. En efecto, en el artículo 29 de dicho documento normativo solo se insta a que cada Estado Parte regule un plazo de prescripción amplio a efectos de evitar situaciones de impunidad por los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos.

Finalmente, es razonable ser bastante crítico con la fórmula implementada en la ley de reforma constitucional para establecer el ámbito de aplicación de esta medida para los delitos más graves o recurrentes. ¿cómo se determinará ese carácter de mayor gravedad? ¿En función a la pena o al daño patrimonial que se produzca? Si fuera la pena, sería pena abstracta o concreta; si es el daño patrimonial, se determinaría según el caso concreto o se establecería una clausula general de gravedad del delito.

De otro lado, en el caso de la recurrencia, parece que nos vamos a remitir a una especie de cláusula de remisión normativa de carácter dinámico, utilizada en el ámbito del Derecho penal económico⁸⁵. Este recurso se utiliza en las leyes penales en blanco cuando se dirige fundamentalmente a los supuestos de remisión normativa a regulaciones complementarias dinámicas, lo cual tiene sentido en el ámbito económico por su carácter dinámico. Para los casos de corrupción parecería que la determinación del ámbito de la operatividad de la ley de reforma constitucional quedaría en un sector bastante amplio y difícil de definir. De esta manera el carácter recurrente de un grupo de delitos se tendría que determinar por su aplicación en el fuero judicial, según algún estudio estadístico. Ahora bien, aun cuando se admita esta cuestionable fórmula de determinar la gravedad, nos preguntamos si se establecería en función a las condenas o en función al número de investigaciones que el Ministerio Público realizada por cada delito.

Las ideas expresadas en los puntos precedentes cobran importancia en el delito de negociación incompatible, pues se trata de uno de los delitos de mayor aplicación en las investigaciones fiscales, junto con el delito de colusión. De hecho, como no escapará al conocimiento de nuestros operadores jurídicos, es frecuente encontrar como tipificación alternativa a la colusión el delito de negociación incompatible. Sin embargo, habría preguntarse cuántos son los casos de condenas firmes por este último ilícito penal. Una mirada al Decreto Supremo N° 92-2017-PCM que aprobó la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, nos ingresa a la estadística que tuvo a su cargo la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, la cual se basó en una encuesta de percepción a los empresarios, la que arrojó que los delitos más recurrentes serían el cohecho y el tráfico de influencias. Esto revela la necesidad de que el legislador elabore, lo más pronto posible, una estadística real para conocer la recurrencia con la que se vendría

85 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico, Parte General*, 3ª ed., Jurista, Lima, 2014, pp. 173-174.

cometiendo este delito, pues es claro que la percepción de la sociedad no sería un criterio legítimo y suficiente para habilitar la activación de la cláusula de imprescriptibilidad.

Una cuestión similar se presenta con el criterio de la gravedad que ha introducido la reforma constitucional. El delito de negociación incompatible, en cuanto a su marco de pena, no es alto. La pena abstracta se encuentra dentro de 4 a 6 años de pena privativa de libertad. Existen otros delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos que tienen un marco punitivo mayor: tráfico de influencias agravado, enriquecimiento ilícito, cohecho, colusión, entre otros. En contra de este argumento se podrá señalar que la gravedad del delito de negociación incompatible es tal que, mediante Ley N° 30710, se estableció que las condenas por los casos de negociación incompatible obligaban al juez a imponerse sentencias efectivas, ello, aparentemente, bajo el argumento de que se trataría de conductas sumamente graves. Se trata de una cuestión altamente debatible, pero otro será el espacio para este debate. Ahora solo es importante resaltar las dificultades que podrá tener el legislador al momento de intentar incorporar a este ilícito penal dentro del futuro catálogo de delitos de corrupción o contra la Administración Pública que serán considerados como graves.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, Segunda edición, Lima, 2003.
- ABANTO VÁSQUEZ, M., *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2014.
- ABOSO, G.E., *Código Penal de la República Argentina*, Comentado, concordado con jurisprudencia, BdeF, Buenos Aires, 2018.
- BUOMPADRE, J.E., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Tercera edición actualizada y ampliada, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2009.

- CASTILLO ALVA, J.L., *El delito de negociación incompatible*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- DONNA, E.A., *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.
- FONTÁN BALESTRA, C., *Derecho Penal, Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Volumen II, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico. Parte General*, Tercera edición, Jurista Editores, Lima, 2014.
- GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal, Parte General*, Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2012.
- GARCÍA CAVERO, P. / CASTILLO ALVA, J.L., *El delito de colusión*, Grijley, Lima, 2008.
- GARCÍA ESPAÑA, E., *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (los artículos 439 y 441 del Código Penal Español de 1995)*, p. 52, en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/758341.pdf>.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2017.
- JAREÑO LEAL, A., *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- MEINI, I., *Lecciones de Derecho Penal-Parte General. Teoría jurídica del delito*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2014.
- NUÑEZ, R.C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Cuarta Edición, Lerner Editora, Córdoba, 2009.
- PARIONA ARANA, R., La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿medida necesaria para evitar la impunidad? En: Montoya Vivanco, Y. (coord.), *Estudios críticos sobre*

los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú, IDEHPUPC, Lima, 2012.

PRECIADO DOMÉNECH, C.H., *La Corrupción en la reforma del Código Penal de 2015*, Thomson Reuters (Civitas), Pamplona, 2015.

RÁGUES I VALLÉS, R., El transcurso del tiempo como equivalente funcional de la pena, en: GARCÍA CAVERO, p. /CHINGUEL RIVERA, A. (coords), *Derecho penal y persona: Libro Homenaje al Profesor H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas solución editorial, Lima, 2019.

REAÑO PESCHIERA, J., *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2004.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Jurista Editores, Lima, 2015.

RÍMAC NARRO, J.L., Comentarios sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿es la prescripción una institución modificable, en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/12/Comentario2.pdf>. [Consulta: 18 de septiembre 2019].

ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., completamente actualizada, corregida y aumentada, Lima, Grijley.

SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2014.

SANCINETTI, M., “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, fascículo III, septiembre-diciembre, Madrid, 1986.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

SAN MARTÍN CASTRO, C., *Derecho Procesal Penal. Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004*, INPECCP, Lima, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Tercera Edición, BdeF, Buenos Aires, 2011.

SGRO, M., *Delito de negociación incompatible con la función pública. Antes y después de la ley de ética en el ejercicio de la función pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

Percy García Caverio
Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 384 del CP tipifica el llamado delito de colusión desleal¹ como un delito contra la Administración Pública cometido por funcionario público. Se sanciona, en concreto, al funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo en cualquier etapa de una contratación de bienes, obras o servicios, una concesión o cualquier otra operación estatal, se concierta con un particular para defraudar al Estado o entidad u organismos del Estado. Este delito se agrava si tal acuerdo colusorio deviene en una defraudación patrimonial al Estado. Pese a que la colusión desleal se ubica sistemáticamente dentro de los delitos agrupados bajo la denominación de concusión, es fácilmente constatable que sus elementos constitutivos no se corresponden con esta figura delictiva caracterizada por el abuso del cargo para exigir pagos indebidos, sino que se aproxima

1 En la doctrina penal nacional ha recibido diversas denominaciones; así SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2009, p. 241, usa la denominación de “colusión desleal”; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Lima, 2007, p. 406, utiliza la de “colusión ilegal”; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal peruano*, 2ª ed., Lima, 2003, p. 309, prefiere la de “fraude a la Administración Pública”.

más al cohecho, al presuponer un acuerdo colusorio entre un funcionario público y un particular que influye en la actuación funcionarial².

En el plano político criminal, son dos las particularidades del tipo penal de colusión desleal que llaman especialmente la atención. Por un lado, está el aligeramiento de sus elementos constitutivos, en la medida que la realización del tipo penal no requiere constatar un acto de corrupción del funcionario que interviene en la contratación estatal³, sino solamente una concertación con los interesados para defraudar al Estado. Por el otro, destaca la severidad de la pena prevista en el tipo penal; cuyo marco penal máximo alcanza, en el caso de su modalidad agravada, los quince años de pena privativa de libertad, además de la inhabilitación y multa. Ambas particularidades evidencian que el legislador penal ha privilegiado la eficacia de la persecución penal en este ámbito de la criminalidad estatal. Esta intensificación de la respuesta punitiva encontraría explicación en la especial sensibilidad que existe frente a los actos de corrupción que se cometen en el marco de las contrataciones estatales por las grandes cantidades de dinero que se manejan en este rubro del gasto público y por la usual afectación a las obras o servicios dirigidos a la población en general.

Las ventajas político-criminales anotadas han llevado a que los órganos de persecución penal recurran, en los últimos tiempos, al delito de colusión desleal como el tipo penal más idóneo para reprimir los actos de corrupción presentados en el marco de la contratación estatal. No obstante, las líneas jurisprudenciales que se han desarrollado a propósito de esta labor de represión no muestran un consenso interpretativo respecto de sus elementos constitutivos, a lo que debe sumarse diversas modificaciones legales al tipo penal con marchas y contramar-

2 Del mismo parecer, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 281 y s.

3 Pese a ello, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 408, considera este delito una modalidad de corrupción, en sentido lato, del sujeto público.

chas en la definición de sus propios contornos típicos. Todo esto trae como consecuencia lógica un incremento indeseado de los niveles de inseguridad jurídica en la aplicación de este tipo penal por los tribunales penales. En lo que sigue, se hará una exposición de dogmática jurídico-penal que apunte a definir con claridad los rasgos distintivos del delito de colusión desleal.

II. EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO

Para poder llevar a cabo una ordenada determinación de los elementos constitutivos del delito de colusión desleal y el sentido que debe asignársele, resulta necesario establecer, antes que nada, cuál es el bien jurídico penalmente protegido. La doctrina penal nacional recurre, por lo general, a la ubicación del delito de colusión desleal como delito contra la Administración Pública para vincular su fin de protección con los intereses del aparato estatal. Así, algunos señalan que el tipo penal previsto en el artículo 384 del CP protegería el patrimonio administrado por la Administración Pública⁴, abarcando esta protección también la legalidad del ejercicio funcional⁵. En un plano más institucional, otros autores han destacado que el tipo penal de colusión desleal buscaría asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, sancionando penalmente la trasgresión de los roles especiales de negociación y representatividad pública de los funcionarios y servidores públicos que participan en las adquisiciones o

4 Así, con propios matices, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 309; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 406; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Lima, 2015, p. 356 y s. En relación al Derecho penal español, CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Barcelona, 1999, p. 307; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*, Barcelona, 2000, p. 335.; VIZUETA FERNÁNDEZ, Lección 6, en Lacruz/Melendo (coord.), *Tutela Penal de la Administraciones Públicas*, Madrid, 2013, p. 277.

5 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 309.

contrataciones estatales⁶. Finalmente, algunos autores sostienen una posición mixta que agrupan los intereses patrimoniales del Estado con el cumplimiento de las obligaciones funcionales al interior de la Administración Pública⁷.

De las posiciones doctrinales antes mencionadas se puede concluir que el bien jurídico penalmente protegido podría enfocarse desde dos perspectivas distintas. Por un lado, lo penalmente protegido por el delito de colusión desleal estaría conformado por una realidad dada que resulta menoscabada por la actuación colusoria del funcionario público: Este objeto de protección podría estar enmarcado dentro de la Administración Pública o fuera de ella. Como parte de la Administración Pública podría considerarse, por ejemplo, el patrimonio administrado o, con independencia de ello, la observancia de los principios que rigen la contratación pública⁸. Fuera de la Administración Pública, la protección penal podría recaer en la libre competencia en el mercado⁹, la cual se vería afectada por la exclusión del factor de calidad y de precio como criterios de selección de los proveedores del Estado. Ambas propuestas de definición del bien jurídico penalmente protegido tie-

6 Vid., así, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 407; PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, Lima, 2017, p. 25. En similar sentido, la ejecutoria suprema R.N. N° 2029- 2005-Lima de 24 de mayo de 2006, señala que “*en el delito de Colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional*”.

7 En este sentido, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 255. En la regulación penal chilena, igualmente, RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, 2ª ed., Santiago de Chile, 2008, p. 415 y s.

8 Así, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, «Fraudes y exacciones ilegales», en Asúa Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, p. 209 y s.

9 Destaca que es el interés económico que determina la decisión pública final lo que caracteriza, entre otros delitos, el delito de fraude ilegal, VALEIJE ÁLVAREZ, «Elementos estructurales para una tipificación de la corrupción en la Unión Europea», en Baigún/García Rivas (dir.), *Delincuencia económica y corrupción*, Buenos Aires, 2006, p. 194.

nen el denominador común de interpretar la colusión desleal como un acto de organización fraudulento del funcionario público dirigido a afectar el interés protegido (estatal o económico). El delito de colusión se sustentaría en la infracción del deber negativo de no lesionar a otro, concretado en la actividad que le es propia al funcionario público.

Si se sigue el criterio del deber general negativo, el delito de colusión desleal se interpretaría como un delito especial de dominio. Esta comprensión dogmática implica asumir que este delito no sería más que una manifestación específica de la prohibición general de *neminen laede*, que el funcionario público infringiría con su comportamiento fraudulento en detrimento de los intereses estatales o de los agentes económicos (otros postores o interesados en contratar con el Estado). En el fondo, su infracción no sería muy distinta a la de cualquier particular que perjudica los intereses patrimoniales del Estado o las condiciones del mercado, siendo la única particularidad que la infracción proviene del ámbito concreto de actuación de los funcionarios públicos. Desde esta perspectiva, sería del todo correcto señalar que el bien jurídico por el delito de colusión desleal estaría constituido por el patrimonio del Estado o por la libre competencia entre los postores.

La otra perspectiva considera que el bien jurídico penalmente protegido por el delito de colusión desleal, como en todos los delitos de funcionario público¹⁰, encuentra su fundamento, más bien, en los deberes positivos especiales atribuidos a los funcionarios públicos por la institución del Estado. Si bien podría decirse que el tipo penal apunta a proteger el patrimonio del Estado, el sustento de la prohibición no está en la generación organizativa de un perjuicio al Estado o al sistema económico, sino en el incumplimiento de los deberes funcionariales del funcionario público. En este orden de ideas, no es la infracción al rol general, común a todos los ciudadanos, la que sustentaría la sanción penal, sino la inobservancia de un deber específico que vincula posi-

10 Vid., con mayores referencias, JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, (trad. Cuello/Serrano), Madrid, 1997, Apdo. 7, n.m. 70 y s.

tivamente al funcionario público con los fines estatales¹¹. El punto de discusión será determinar cuál es ese deber positivo específico que lo vincula con los fines estatales.

Para poder responder a la interrogante planteada hay que partir del hecho de que a determinados funcionarios públicos se les asigna la labor de negociar a favor del Estado en diversos contratos u operaciones con particulares. El deber positivo del funcionario público en este ámbito específico de actuación consiste en preservar los intereses patrimoniales del Estado, excluyéndose acuerdos con los particulares que impliquen un abandono de su posición de defensa¹². Como puede verse, no se protege el bien jurídico en sí mismo (el Derecho penal no interviene si un terremoto destruye edificios públicos o encarece altamente una obra pública esencial), sino en una relación normativa. La relación normativa que concretamente da sentido a la protección de los intereses patrimoniales del Estado es el deber positivo del funcionario público que interviene, por razón de su cargo, en una operación estatal, de resguardar los intereses de su representada. Ese deber es infringido de manera penalmente relevante si el funcionario público se concierta con la otra parte en la relación negocial para defraudar al Estado.

La visión institucional del bien jurídico es la que mejor se ajusta a la naturaleza de las obligaciones del funcionario público. Este enfoque ha sido seguido, de alguna manera, por la jurisprudencia nacional en la ejecutoria suprema R.N. N° 79-2003-Madre de Dios de 15 de febrero de 2005, en donde se dice lo siguiente: “*Que, la colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal, es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el patrimonio del Esta-*

11 Así, consideran el delito de colusión desleal un delito de infracción de un deber, CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión*, Lima, 2011, p. 26.

12 Similarmente, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 256; MARCA ROMERO, «Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N° 29758», *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 26.

do, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración” (el resaltado es nuestro). En esta línea jurisprudencial puede apreciarse con claridad que el bien jurídico protegido no está conformado simplemente por el patrimonio del Estado, sino fundamentalmente por el deber positivo atribuido a los funcionarios públicos de velar por los intereses patrimoniales del Estado en las contrataciones públicas.

III. EL TIPO PENAL

El artículo 384 del CP regula el delito de colusión desleal con base en dos variantes. En primer lugar, se tipifica el delito de colusión desleal simple, el cual sanciona el solo acuerdo colusorio del funcionario público con un particular para defraudar al Estado en una contratación pública, concesión u otra operación a cargo del Estado. En segundo lugar, se regula una figura agravada denominada colusión desleal agravada, con la que se sanciona los casos en los que el acuerdo colusorio antes referido produce finalmente una defraudación patrimonial al Estado. En lo que sigue se hará el análisis diferenciado de ambas modalidades delictivas, destacando que, por la propia denominación utilizada por el legislador, la segunda modalidad no es más que un tipo penal derivado de la primera.

3.1. La colusión desleal simple

3.1.1. El ámbito de aplicación

El delito de colusión desleal tiene como fuente legislativa el Derecho penal español¹³. Una revisión de la normativa española pone

13 Vid., en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 308. Igualmente, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 406, aunque incluye también la fuente argentina.

de manifiesto que este delito no se aplica a cualquier perjuicio estatal producido por la actuación de un funcionario público, sino que se circunscribe a determinadas operaciones de carácter patrimonial realizadas en el desempeño del cargo. Así, en concreto, el artículo 400 del Código penal español anterior limitaba la colusión desleal a los suministros, contrataciones, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, mientras que el artículo 436 del Código penal actual se refiere a los actos de las modalidades de la contratación pública o las liquidaciones de efectos o haberes públicos. Como puede verse, la figura de la colusión desleal en el Derecho penal español tiene un ámbito de aplicación claramente definido: los procedimientos de contratación pública y el pago de efectos y haberes públicos¹⁴.

El tenor originario de la regulación nacional siguió la lógica delimitadora de la legislación penal española, pues su ámbito de aplicación se limitaba exclusivamente a las modalidades y operaciones derivadas de la contratación pública¹⁵. En efecto, el texto primigenio del artículo 384 del CP circunscribía la actuación típicamente relevante del funcionario público a los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante. Todos estos conceptos estaban vinculados a la contratación pública¹⁶, aunque se movían en niveles conceptuales diferentes. Las licitaciones, los concursos de precios y las subastas constituyen procesos de competencia

14 Vid., en este sentido, MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 335, respecto de lo que llama procesos de gestión pública. Igualmente, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (ed.), p. 207; FEJOO SÁNCHEZ, en Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, p. 1161.

15 En este sentido, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 409, consideraba que la base fáctica-normativa del delito está constituida por una gama de relaciones contractuales en las que el Estado (en sentido amplio) es parte en las negociaciones y procedimientos técnicos de selección de los contratantes que le proveerán obras, bienes o servicios.

16 Igualmente, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 417.

reglados para la adquisición de bienes y servicios del Estado¹⁷, mientras que los contratos y suministros son operaciones que concretan la adquisición estatal procurada con los procesos de selección antes mencionados. Esta situación permitía concluir que la redacción originaria del delito de colusión desleal centraba su ámbito de aplicación en las modalidades de contratación pública para las adquisiciones estatales, abarcando los procesos de selección y la ejecución de los contratos con los que se realizaban dichas adquisiciones¹⁸. Así lo entendió también la jurisprudencia nacional al aplicar el delito de colusión desleal precisamente a acuerdos colusorios ocurridos en la adquisición de bienes y servicios en el marco de los procesos de selección legalmente regulados¹⁹.

La situación cambió sustancialmente con la modificación operada por la Ley N° 29703, en tanto estableció que el delito de colusión

17 Vid., así, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 312.

18 Vid., GARCÍA CAVERO, en García/Castillo, *El delito de colusión*, Lima, 2008, p. 25.

19 Por mencionar solamente algunas jurisprudencias publicadas de la Corte Suprema: Cons. N° 4159-95-Lima de fecha 9 de mayo de 1997 (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, Lima, 1999, p. 663 y s.); R.N. N° 1522-97 Lima de fecha 20 de marzo de 1998 (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, p. 660 y ss.); R.N. N° 850-2001 Lima de 23 de mayo de 2002 (PÉREZ ARROYO, *La evolución de la Jurisprudencia en el Perú (2001-2005)*, Lima, 2006, p. 1299 y ss.); R.N. N° 532-2003-San Martín de 4 de mayo de 2004 (PÉREZ ARROYO, *La evolución de la Jurisprudencia en el Perú*, p. 1313 y ss.); R.N. N° 740-2003-Arequipa de 4 de junio de 2004 (vid., PÉREZ ARROYO, *La evolución de la Jurisprudencia en el Perú*, p. 1317 y ss.); R.N. N° 1480-2003-Arequipa de 22 de julio de 2004 (vid., BARANDIARÁN/NOLASCO, *Jurisprudencia generada en el subsistema Anticorrupción*, II, Lima, 2006, p. 594 y ss.); R.N. N° 2664-2003 Arequipa de 19 de junio de 2004 (vid., PÉREZ ARROYO, *La evolución de la Jurisprudencia en el Perú*, p. 1338 y ss.); R.N. N° 027-2004-Sullana-Piura de 1 de octubre de 2004 (CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal* 3, Lima, 2006, p. 453 y ss.); R.N. N° 1022-2004 de 7 de diciembre de 2004 (ÁVALOS/ROBLES, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2005, p. 292 y s.).

desleal se podía cometer en las contrataciones o negocios públicos, lo que, sin duda, implicó una ampliación de su ámbito de aplicación. Si bien el Tribunal Constitucional declaró como nula y carente de todo efecto legal la expresión añadida de “patrimonialmente” (STC Exp. N° 00017-2011-AI/TC), esta decisión no alcanzó a todo el tipo penal, por lo que la ampliación del ámbito de aplicación no fue dejada sin efecto. Sin embargo, debido a la descarnada crítica mediática que se hizo a la modificación del tipo penal por generar supuestas situaciones de impunidad²⁰, se modificó nuevamente el artículo 384 del CP, estableciendo como aplicable el delito de colusión desleal a cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. La última modificación al artículo 384 del CP, la cual data de octubre de 2016, mantiene inalterado este aspecto del delito de colusión desleal (Ley N° 30111). Por consiguiente, el tenor actual del artículo 384 del CP mantiene dentro del ámbito de aplicación del delito de colusión desleal a las contrataciones y adquisiciones estatales (*“modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios”*), pero extendiéndolo también a las concesiones y a cualquier otra operación a cargo del Estado.

La inclusión de las concesiones dentro del ámbito de aplicación del delito de colusión desleal, constituye un punto de quiebre con la redacción originaria del artículo 384 del CP, pues no se trata de una forma de contratación para las adquisiciones estatales. Mediante un contrato de concesión, por el contrario, el Estado otorga a los particulares por un plazo determinado la gestión y explotación de servicios

20 Un enfoque crítico en el plano político-criminal y dogmático hizo a la Ley N° 29703 en GASPAR CHIRINOS, «Una mirada político-criminal y dogmática al proceso de construcción legislativa de la Ley 29703. Referencia especial a los delitos de colusión y tráfico de influencias», *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (septiembre de 2011), p. 209 y ss.

públicos, obras públicas de infraestructura o recursos públicos²¹. Lo único común entre los procesos de selección y las concesiones sería la existencia de un contexto negocial en el que el funcionario público debe intervenir en beneficio de los intereses estatales.

Lo que resulta más difícil de dimensionar en la actual delimitación del ámbito de aplicación del delito de colusión desleal es la expresión “cualquier otra operación a cargo del Estado”, pues el tenor literal podría llevar a incluir cualquier relación en la que intervenga el Estado como parte. A diferencia de la regulación originaria que hacía alusión a “otras operaciones *semejantes*” y que permitía abarcar otros procesos de selección y contratación públicas para las adquisiciones estatales no mencionados expresamente en el tipo penal²², la actual regulación no establece una relación de semejanza con las otras operaciones expresamente mencionadas. Esta situación del tenor literal no impide, sin embargo, que se pueda hacer una reducción teleológica del término “otra operación a cargo del Estado”, en función del deber positivo específico que sustenta la imputación penal al funcionario público. Si el funcionario público debe resguardar los intereses estatales de carácter patrimonial en un contexto negocial, lo lógico es que las operaciones a cargo del Estado supongan igualmente un momento de negociación con el particular. En consecuencia, el delito de colusión desleal deberá aplicarse únicamente a las operaciones en los que el Estado debe negociar algún aspecto patrimonialmente relevante con un particular.

En atención a lo dicho sobre lo que engloba el término “otra operación a cargo del Estado”, puede decidirse, de manera más concreta, qué operaciones pueden ser abarcadas por el tipo penal y qué operaciones no. Se ha discutido si cabe incluir en el ámbito de aplicación de

21 Vid., MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 32 y s.

22 Vid., en este sentido, GARCÍA CAVERO, en García/Castillo, *El delito de colusión*, p. 27.

delito de colusión los casos en los que el Estado no es el adquiriente de un bien o servicio, sino, más bien, el proveedor de los bienes o el que suministra el servicio a los particulares. Si estas operaciones tienen un componente negocial, entonces no habrá problema alguno para aplicar el delito de colusión desleal al funcionario público que, por haberse coludido con el particular, deja de favorecer los intereses estatales de carácter patrimonial²³. La jurisprudencia nacional es de similar opinión, pues ha admitido el procesamiento penal por un delito de colusión desleal en el caso del alquiler de aviones Foker pertenecientes a la Fuerzas Armadas (Sentencia R.N. N° 79-2003-Madre de Dios de 15 de febrero de 2005).

Mucho más discutible es la inclusión de las acciones de intervención, supervisión o regulación estatales. Un caso emblemático fue el llamado salvataje financiero del Banco Wiese Limitado, en donde se utilizó la figura de la colusión desleal para procesar penalmente a los funcionarios públicos y a los representantes de los grupos económicos intervinientes en dicho salvataje. Es evidente que la operación de salvataje no constituye un acto de negociación con los particulares, sino un acto de intervención del Estado en la economía para corregir ciertas distorsiones del mercado y evitar situaciones de crisis económica. No se trata de un ámbito sometido a la libre competencia, en donde el funcionario público debe favorecer al máximo los intereses del Estado, sino de un ámbito en el que se requiere la intervención del Estado en la economía y en el que, por lo tanto, no se puede exigir del funcionario público una actuación dirigida a la optimización de los beneficios. Si se estimase necesario sancionar la intervención defraudatoria de los funcionarios públicos en un acto de intervención, supervisión o regulación estatal, entonces debería configurarse un tipo penal que asuma dicho enfoque. En este orden de ideas, no debe sorprender, por ejemplo, que

23 Igualmente, MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 26.

el salvataje financiero realizado con el Banco Latino mediante un procedimiento distinto, consistente en la capitalización de las acreencias de COFIDE y en un aporte de capital adicional, no haya dado pie a un proceso penal por el delito de colusión desleal, sino, más bien, por malversación de fondos de los funcionarios públicos denunciados²⁴.

3.1.2. Los sujetos

El delito de colusión desleal es un delito especial propio que exige, como requisito típico para poder ser autor del delito, tener la calidad de funcionario o servidor público²⁵. Esta exigencia típica no debe quedar, sin embargo, en una simple verificación puramente formal del estatus de funcionario o servidor público, pues el propio tipo penal indica expresamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido “por razón de su cargo” en alguna etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado²⁶. Con esta delimitación típica se hace necesario establecer que el funcionario o servidor público está vinculado funcionalmente con el contrato, concesión u operación, en el que se colude con el particular para defraudar al Estado²⁷. Esta exigencia típica se explica en el hecho de que el delito

24 Exp. N° 21-2003-A.V., Sala Penal Especial de la Corte Suprema.

25 *Vid.*, igualmente respecto de la redacción anterior que se mantiene inalterada en la actual, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 408; ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 310. En el mismo sentido, las ejecutorias supremas R.N. N° 79-2003-Madre de Dios de 15 de febrero de 2005; R.N. N° 238-2005-Jaen de 14 de junio de 2005.

26 Igualmente, PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 33. Señala, en este sentido, para la regulación penal española, MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, p. 336, que no basta tener la calidad de funcionario público, sino que es necesario participar en el proceso de contratación pública.

27 Destacan la específica vinculación funcional del funcionario público, REYNA ALFARO, «Estructura típica del delito de colusión desleal», *Actualidad Jurídica*,

de colusión desleal está configurado como un delito de infracción de un deber²⁸, por lo que es imprescindible que el funcionario o servidor público cuente con el deber positivo de resguardar los intereses estatales en la contratación, concesión u operación cuestionadas.

La doctrina penal coincide en señalar que no resulta necesario, para afirmar la vinculación funcional, que el funcionario público forme parte del ente público que resulta defraudado²⁹. Lo decisivo es que haya intervenido materialmente en el contrato, concesión u operación, cumpliendo una función pública con base en un título habilitante de naturaleza administrativa, laboral o civil. Esta intervención, sin embargo, no puede ser de cualquier orden, sino que presupone una capacidad decisoria sobre alguno de los aspectos negociales de la operación estatal³⁰. Por el contrario, si el funcionario se limita a ejecutar

T.130, septiembre 2004, p. 67; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 408; MONTES FLORES, «Precisiones sobre el vínculo funcional en el delito de colusión desleal», *Gaceta Penal y Procesal Penal* 34 (abril de 2012), p. 170; MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 26. Igualmente la Corte Suprema ha establecido en su Ejecutoria Suprema R.N. N° 3342-2003-Ucayali de 10 de noviembre del 2004 que: “*el tipo penal previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal exige que las funcionarios servidores públicos se hallen colocados en idéntica posición de vinculación funcional con relación a las negociaciones o contrataciones en razón de su cargo, esto es, que deben estar vinculados necesariamente con las operaciones o negociaciones estatales a celebrar –contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante–*”.

- 28 De la misma opinión, MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 23; PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 107.
- 29 Así, igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 310; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (ed.), p. 210 y s.; MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 28.
- 30 Así, CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión*, p. 34 y s.; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 408, quien indica: “*No puede ser autor por lo tanto cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige*”. En el mismo sentido, para el Derecho

una decisión tomada por otro funcionario, no tendría que alcanzarle responsabilidad penal por el delito de colusión desleal. Si le consta la existencia de un acuerdo colusorio entre el funcionario público con facultad de decisión y el particular para defraudar al Estado, se le podrá imputar, en todo caso, un delito de omisión de denuncia o, de existir obligaciones de intervención, un delito de incumplimiento de deberes funcionariales.

Si bien la práctica jurisprudencial en nuestro país ha sido poco esmerada al establecer el deber específico funcional en la imputación penal de delitos de funcionarios públicos³¹, la jurisprudencia específica sobre el delito de colusión sí ha puesto incidencia en la necesidad de determinar la posición especial del funcionario público. Así, la ejecutoria suprema R.N. N° 1477-2004-Arequipa de 1 de marzo de 2005 establece lo siguiente: “*Que, en cuanto al procesado (...), Director de Administración de la Dirección de Salud de Arequipa, se desprende de los actuados que este no se encontraba a cargo de adquisición de los bienes de la institución agraviada, por lo cual carecía de la cualidad requerida por el tipo penal previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal*”. Igualmente la ejecutoria suprema R.N. N° 2300-2004-Apurimac de 17 de enero de 2005, se pronunció sobre la falta de competencia de un funcionario público en una colusión con la siguiente consideración: “*Que, en el caso concreto, de los actuados se aprecia que el encausado (...) al deponer tanto en su instructiva de fojas trescientos cuarentiuno como en el juicio oral ha sostenido su inocencia de manera uniforme y coherente, negando enfáticamente los cargos imputados, señalando que en su condición de jefe de Mantenimiento, no ha intervenido en el contrato de prestación de servicios de reparación y mantenimiento, porque no era*

penal español, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (ed.), p. 207.

31 *Vid.*, así, GARCÍA CANTIZANO, «Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano», *Revista Institucional* 7, Academia de la Magistratura, Lima, 2006, p. 96.

de su competencia, limitándose únicamente a elevar los informes correspondientes a su superior jerárquico respecto del estado de funcionamiento de las máquinas de la entidad solicitando su reparación". Esta línea jurisprudencia se confirma con el R.N. N° 1458-2012-Ica de 8 de mayo de 2013: *"No cualquier persona puede ser autor, sino exclusivamente los funcionarios públicos que por razón de su cargo representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrados señalados en el artículo 384 del Código Penal de 1991"*.

Una cuestión sumamente polémica es la posibilidad de generar una vinculación institucional en virtud de un acto de organización puramente fáctico. Se trata de los casos en los que una persona se pone de hecho en el lugar del funcionario público competente y concierta desde esa posición con los terceros interesados para defraudar al Estado. La pregunta que surge es si cabe castigar como autor del delito de colusión desleal a quien se ha colocado fácticamente en la posición del funcionario competente. Si el delito de colusión fuese un delito de dominio, la libertad organizativa permitiría admitir en estos casos una responsabilidad penal a título de autor. Posiblemente la mayor dificultad estaría en sortear el problema del principio de legalidad (concretamente el elemento típico que establece la calidad especial) más aún si nuestra regulación del actuar en lugar de otro se limita a la actuación en lugar de personas jurídicas. Sin embargo, y dado que partimos de la base de que el delito de colusión desleal es un delito de infracción de un deber, la libertad organizativa no puede ser un criterio de imputación válido para esta forma de estructuración del injusto penal. En este orden de ideas, habría que preguntarnos si cabe la generación de una vinculación institucional como funcionario público de una persona que no posee válidamente ese estatus.

Una respuesta única a la problemática planteada no resulta satisfactoria, pues deja de lado particularidades que son sustanciales para el análisis jurídico-penal. En este sentido, resulta pertinente proceder a diferenciar los casos. En los extremos están los casos en los que, por

un lado, el funcionario público tiene un nombramiento nulo y, por el otro, los casos en los que una persona se ha arrogado unilateralmente la posición de funcionario público. En nuestra opinión, la teoría del funcionario público de hecho, desarrollado por la doctrina penal para sustentar la responsabilidad de sujetos que carecen de la calidad de funcionario público³², solamente podría ser aceptada para el caso del funcionario público con nombramiento defectuoso, aunque debe precisarse que la razón por la que se sustenta la responsabilidad penal en estos casos no es el dominio del hecho del que asume fácticamente la posición de funcionario público, sino la confianza especial que genera su entrada en el cargo mediante un procedimiento aparentemente legítimo. La atribución del deber positivo no surge por el estatus de funcionario público, sino por la confianza especial emanada del procedimiento seguido para llegar a ocupar el cargo de funcionario público. Este título de la vinculación institucional no puede abarcar, sin embargo, los casos de arrogación unilateral de la posición de funcionario público, por lo que el usurpador deberá responder solamente por el delito de usurpación de funciones y por los delitos contra el patrimonio que resulten aplicables a su actuación concreta (hurto, estafa, apropiación ilícita, etc.)³³.

Un supuesto intermedio y, por ello, mucho más difícil de precisar es el caso de la delegación de funciones. En esta constelación de casos el funcionario que tiene la competencia para decidir sobre la contratación estatal, delega esta competencia en otra persona, quien se concierta, a su vez, con los terceros interesados para defraudar al Estado. Si se trata de una función indelegable, el delegado no tendrá la posición especial exigida por el tipo penal, de manera tal que su conducta tendrá que subsumirse en otros tipos penales de dominio (delitos patrimoniales,

32 *Vid.*, en el Perú, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 27 y ss.

33 De otro parecer, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 28 y s.

por ejemplo). Si la función es, por el contrario, delegable, el delegado asumirá de forma jurídicamente válida la posición especial, lo que lo convertiría en autor idóneo del delito especial de colusión desleal. Como puede verse, la respuesta por la responsabilidad de los llamados funcionarios públicos de hecho no puede recibir un tratamiento unitario, sino que requiere un análisis en función de las particularidades de cada caso.

La reforma operada por la Ley N° 29758 amplió la vinculación funcional del sujeto activo con el ámbito de aplicación del tipo penal en dos aspectos puntuales. Por un lado, la intervención por razón del cargo puede ser directa o indirecta, lo que supone que no sólo el funcionario que participa directamente en la operación estatal puede ser responsabilizado penalmente como autor, sino también el que debe controlar que éste cumpla adecuadamente con sus funciones (superior, delegante, órgano de control, etc.). Por otro lado, la vinculación funcional puede presentarse en cualquier etapa de las modalidades de contratación, concesión u operación a cargo del Estado, siempre que evidentemente implique un ámbito de decisión en el que el funcionario público deba resguardar los intereses patrimoniales del Estado. En este orden de ideas, el acuerdo colusorio se puede presentar desde la generación de la necesidad, el requerimiento, la elaboración de las bases, la convocatoria, la presentación de propuestas, la evaluación de las propuestas, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y la liquidación³⁴.

El sujeto pasivo del delito es indudablemente el Estado³⁵, en tanto titular de los intereses patrimoniales, a cuya defraudación apunta el acuerdo colusorio entre el funcionario público, al que le alcanza el de-

34 Vid., CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión*, p. 22 y s.

35 Vid., MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 28; PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 37. Igualmente, respecto de la redacción anterior del delito colusión desleal, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 261.

ber positivo de resguardarlos, y el particular interesado. Si bien puede utilizarse de manera general la denominación de Estado, lo usual es que se trate de una institución u organismo público específico. Por eso, el mismo tipo penal hace específica referencia a una entidad u organismo del Estado. La protección penal no se circunscribe a determinadas dependencias públicas, por lo que pueden ser tanto las adscritas al Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, como también las que lo son al gobierno central, regional o local³⁶. El que el delito de colusión pueda perjudicar a ciertos particulares, por ejemplo, a los otros postores o competidores, no los convierte en titulares del bien jurídico, sino que los habilita únicamente a constituirse en actores civiles para ser debidamente indemnizados por el daño padecido³⁷.

3.1.3. La conducta típica

La conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente se concierte con el particular en la preparación, celebración o ejecución de un contrato, concesión u otra operación estatal con la finalidad de defraudar los intereses patrimoniales del Estado³⁸. No hay duda que el concierto supone un acuerdo o pacto³⁹, pero lo decisivo es que esta concertación excluya toda negociación entre las partes de la operación (el Estado y el particular), de manera tal que se establecen deliberadamente condiciones que benefician al particular en detrimento de los intereses patrimoniales del

36 Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 310.

37 En la misma línea, PARJONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 37 y s.

38 Por ello, le asiste razón a ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (ed.), p. 212 y a CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, p. 320, al decir que no basta la mera solicitud o proposición del funcionario público.

39 Como lo resalta BENDEZÚ BARNUEVO, «El acuerdo colusorio y la defraudación como elementos típicos del delito de colusión», *Gaceta Penal y Procesal Penal* 50 (agosto 2013), p. 134 y s.

Estado. En este orden de ideas, la mala negociación realizada por un funcionario público no podrá calificarse de colusión desleal⁴⁰, sino, en todo caso, de una infracción administrativa sancionable con las medidas disciplinarias previstas por la ley⁴¹. Si se prueba solamente que la contraprestación del Estado no resultó proporcional con lo recibido, lo único que quedará demostrado es que el funcionario público negoció mal, pero no necesariamente que se coludió con el particular.

En la jurisprudencia nacional se ha precisado, como elemento típico no escrito, que “la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño”⁴². Esta afirmación llevaría a la conclusión de que la colusión desleal tendría cierto parentesco con la estafa, constituyendo no más que un supuesto específico de esta última. Así ha sido el parecer, por ejemplo, de la Ejecutoria Suprema R.N. N° 956-2005-Junín de 26 de octubre de 2005, la cual señala textualmente lo siguiente: “*que, sin embargo, esa conducta no puede ser subsumida en el tipo del injusto de estafa, en tanto si bien fluye la existencia del engaño y la disposición patrimonial —denota un aparente concurso de leyes—, por el principio de especialidad dicha conducta debe ser subsumida únicamente en el delito de colusión ilegal (como delito especial) pues comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos*”

40 Igualmente, PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 47.

41 De manera clara, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 413, considera atípicos los perjuicios que se generen al Estado por simples irregularidades administrativas o por inidoneidad del negociador oficial.

42 R.N. N° 1480-2003-Arequipa de 22 de julio de 2004 (*vid.*, BARANDIARÁN/NOLASCO, *Jurisprudencia generada en el subsistema Anticorrupción*, II, p. 595). Igualmente, la R.N. N° 558-2005-Huaura de 5 de julio de 2005: “*siendo así, no se ha verificado la colusión que implica una conducta de engaño en perjuicio real o potencial de la hacienda municipal*”. En la doctrina penal exigen la maniobra de engaño, HUGO ÁLVAREZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, 2ª ed., Lima, 2002, p. 74, quien habla de “un acuerdo secreto y engañoso”; REYNA ALFARO, *Actualidad Jurídica*, T.130, septiembre 2004, p. 68.

adicionales el autor del ilícito es un funcionario público, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado”.

El parecer desarrollado por la jurisprudencia citada no resulta, sin embargo, del todo correcto, pues la disposición estatal no se produce como consecuencia de un error, sino, más bien, de una colusión con el funcionario público⁴³. Si bien es cierto que la colusión tiene, por lo general, un carácter oculto⁴⁴ y busca disfrazar la operación con visos de legalidad, exigir una maniobra engañosa implicaría dejar al margen del tipo penal los casos de colusión desnudos, es decir, aquellos casos en los que no se ofrece siquiera una operación aparentemente acorde con el Derecho, sino claramente ilegal y perjudicial para el Estado. La posibilidad de reconducir estos casos al tipo penal de peculado, presentaría el inconveniente de castigar estos supuestos con un marco penal máximo considerablemente inferior, es decir, con un máximo de pena privativa de libertad de ocho años, en lugar de los quince años previstos para el delito de colusión desleal, al menos en su forma agravada. Una relación de concurso con el delito de estafa solamente se producirá si resulta necesario un engaño para conseguir la defraudación al Estado, por ejemplo, si hay que engañar a otro funcionario público para conseguir la disposición patrimonial⁴⁵.

Aunque el tipo penal no es explícito al respecto, el acuerdo entre el funcionario público y el particular debe ser idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado⁴⁶. La idoneidad del perjuicio no puede

43 Similarmente, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (ed.), p. 207.

44 Ni siquiera el acuerdo colusorio tiene que ser clandestino, como lo precisa PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 48 y s.

45 *Vid.*, igualmente, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (ed.), p. 207.

46 En este sentido, BENDEZÚ BARNUEVO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 50 (agosto 2013), p. 137; CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión*, p. 32.

entenderse, sin embargo, como una simple potencialidad causal. El proceso de normativización de la tipicidad que caracteriza a la teoría del delito actual, pone de manifiesto que los elementos del tipo deben estar informados decisivamente por el contexto social. En este orden de ideas, una conducta riesgosa no necesariamente realiza el tipo penal por el solo hecho de tener la potencialidad de producir el resultado lesivo, sino que únicamente lo será en la medida que la entidad del riesgo producido no se ajuste a Derecho. Por consiguiente, la tipicidad de la conducta no se sustenta únicamente en el dato objetivo de su peligrosidad, sino que es necesario determinar si, en el contexto social en el que esta conducta tuvo lugar, su peligrosidad resulta socialmente intolerada.

A partir de las consideraciones precedentes puede señalarse que, para poder considerar típico el acuerdo colusorio, resulta necesario que el funcionario público acuerde con el particular la imposición de condiciones menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación. Debe quedar claro que la determinación del carácter desventajoso de las condiciones contractuales no puede hacerse desligada del concreto momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado. Así, no podrá sustentarse una denuncia penal por colusión desleal, por ejemplo, contra el funcionario público que decide comprar gasolina a un particular a precio mayor que el normal en un momento en el que su precio resultaba excesivamente alto por razones especulativas o de variación coyuntural del precio internacional del petróleo, pues en ese instante las posibilidades de negociación no le habrían permitido conseguir un precio normal. Si el funcionario público hubiese tomado la decisión de no adquirir la gasolina en ese momento, habría corrido el riesgo de paralizar la actividad de la Administración que dependa, por ejemplo, del uso de los automóviles o de maquinarias que requieren del combustible, pudiendo ser el perjuicio para el Estado finalmente mayor. Como puede verse, la actuación del funcionario público solamente podrá considerarse idónea para defraudar los inte-

reses del Estado si acuerda con el particular establecer condiciones más desfavorables que las que podría haber alcanzado para el Estado en ese concreto momento mediante un proceso de negociación.

Las ideas expresadas pueden alcanzar mayor concreción de la mano de un caso judicial especialmente sonado. En el salvataje financiero del Banco Wiese Limitado se discutió precisamente si dicha operación alcanzó el nivel de peligrosidad para los intereses del Estado que la hiciera típica. Si se tiene en cuenta los estudios económicos que analizaron el contexto económico específico del salvataje financiero, se podrá concluir que la intervención del Estado a través de sus funcionarios públicos se hizo con la finalidad de disminuir el riesgo creado por la situación de debilidad patrimonial del Banco Wiese en la segunda mitad de la década de los noventa. En este sentido, con la intervención de los funcionarios competentes para asegurar las condiciones regulares del sistema financiero, la situación patrimonial del Estado se vio de alguna forma mejorada, sobre todo si se tiene en cuenta los costos que le habrían demandado la intervención del Banco Wiese por la SBS y el efecto dominó en el sistema financiero. Los desembolsos económicos del Estado (p.e. para adquirir acciones preferentes) no pueden considerarse *per se* como idóneos para perjudicar al Estado, pues en ese momento esa disposición patrimonial era la mejor solución al menor costo posible.

Si el delito de colusión desleal puede ser realizado también mediante una conducta omisiva es un tema sumamente discutible. Los tribunales nacionales parecen inclinarse por negar tal posibilidad. En el caso de delegación de funciones, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1016-2004-Ayacucho de 14 de febrero de 2005 parece negar la posibilidad de una responsabilidad penal en comisión por omisión del superior, en tanto lo exonera, en general, de responsabilidad penal por los hechos del delegado. En la referida sentencia se dice textualmente lo siguiente: *“en relación a las irregularidades cometidas por el comité de adquisiciones de insumos del programa del vaso de leche de la*

Municipalidad Distrital de Kimbiri y el procesado (...), es necesario señalar que pese a que por su calidad de alcalde de esa comuna resultó ser miembro nato de la citada comisión, lo cierto es que mediante resolución de alcaldía número cero diecinueve - noventinueve MDK-A, obrante a fojas ciento trece, éste delegó sus funciones a su coprocesado(...), por lo que cualquier responsabilidad en dicho aspecto, resulta ajena a este encausado” (el resaltado es nuestro).

Para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de colusión desleal resulta necesario precisar si cabe una colusión a través de una omisión. El artículo 13 del CP exige dos requisitos para esta equiparación normativa, a saber, que exista un deber jurídico de impedir el delito (posición de garante) y que la conducta omisiva se corresponda con la realización del tipo mediante un hacer (cláusula de correspondencia). En cuanto a la posición de garantía, no existe mayor inconveniente para sustentar un deber de custodia del funcionario público respecto del patrimonio estatal. No obstante, resulta realmente difícil de encontrar una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la concertación exigido en el tipo penal de colusión desleal. La doctrina penal niega que pueda presentarse una concertación mediante una omisión⁴⁷. Si a tal parecer doctrinal le asiste la razón o no, dependerá de si la omisión de un funcionario público puede equipararse penalmente con una concertación defraudatoria.

Lo primero que debe aclararse es que existen casos en los que hay una concertación tácita por medio de actos concluyentes (p.e. el miembro del comité de selección que no dice nada ante el depósito de dinero hecho en su cuenta personal por uno de los postores al que luego favorece). En estos casos no hay propiamente una omisión, sino

47 Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 311; SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 248. De otro parecer, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 411.

una conducta comisiva⁴⁸, en donde si bien la concertación no se presenta mediante un acuerdo expreso, resulta de una conducta activa que manifiesta concluyentemente dicha concertación⁴⁹. El punto de discusión tiene lugar cuando el funcionario público con el deber funcional especial conoce la existencia de un acuerdo colusorio de otro funcionario con un particular para defraudar al Estado. Para expresarlo de la mano de un ejemplo más concreto: ¿Puede equiparse la omisión del funcionario público perteneciente al comité de selección que no hace nada ante una licitación amañada por otros miembros del comité, a la concertación realizada por este funcionario público con el particular interesado? La respuesta parece ser negativa, pues en dicha omisión no hay nada equiparable a una concertación con los interesados⁵⁰. El funcionario público omitente podrá ser hecho responsable por omisión de denuncia u omisión de deberes funcionariales⁵¹, pero no por un delito de colusión desleal.

Una última cuestión, aunque no sea de carácter material sino más bien procesal, es la posibilidad acreditar el acuerdo colusorio por medio de irregularidades administrativas desde la perspectiva de la prueba por indicios. Lo primero que debe señalarse es que no hay nada que impida que una irregularidad administrativa sea tomada como un indicio de un acuerdo colusorio entre el funcionario público y el particular⁵². No obstante, lo anterior debe tener el cuidado de no caer en un aligeramiento de los estándares probatorios exigidos en el proceso

48 Igualmente, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 311.

49 Admite la concertación por medio de actos concluyentes, CASTILLO ALVA, en García/Castillo, *El delito de colusión*, p. 116.

50 Vid., PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 114. De otro parecer, MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 27.

51 En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 311.

52 Sobre la prueba por indicios para probar el delito de colusión desleal, CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión*, p. 258 y ss.

penal. Por un lado, el indicio debe permitir deducir lógicamente la existencia de un acuerdo colusorio, lo que supone definir claramente la regla de la lógica o de la experiencia en la que se sustenta la inferencia hecha. Si se acredita, por ejemplo, que el proceso de selección se llevó a cabo sin la certificación presupuestaria correspondiente, de esto no puede deducirse sin más la existencia un acuerdo colusorio. Por otro lado, no debe caerse en la lógica simplista de que mientras más irregularidades administrativas se detecten en la operación cuestionada, más probado está el acuerdo colusorio⁵³. Resulta necesario advertir que la pluralidad de indicios no se satisface si los indicios no son independientes, esto es, que se trate al final de un solo hecho indiciario que está acreditado por diversos medios de prueba (p.e. diversas irregularidades administrativas que demuestran que se favoreció al postor ganador)⁵⁴. Por consiguiente, puede decirse que es perfectamente posible utilizar las irregularidades como indicios del acuerdo colusorio, siempre que se apoyen en una regla de la lógica o de la experiencia y que sean independientes.

3.1.4. El elemento subjetivo

El delito de colusión desleal simple se castiga a título de dolo⁵⁵. Para afirmar el dolo es necesario imputar al funcionario público el conocimiento de que se está concertando con un particular interesado y que esa concertación es idónea para defraudar los intereses patrimoniales del Estado. Una situación de error que incida en el conocimiento de alguno de estos aspectos, constituirá un error de tipo que, sea vencible o invencible, igualmente excluirá la imposición de una sanción penal. Dado que un acuerdo colusorio presupone un pleno conocimiento de

53 Igualmente crítico, CASTILLO ALVA, en García/Castillo, *El delito de colusión*, p. 205.

54 *Vid.*, al respecto, GARCÍA CAVERO, *La prueba por indicios en el proceso penal*, Lima, 2010, p. 98.

55 *Vid.*, CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión*, p. 48.

la situación de fraude, el dolo en el delito de colusión desleal solamente puede expresarse por medio de un dolo directo⁵⁶, siendo inviable una actuación con dolo eventual.

El tipo penal exige además como elemento subjetivo especial que el funcionario actúe con la finalidad de defraudar al Estado⁵⁷. Podría pensarse que esta finalidad no es más que un elemento subjetivo especial de tendencia trascendente, pero eso no es correcto, pues el delito de colusión desleal no está configurado como un delito cortado de dos actos, en el que tipifique la realización objetiva del primer acto y solamente la tendencia subjetiva de realizar el segundo acto. La colusión no es más que el acto previo de preparación del fraude al Estado, por lo que el dolo del fraude necesariamente abarca el propósito de defraudar al Estado. Por lo tanto, aunque típicamente “la finalidad de defraudar al Estado” se puede leer como un elemento subjetivo especial, en el fondo no es más que una especificación de lo que abarca el dolo general del delito de colusión desleal⁵⁸.

3.1.5. Consumación y tentativa

El delito de colusión desleal simple se consuma con el acuerdo colusorio entre el funcionario público y el particular⁵⁹. No es necesario que se haya ejecutado lo acordado, ni que se haya generado un peligro concreto de lesión o una lesión efectiva al patrimonio del Estado. Si bien podría presentarse una situación de ejecución parcial del acto de concertarse (p.e. el funcionario público que le hace la propuesta al par-

56 Igualmente, MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 33; PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 104. Del mismo parecer respecto de la regulación penal anterior, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 263.

57 *Vid.*, MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 33.

58 Igualmente, PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 106.

59 *Vid.*, PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 133.

ticular para defraudar al Estado que éste último no acepta), lo cierto es que el adelantamiento de la tutela penal que supone tal incriminación, hacen que lo razonable sea dejar esta actuación en el ámbito del Derecho administrativo disciplinario. Por lo tanto, no habrá espacio para el castigo en grado de tentativa y tampoco para plantearse una situación de desistimiento.

3.1.6. Intervención delictiva

Al estar configurado el delito de colusión desleal como un delito de infracción de un deber, el funcionario público vinculado funcionalmente con la contratación estatal en la que se produce, en infracción de su deber positivo de resguardar los intereses patrimoniales del Estado, la concertación con el particular interesado, responderá siempre como autor directo. El aporte organizativo al hecho defraudatorio no es lo que importa a efectos de decidir la imputación como autor del delito, sino la infracción del deber positivo de resguardar los intereses patrimoniales del Estado en una contratación u operación estatal en la que interviene en razón de su cargo⁶⁰.

Lo que puede suscitar una mayor discusión es el grado de participación que le corresponde al particular interesado que contrata con el Estado. La jurisprudencia es relativamente uniforme al admitir la teoría de la unidad del título de imputación, castigándolo como participe *extraneus* con el marco penal previsto para el delito de colusión desleal. Así, por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema R.N. N° 124-2005-An-cash de 6 de julio de 2005, se dice textualmente lo siguiente: “*el ilícito previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal, toda vez que al haberse cometido irregularidades en el proceso de adquisición referida, entramos a la esfera de los “Delitos contra la administración pública” en sus diversas modalidades, los mismos que si bien es cierto por tratarse de*

60 Igualmente, MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 34; PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 108 y s.

delitos especiales sólo lo cometen los funcionarios o servidores públicos quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública y como consecuencia de la infracción al deber se lesiona el patrimonio del Estado, siendo por ello menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos –intraneus–; también lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participan en algunas ocasiones como en el caso de autos con particulares en su condición de –extraneus– que de manera individual o colaborando con éstos logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de éstos últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes”.

En nuestra opinión, la consideración del delito de colusión desleal como un delito de infracción de un deber complica la posibilidad dogmática de castigar como partícipes *extranei* a los interesados coludidos en las operaciones con el Estado, en la medida que el deber positivo especial que sustenta el delito de colusión solamente podría ser afectado por el *intraneus*, es decir, por el funcionario público. En nuestro país, sin embargo, un sector de la doctrina penal considera que, pese a esta configuración de los delitos de funcionario público, cabe igualmente la posibilidad de sancionar como partícipe del delito especial al particular siempre que pueda afirmarse una adhesión inequívoca al injusto típico del funcionario público⁶¹. Se trataría de una participación sustentada no en la infracción de una competencia institucional, sino en una competencia por organización especialmente reproachable. A nuestro parecer, esta solución no es del todo coherente, pues admitir una participación en un delito de infracción de un deber con base en competencias por organización es tirar por la borda la razón de ser de la diferenciación entre delitos de dominio y delitos de infracción de

61 Así, REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2004, p. 41. De manera general, admite la posibilidad de una complicidad primaria del tercero interesado, MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 35.

un deber. El partícipe *extraneus* sólo podría responder por un delito de dominio en el que pudiese subsumirse su actuación. Sin embargo, la última modificación al tenor del artículo 25 del CP incluye un tipo penal general de recogida que permite sancionar a los *extranei* en los delitos especiales de infracción de un deber con el marco penal de dicho delito⁶², aunque la pena concreta debe ser evidentemente menor por carecer de vinculación con el deber positivo infringido por el *extraneus*.

En cualquier caso, y asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación usada por la jurisprudencia, en la doctrina nacional se defiende el parecer de que la sola concertación no fundamenta la participación punible del interesado⁶³, siendo necesario un aporte adicional a su participación en el contrato. Esta opinión parte de la idea de que el delito de colusión desleal es un delito de intervención necesaria en la modalidad de delito de encuentro, lo que significa que, para que se pueda configurar el delito, resulta necesaria la realización de dos conductas de sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico⁶⁴. El hecho de que determinado delito se configure como un delito de encuentro no implica, sin embargo, que la intervención necesaria se convierta por ese solo hecho en participación punible⁶⁵. La intervención necesaria debe asumir unas determinadas características en cuanto al bien jurídico y la forma de ataque que legitimen una imputación penal como partícipe. Concretamente, en el caso del delito de colusión desleal, ABANTO VÁSQUEZ ha desarrollado esta idea, señalando que “los parti-

62 En este sentido, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Lima, 2019, p. 801 y s.

63 *Vid.*, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 316; PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 121. No obstante, de otra opinión parece ser ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 428.

64 *Vid.*, sobre los delitos de encuentro, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 68; PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 121.

65 *Vid.*, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 69 y ss.

culares intervinientes son “partícipes necesarios”, cuya conducta por sí sola (o sea por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión) es impune; no pueden ser considerados PARTÍCIPIES de este delito. Para serlo (al igual que los demás funcionarios intervinientes) tendrían que aportar de alguna manera en la comisión de los hechos delictivos del autor, lo cual parece ser difícil de constatar a excepción de los actos de “instigación” (si hicieran surgir la idea criminal en el funcionario) que puedan significar un “aporte mínimo” en el hecho principal. Por lo demás, de probarse un acto de “compra-venta” sería posible aplicar la figura de “cohecho activo” en el particular (art. 399)”⁶⁶.

Si el particular interesado que se presenta como la contraparte del Estado es una persona jurídica, lo que normalmente es así, habrá que precisar qué miembro de la estructura organizativa de la empresa resulta competente por el acuerdo colusorio con el funcionario público. Este miembro de la empresa no tiene que ser necesariamente quien ejerce la representación orgánica, ni quien ejecuta materialmente la prestación contratada con el Estado. Dado que la participación punible se determina en términos de dominio, el miembro competente de la empresa contratante será quien, contando con facultades de negociación a favor de la empresa, acuerda con el funcionario público las condiciones de adquisición o contratación perjudiciales para el Estado.

3.1.7. Penalidad

A partir de la regulación dispuesta por el D. Leg N° 1243, el delito de colusión desleal simple se castiga con una penalidad conjunta. Por un lado, se prevé una pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años. Por otro lado, está contemplada también una pena de multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. A estas penas se suma la pena de inhabilitación, según corresponda, de conformidad con el artículo 36 incisos 1, 2 y 8 del CP.

66 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 316 y s.

3.2. La colusión desleal agravada

El segundo párrafo del artículo 384 del CP regula la llamada colusión desleal agravada. Pese a que se utiliza el término de agravada, lo que, en realidad, este dispositivo legal hace, no es incrementar la pena del delito de colusión simple por la presencia de una circunstancia especialmente grave. La mayor prueba de ello es que no se sigue la técnica de tipificación propia de las agravantes, en la que solamente se precisa cuál es la circunstancia de agravación, sino que se describe completamente la figura delictiva agravada. Lo que tiene lugar aquí es la tipificación de una etapa de ejecución posterior a la contemplada en la colusión desleal simple. Es más, la llamada colusión desleal agravada constituye propiamente el hecho central lesivo del bien jurídico, siendo la llamada colusión desleal simple no más que una anticipación de la tutela penal. Por lo tanto, lo correcto es tener al delito de colusión desleal agravada como el tipo penal básico y al delito de colusión desleal simple como una anticipación de la tutela penal bajo la lógica de un delito de preparación.

El delito de colusión desleal agravada se produce con la defraudación patrimonial al Estado⁶⁷. La concertación del funcionario público con los interesados es un acto previo de preparación que se castiga anticipadamente por medio de la figura de la colusión desleal simple. Es propiamente con la ejecución del acuerdo colusorio que se produce la defraudación patrimonial al Estado, lo que tiene lugar en el momento en el que el funcionario público, por razón de su cargo, toma una decisión en un contexto negocial que resulta perjudicial para el Estado. El sentido de esta decisión está condicionado por lo acordado previamente con el interesado para defraudar al Estado. Por el contrario, si la actuación del funcionario público no tiene su origen en un acuerdo, sino que es una decisión unilateral, no podrá sostenerse una colusión

67 Vid., MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 31; PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 133.

desleal, aunque se beneficie al particular en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado⁶⁸.

La conducta de defraudación patrimonial es de carácter resultativa, lo que supone que la conducta debe haber producido un determinado resultado. Por esta razón, el delito de colusión desleal agravada es un delito de resultado, en el que no basta la sola ejecución de lo concertado, sino que es necesario que lo ejecutado haya traído consigo un perjuicio para el Estado⁶⁹. Si este perjuicio debe producir un detrimento efectivo del patrimonio del Estado o si basta con que tenga lugar un peligro concreto de tal detrimento, ha sido objeto de gran discusión en la doctrina y la jurisprudencia penales desde la redacción anterior del delito de colusión desleal.

La jurisprudencia nacional se ha adherido a la lógica interpretativa del peligro concreto, aunque con una terminología poco afortunada: “perjuicio potencial”⁷⁰. En efecto, el carácter potencial podría enten-

68 *Vid.*, CASTILLO ALVA, en García/Castillo, *El delito de colusión*, p. 107.

69 *Vid.*, en este sentido, en la regulación pena, anterior, CASTILLO ALVA, en García/Castillo, *El delito de colusión*, p. 141; ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, pp. 413, 422.

70 *Vid.*, así, la Sentencia de la Corte Suprema R.N. N° 1480-2003-Arequipa de 22 de julio de 2004 (*vid.*, BARANDIARÁN/NOLASCO, *Jurisprudencia generada en el subsistema Anticorrupción*, II, p. 594 y ss.). La misma expresión es utilizada en las siguientes ejecutorias supremas: R.N. N° 79-2003-Madre de Dios de 15 de febrero de 2005: “constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial **potencial** o real para la administración”; R.N. N° 238-2005-Jaén del catorce de junio de dos mil cinco: “que como premisa fluye que se trata de un injusto penal de resultado cuyo núcleo rector típico es defraudar al Estado, real o **potencialmente**”; R.N. N° 3250-2005-Ayacucho de 3 de febrero de 2006: “(...) que, empero, esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume, dado que el tipo penal mismo dice que ese “fraude” debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la **concertación con la posibilidad de perjudicar** económicamente a la administración pública que el tipo legal en cuestión es un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo)”; R.N. N° 798-2005-Ica

derse en el sentido de idoneidad general de perjudicar al Estado, lo que produciría una confusión con la figura de colusión desleal simple regulada en el primer párrafo del artículo 384 del CP. Por esta razón, el perjuicio potencial al que hace mención la jurisprudencia nacional, debe ser comprendido en este contexto como la generación de un peligro concreto de perjuicio, es decir, que, en el caso concreto, se han presentado todos los factores para un menoscabo patrimonial efectivo, pero éste no se ha producido por razones fortuitas. Se trataría, entonces, de un delito de resultado en su modalidad de peligro concreto.

Desde consideraciones fundamentalmente de subsidiariedad, un sector importante de la doctrina penal nacional sostiene que solamente podría considerarse penalmente relevante la defraudación que se traduce en un perjuicio efectivo sobre los intereses patrimoniales del Estado⁷¹. A esta interpretación del delito de colusión desleal se le han adherido varias decisiones de la Corte Suprema. Así, la sentencia R.N. N° 1402-2002-Tumbes de 4 de julio de 2002 señala expresamente lo siguiente: “*siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales*”⁷² (el resaltado es nuestro). Igualmente se han pronunciado las siguientes ejecutorias: R.N. N° 740-2003-Arequipa de 4 de junio de 2004: “*causando per-*

de 22 de junio de 2005: “empero lo que debe acreditarse –con arreglo a las exigencias del tipo de injusto del aludido delito, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal– es que **la concertación entrañe posibilidad de perjuicio económico** a la Administración Pública, de compromiso lesivo del patrimonio público”.

71 Vid., ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 407. Igualmente, PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, 1996, p. 150; HUGO ÁLVAREZ, *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, p. 79, quien señala que no se concibe una defraudación sin un perjuicio económico del Estado; REYNA ALFARO, *Actualidad Jurídica*, T. 130, septiembre 2004, p. 69.

72 Vid., ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 416.

juicio a la administración pública” (considerando séptimo)⁷³; R.N. N° 3342-2003-Ucayali de 10 de noviembre 2004: “*que el tipo penal exige que se produzca la defraudación de los intereses del estado a través de la concertación, la que puede realizarse mediante diversas modalidades confabulatorias, pactos ilícitos o arreglos en perjuicio de los intereses estatales, lo cual debe reflejarse en un perjuicio económico, situaciones que no han sido acreditadas en autos*”; R.N. N° 3136-2004-Lima de 14 de enero de 2005: “*Que la inexistencia de dolo en la conducta del procesado –tipicidad subjetiva- y la ausencia de defraudación a los intereses del Estado, es decir, un perjuicio económico real a la entidad agraviada –tipicidad objetiva- convierte en atípica la conducta del impugnante*” (los resaltados son nuestros).

En nuestra opinión, el delito de colusión desleal agravada debe entenderse como un delito de lesión por las siguientes consideraciones. Si bien es cierto que una defraudación no requiere necesariamente la producción de un perjuicio patrimonial efectivo, consideraciones de mínima intervención aconsejarían interpretar el elemento típico de la defraudación en el sentido restrictivo de lesión. Este parecer no implica la impunidad de los casos en los que el perjuicio a los intereses estatales no se haya materializado, pues siempre quedará la posibilidad de recurrir al castigo a título de tentativa con base en lo dispuesto en el artículo 16 del CP⁷⁴. De esta manera, queda muy claro el orden de lesividad con el que se reprime la colusión desleal. Si la actuación se queda en el acuerdo colusorio idóneo para defraudar al Estado (peligro abstracto), entonces será de aplicación el primer párrafo del artículo 384 del CP. Si el acuerdo se ejecuta y solamente se genera un peligro concreto de afectación patrimonial al Estado, entonces esta conducta se castiga como delito de colusión desleal agravada en grado de tentativa (segundo párrafo del artículo 384 y artículo 16 del CP). Por el

73 Vid., PÉREZ ARROYO, *La evolución de la Jurisprudencia en el Perú*, p. 1319.

74 Admite la tentativa en la colusión agravada, MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 34.

contrario, si la falta de perjuicio efectivo se puede reconducir a una actuación voluntaria de los intervinientes en el hecho, entonces habrá que aplicar las reglas del desistimiento conforme a los artículos 18 y 19 del CP. En caso que la ejecución del acuerdo devenga en una lesión patrimonial efectiva a los intereses estatales, entonces lo que corresponde es aplicar el delito de colusión desleal agravada consumado.

Debe quedar claro que la constatación de un perjuicio efectivo para la Administración Pública no permite, por su sola existencia, afirmar la realización plena del tipo penal de colusión desleal agravada⁷⁵. Entre la ejecución de la concertación y el perjuicio efectivo debe existir una vinculación objetiva⁷⁶. Esta vinculación no puede ser puramente causal, pues la teoría de la imputación objetiva exige un nexo normativo entre la conducta típica y el perjuicio irrogado al Estado. Para que el perjuicio sea la realización del riesgo creado por la infracción del deber, debe tratarse de un perjuicio que forma parte de aquella clase de perjuicios que el cumplimiento del deber positivo de resguardo patrimonial atribuido al funcionario público procura evitar. En este orden de ideas, si los productos que deben ser entregados al Estado como consecuencia de un acuerdo colusorio, sufren al momento de su entrega una devaluación por razones de coyuntura económica, el resultado perjudicial no será el que se procura evitar con el deber positivo impuesto al funcionario público. El perjuicio al Estado debe ser la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido.

IV. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Dado el dolo con el que debe actuar el funcionario público que se colude con los interesados para defraudar al Estado, parte de la doctri-

75 Igualmente, CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión*, p. 33.

76 En este sentido, MARCA ROMERO, *Gaceta Penal y Procesal Penal* 27 (setiembre de 2011), p. 32.

na penal entiende que es difícil hallar una causal justificatoria del comportamiento del agente del delito⁷⁷. Por nuestra parte, consideramos que no hay razones para excluir la posibilidad de que el funcionario público se encuentre en situaciones, en las que no es posible dejar de hacer ciertas adquisiciones o contrataciones, aunque de ellas se deriven ciertos perjuicios o pocos beneficios para el Estado⁷⁸. Estas situaciones podrían agruparse en dos grupos: Las actuaciones en cumplimiento de un deber especial y las situaciones de emergencia o necesidad.

4.1. El cumplimiento de un deber

El desempeño de una función pública establece no solamente un deber de protección del patrimonio estatal administrado, sino también otros deberes especiales, cuyo cumplimiento, bajo determinadas circunstancias, podría entrar en situación de conflicto con el primer deber. Si el cumplimiento de estos deberes especiales le exige al funcionario público realizar actos de disposición patrimonial sobre fondos públicos, su actuación no podrá generarle responsabilidad penal mientras se haya movido en el marco de su deber funcional. Se trataría del obrar en cumplimiento de un deber, lo que, de acuerdo con el tenor del artículo 20 inciso 8 del Código penal, produciría un efecto justificante de la realización típica⁷⁹.

En el proceso penal por el salvataje financiero del Banco Wiese se discutió precisamente la cuestión de si los funcionarios del Ministerio de Economía, de la Superintendencia de Banca y Seguros y del Banco de la Nación actuaron en cumplimiento de un deber específico de poner todos los medios para mantener estable el sistema financiero, lo que de alguna manera blindó su actuación con una coraza de legalidad.

77 Vid., así, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 427.

78 Igualmente, PARIONA ARANA, *El delito de colusión*, p. 129.

79 Vid., con mayores referencias, SALINAS SICCHA, en Castillo Alva (coord.), *Código penal comentado*, I, Lima, 2004, p. 783 y ss.

Se argumentó en este caso no sólo que el Estado no resultó perjudicado, sino que los funcionarios públicos, en cuanto garantes del cumplimiento de ciertas funciones estatales esenciales, tuvieron el deber de intervenir en esta situación de crisis patrimonial para paliar o reducir los efectos de la crisis bancaria acaecida en el país en la segunda mitad de los años noventa. En efecto, conforme al artículo 87 de la Constitución Política, el Estado está en la obligación positiva de fomentar y garantizar el ahorro, de manera tal que sus funcionarios tienen el deber de actuar para evitar cualquier perjuicio sobre los ahorristas. En este sentido, la conducta alternativa al salvataje financiero del BWL (vgr., intervenir el banco) habría significado igualmente una responsabilidad de los funcionarios denunciados, pues éstos no habrían preservado a la economía estatal de un gasto mucho mayor para conseguir reestabilizar el sistema financiero con la caída del mencionado banco. Desde esta perspectiva, los funcionarios públicos actuaron en cumplimiento de un deber positivo de base constitucional, lo que debería traer consigo la exención de responsabilidad penal.

4.2. Las situaciones de necesidad

En el ejercicio de su actividad funcional, el funcionario público puede toparse con situaciones de necesidad frente a las cuales no puede, como funcionario público, quedar pasivo. Para la superación de estas situaciones de necesidad resultan necesarios, en muchos casos, actos de disposición patrimonial urgentes que impiden seguir los procedimientos legalmente regulados. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema R.N. N° 79-2003-Madre de Dios de quince de febrero de dos mil cinco, se decidió de la siguiente manera un supuesto de necesidad: *“resulta que el traslado en avión Focker perteneciente a las Fuerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Lima hacia Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como fin un acto humanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad por lo que no cabe atribuirseles la comisión de*

este delito (en el presente caso, colusión desleal)". Si bien los funcionarios procesados dispusieron alquilar los aviones de las Fuerzas Armadas sin seguir los procedimientos legalmente establecidos, la situación de necesidad de la población necesitada justificó la actuación de los mencionados funcionarios, quedando liberados de responsabilidad penal.

Otro supuesto usual de necesidad en la administración de una institución pública es el caso de emergencia o peligro de desabastecimiento que compromete de forma directa e inminente el funcionamiento de la Administración Pública o la prestación de un servicio público asumido por el Estado. Si bien puede prescindirse en estos casos de los procesos de selección previstos en la Ley de Contrataciones del Estado, el funcionario público no puede proceder con absoluta discrecionalidad. Por ejemplo, en las situaciones de emergencia por una situación catastrófica el funcionario público solamente podrá adquirir o contratar de forma directa lo estrictamente necesario para prevenir y atender los desastres, así como para satisfacer las necesidades sobrevivientes, estando obligado además a regularizar luego esas operaciones. En el caso de situación de desabastecimiento inminente se autoriza la adquisición o contratación directa sólo por el tiempo y cantidad necesarios para resolver la situación. Como puede verse, se trata de situaciones de necesidad regladas por la ley, en donde se establecen los requisitos y los presupuestos para dejar de lado los procesos de selección previstos en la legislación de la materia.

**EL DEPOSITARIO JUDICIAL
EN LOS DELITOS DE APROPIACIÓN ILÍCITA Y
PECULADO POR EXTENSIÓN.
COMENTARIO AL PRECEDENTE VINCULANTE
DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA**

Eduardo Oré Sosa¹
Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

La norma penal bien puede prohibir o compeler la realización de determinadas conductas; en estos casos, la infracción de la norma de prohibición o de mandato nos coloca ante un injusto típico, a menos que concurra una norma de permisión que reste desaprobación al hecho (verbigracia, la legítima defensa, el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, etcétera).

Ahora bien, dos hechos idénticos en el plano empírico, pueden adquirir una valoración distinta en función —más que a la persona— de los deberes que se infringen. No es lo mismo que un padre, pudiendo hacerlo, no neutralice un peligro inminente que se cierne sobre su menor hijo, a que un extraño omita prestar auxilio a quien encuentra en peligro. Es lo que ocurre también con los delitos cuyo injusto se hace residir en el hecho de apoderarse o distraer un bien que se ha recibido

1 Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Piura. Abogado (PUCP). Doctor por la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho (UNMSM).

con el fin de devolver o hacer un uso determinado de él, en los que el comportamiento adquiere una distinta valoración según venga realizada por un funcionario o servidor público, o un particular.

En líneas generales, el solo hecho de apoderarse de un bien ajeno entraña una conducta desaprobada, pero la intervención del Derecho penal desde el momento en que dicha conducta adquiere un suficiente grado de merecimiento y necesidad de pena irá aumentando en intensidad según las relaciones, circunstancias o situaciones que envuelven el hecho. Esto puede dar pie a la conformación de tipos autónomos (estafa o asesinato, según se acceda a una cantidad de dinero mediante engaño o acabando premeditadamente con la vida de quien lo custodia), como a la configuración de circunstancias modificativas, esto es, elementos accidentales de los que dependen no el *ser* o la existencia del delito, sino solo su *gravedad*² (hurto simple, o hurto *durante la noche, con destreza* o *en inmueble habitado*).

En lo que aquí atañe, tenemos que el legislador nacional ha considerado conveniente contemplar una circunstancia agravante del delito de apropiación que genera problemas de delimitación con el denominado peculado extensivo. En efecto, este aparente desaguizado surge cuando en el artículo 190 se incorpora una circunstancia agravante del delito de apropiación ilícita que apela a la condición de depositario judicial del agente, al propio tiempo en que el artículo 392 regula una figura si no idéntica, al menos muy similar: la extensión del delito de peculado al depositario designado por autoridad competente.

Este asunto fue abordado hace algunos años en un precedente vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Para esta obra colectiva, elaborada conjuntamente con mis queridos colegas de la Universidad de Piura, incluyo un trabajo publicado anteriormente [*Revista de Derecho*. Universidad de Piura, vol. 13 (2012)], al que se han agregado un nuevo acápite y comentarios adicionales.

2 MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed. Reppertor, Barcelona, 2008, p. 608.

II. EL PRECEDENTE VINCULANTE

La sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de febrero de 2012, recaída en el Recurso de Nulidad N.º 3396-2010-Arequipa, dispuso que lo anotado en el cuarto considerando de dicha Ejecutoria Suprema constituya precedente vinculante normativo. El referido considerando señala lo siguiente:

“Cuarto: Que estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal de las normas en cuestión, ya que la mención “depositario” —*condición imputada al encausado*— se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo trescientos noventa y dos del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente —en cuanto a la condena y pena a imponerse—, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a éste, conforme lo prevé el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece: “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales —como es el presente caso—”; por tanto, este Supremo Tribunal considera que si bien la imputación fáctica efectuada por el señor Fiscal contra el encausado Héctor..., se enmarca en estos dos dispositivos legales antes mencionados; sin embargo, es de considerarse que al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra el Patrimonio en su

modalidad de apropiación ilícita en forma agravada –regulada en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal–; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas”.

III. HECHOS

Del segundo considerando de la propia resolución se desprende que el representante de la empresa “Aleman” –dedicada al rubro de grifos– interpuso demanda de obligación de dar suma de dinero contra la empresa “Expreso Sud Americano” por la suma de cinco mil quinientos nuevos soles, proceso que se tramitó ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Arequipa. Dicho juzgado dispuso, a pedido de parte, el embargo sobre un ómnibus de propiedad de la empresa demandada, el mismo que fue internado en el depósito oficial de vehículos. En estas circunstancias, según la sentencia, se hizo presente el encausado Héctor, quien afirmó ser apoderado de la empresa “Expreso Sud Americano” y logró convencer al representante de la empresa “Aleman” para que celebraran una transacción judicial mediante la cual reconoció la deuda y el compromiso de cancelarla, y fraccionando un calendario de pago. Asimismo, se varió la medida cautelar, haciéndose nombrar –Héctor– depositario judicial del vehículo embargado por ante el Primer Juzgado de Paz Letrado, mediante acta de entrega donde, además, fue debidamente instruido sobre sus obligaciones en su condición de Órgano de Auxilio Judicial. Posteriormente, Héctor se mostró renuente a entregar el vehículo, pues aun cuando fue notificado y requerido con las formalidades de ley, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, sostuvo haberlo entregado a la empresa “Expreso Sud Americano”; agregó que la transacción en la que había intervenido carecía de validez, pues jamás fue apoderado de la referida empresa. La misma resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estima que Héctor habría actuado en connivencia con los gerentes de Expreso Sud Americano.

IV. COMENTARIOS

4.1. Principio de favorabilidad

Un primer aspecto a comentar es el de la aplicación del principio de favorabilidad. La resolución de la Corte Suprema invoca para ello tanto el art. 139 inc. 11 de la Constitución, como el art. 6 del Código Penal. En cuanto a esta última disposición, es de tener en cuenta que la misma regula el principio de favorabilidad “en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales”. Por algo el artículo 6 del Código punitivo se ubica en un capítulo denominado *Aplicación Temporal*. Sin embargo, en el caso bajo estudio, no parecemos estar ante un conflicto de leyes en el tiempo, toda vez que la misma Sala centra el problema en la *interpretación* jurídico-penal de dos normas (artículos 392 y 190 del Código Penal) que hacen mención al acto de apropiación en condición de *depositario*. Por lo demás, la mención que se hace tanto al depositario judicial (art. 190 CP) como al depositario por orden de autoridad competente (art. 392 CP) se encuentra tal cual desde el texto original del Código Penal de 1991.

En cuanto a la norma constitucional (art. 139 inc. 11), cierto es que en ella puede encontrar fundamento la aplicación de la ley más favorable. Según RUBIO CORREA, “en la interpretación de la ley, cuando no hay claridad, se aplica el criterio teleológico de interpretar restrictivamente lo perjudicial y favorablemente lo beneficioso”.³ En la misma línea, GARCÍA TOMA considera que “la duda nos acerca al campo de la incertidumbre y de lo incierto; por ello, la doctrina aconseja en materia penal la utilización del *principio pro reo*”.⁴ No obstante, coincidimos

3 RUBIO CORREA, *Estudio de la Constitución Política de 1993*. T.5. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1999, p. 113.

4 GARCÍA TOMA, *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 482. Recuerda el aforismo de que es mejor absolver un culpable que condenar un inocente.

con GARCÍA CAVERO⁵ cuando rechaza el carácter absoluto del principio *in dubio pro reo*. Por lo demás, existen finalidades preventivas que podrían quedar resentidas, como ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal Constitucional:

“ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material”. [Exp. N° 0019-2005-PI/TC F. J. 42].

Ahora bien, más que un problema de duda o escasa claridad en cuanto al contenido de la norma [dentro de lo que se puede esperar, ambas disposiciones –artículos 190 y 392 CP– son razonablemente claras con respecto a la conducta típica], pareceríamos estar, como señala un sector de la doctrina, ante un supuesto de concurso de leyes. Veamos esto con más detenimiento.

4.2. Concurso de leyes

Suele suceder que una conducta criminal pareciera admitir la calificación de más de un tipo o disposición penal; no obstante, una adecuada labor de interpretación podría llegar a determinar la exis-

5 GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*. Ideas, Lima, 2019, 3ª ed., p. 307: “Si la racionalidad del sistema penal lleva a la interpretación más extensiva de la punibilidad, entonces el juez penal tendrá que asumir este sentido de la interpretación, por ser esta racionalidad el presupuesto de su labor de interpretación. Por lo tanto, si el legislador penal busca mediante determinados elementos normativos del tipo dar un mejor instrumento de lucha contra determinada forma de criminalidad (en los delitos económicos o patrimoniales, por ejemplo), resulta lógico que se asuma una interpretación extensiva acorde con los objetivos político-criminales del legislador”.

tencia de una única disposición aplicable. De ahí que a este instituto también se le denomine concurso aparente.⁶ En sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N° 743-2018 Lima, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se señaló como fundamento 4.5: “Es claro que el supuesto de hecho es uno solo donde advierte la existencia de un concurso aparente de normas penales. El concurso aparente de leyes se presenta en aquellas situaciones en las que para la tipificación de un hecho concurren, en apariencia, dos o más tipos penales; sin embargo, una regla extraída del sistema jurídico permite determinar que el hecho se encuadre en uno de los supuestos típicos en concurso aparente”.

Las reglas para determinar la norma que prevalece son las siguientes:

- a) Especialidad: la *ley especial* desplaza a la *ley general*. Se ha de elegir aquella norma que contiene todos los elementos de la norma general, más algún elemento específico. Ejm. Cuando se mata al padre, el parricidio desplaza al homicidio.
- b) Subsidiariedad: la *norma preferente* desplaza a la *norma subsidiaria*. A veces el mismo legislador señala de manera *expresa* cuál es la figura preferente. Cuando ello no es así (subsidiariedad *tácita*), deberá determinarse la norma preferente a través de la interpretación. Ejm. La falsificación de documento público desplaza a la falsedad genérica; las formas consumadas absorben las intentadas.
- c) Consunción: la disposición más amplia o compleja absorbe la que reprime la infracción que se consume en aquella. Ejm: el robo en casa habitada (art. 189 inc. 1 CP) consume el delito de violación de domicilio (art. 159 CP), pues aquel ya comprende el injusto de este.

6 Atendiendo a que en el concurso aparente de leyes, a diferencia del concurso ideal, solo una norma prevalece, VILLAVICENCIO prefiere otorgarle la denominación de *unidad de ley*, *vid.* VILLAVICENCIO, *Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2013, p. 711.

- d) Alternatividad: cuando ninguna de las reglas anteriores sirva para determinar la norma aplicable, se opta por el precepto que establece la pena más grave.

De este breve recuento, parece claro que el precedente vinculante no ha seguido las reglas de determinación del concurso de leyes para considerar aplicable la figura de apropiación ilícita en su forma agravada. Al menos no lo menciona expresamente; opta, más bien, como ya ha sido mencionado, por la aplicación del principio de favorabilidad (“porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas”).

SALINAS SICCHA llega a esta misma solución (apropiación ilícita en su forma agravada), pero aplicando las reglas del concurso de leyes. Según él, teniendo en cuenta el principio de especialidad, ante un aparente conflicto de normas penales aplicables a un caso concreto, se aplicará la norma que prevé en forma más específica y precisa el supuesto de hecho, dejándose de lado las demás (*lex specialis derogat lex generalis*); considera, así, que los depositarios judiciales –al ser referidos específicamente por el artículo 190 CP– solo son pasibles de cometer el delito de apropiación ilícita.⁷

Aplicando también el principio de especialidad, pero arribando a un resultado opuesto, GÁLVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR consideran aplicable el peculado por extensión, toda vez que de los artículos 425 y 392 del Código Penal se desprende que a los depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, “se los considera como funcionarios o servidores públicos para efectos penales”, convirtiéndolos así en “sujetos portadores de deberes especiales”; con lo cual, dichos artículos “constituyen

7 SALINAS SICCHA, *Delitos contra el patrimonio*. Grijley-Iustitia, Lima, 2010, 4ª ed., pp. 224-225. Agrega que “el artículo 392 se refiere a depositarios designados por autoridad competente; esto es, la norma es más general. De modo que el artículo 392 está reservado para aquellos depositarios no judiciales designados por autoridad competente facultada para designar depositarios o custodios como, por ejemplo, los intendentes de aduanas, Sunat, la autoridad municipal, etc.”

respuestas para sujetos especiales infractores de un deber vinculado a la Administración Pública, en cambio, en el artículo 190 se comprende a todo sujeto en general”.⁸

El problema de esta última afirmación es que este artículo no alude a cualquier depositario en general, sino, justamente, al *depositario judicial*. Con lo cual, se estaría eliminando la agravante consistente en la actuación en calidad de depositario judicial a que se refiere el segundo párrafo del artículo 190. Lo que parece exceder la labor del intérprete. Como sostiene GARCÍA AMADO, “tal reemplazo de la norma previa aplicable por otra de la mera cosecha del juez plantea un grave problema de legitimidad, sean cuales sean las razones con que se justifique, y más en democracia, pues supone la suplantación del legislador democrático, representante de la soberanía popular, por otro poder, el judicial, que carece de tal legitimación para la creación de normas opuestas a las del Poder Legislativo”.⁹

El intrínquilis podría resultar mayor si reparamos en lo previsto en el inciso 4 del artículo 425 del Código penal cuando, a efectos penales, se considera como funcionarios o servidores públicos a *los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares*.

4.3. Antecedentes y experiencias de derecho comparado

Parece importante mencionar que las normas que motivan este comentario no son inusuales en la legislación de otros países; esto

8 GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 882-884, agregan que “la apropiación de los caudales depositados, por los propios depositarios, además de defraudar la expectativa particular de los propietarios de los bienes (cuando se trata de particulares), defrauda la confianza de la ciudadanía en la Administración Pública, especialmente en la Administración de Justicia, si se trata de depositarios judiciales”.

9 GARCÍA AMADO, “Interpretar, argumentar, decidir”, en AA.VV., *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005*, HURTADO POZO (dir.), PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2006, p. 40.

es, existen diversos códigos penales en los que pueden encontrarse la circunstancia agravante [por la condición de depositario judicial del agente] del delito de apropiación y la disposición que extiende el ámbito de aplicación del delito de peculado al depositario nombrado por autoridad competente. Menos usual es que ambas normas aparezcan en un mismo cuerpo normativo, por los problemas de interpretación que ya se han adelantado.

En efecto, en el derecho penal español, el delito de peculado viene recogido como una modalidad de malversación [por apropiación] en el artículo 432 inc. 2 del Código Penal; el artículo 435 contiene la disposición extensiva del depositario¹⁰, pero el legislador de aquel país no ha estimado necesario incorporar una circunstancia agravante del delito de apropiación indebida (artículo 253) por la condición de depositario judicial del sujeto activo.

Lo mismo ocurre en el caso de Argentina, si nos atenemos a lo que se dispone en el artículo 263 del Código Penal de la Nación sobre el peculado por extensión,¹¹ y el artículo 173 inc. 2 que omite cualquier referencia al depositario judicial como configurador de una circunstancia agravante de la *retención indebida*, delito contra la propiedad similar a nuestra apropiación ilícita.

Sintomático resulta el caso colombiano, donde el legislador estimó conveniente reemplazar la figura del peculado por extensión por el abuso de confianza calificado¹² del artículo 250. De esto, el abuso de

10 “Artículo 435. Las disposiciones de este capítulo son extensivas: 3°. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares”.

11 “263. Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administran o custodian 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”.

12 ABELLO GUAL, El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad penal empresarial: La responsabilidad penal por administración de fondos parafiscales

confianza, que admite en dicha legislación la modalidad por apropiación, se agrava cuando la conducta se comete “abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública”; supuesto en el que encuadra el del “secuestre nombrado por juez, quien encargado de la tenencia y custodia de un bien, procede a apropiarse de él, ya sea para sí o para un tercero”.¹³

En el inciso 5 del artículo 205 del Código penal portugués¹⁴, se recoge una agravante específica en función a la calidad de depositario judicial del autor del delito de abuso de confianza (léase, apropiación); sin embargo, dicho ordenamiento no cuenta con una norma similar al peculado por extensión.

En el ordenamiento nacional, ha de señalarse que los códigos penales de 1862 y 1924 reconocían la fórmula del peculado por extensión en los artículos 197 y 347, respectivamente. No obstante, ambos códigos carecían de la circunstancia agravante del delito de apropiación por la condición de depositario judicial del agente.

4.4. Postura personal

La aplicación de una norma a un caso concreto no constituye una actividad mecánica e irreflexiva, sino que exige tanto una adecuada comprensión de los hechos, como un cabal entendimiento de la disposición penal aplicable. De este modo, para aplicar una norma penal a un caso concreto se necesita determinar el sentido o significado de una

en las E.P.S. en Colombia. En: *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, N° 26 (2010), p. 272.

13 PABÓN REVEREND, Fraude mediante cheque y del abuso de confianza. En: AA.VV., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Castro Cuenca (coord.), Temis, Bogotá, 2011, p. 444.

14 “Se o agente tiver recebido a coisa em depósito imposto por lei em razão de ofício, emprego ou profissão, ou na qualidade de tutor, curador ou **depositário judicial**, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

disposición penal (interpretar), y analizar su correspondencia con el hecho incriminado (juicio de subsunción o adecuación típica).

La interpretación de la norma, a primera vista, no parecería representar problema alguno, al menos para el entendido en la lengua castellana: bastaría con una lectura atenta para comprender el sentido del precepto normativo. Veamos un ejemplo. Si el artículo 106 del Código Penal sanciona con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años a aquel que *mata a otro*, habrá que entender que se reprime justamente eso, matar a otro; a otra persona, si se quiere superar un tanto la parquedad del legislador. Muy pronto, sin embargo, esto se nos muestra insuficiente. Si el agente quita la vida a quien está por nacer: ¿cometerá homicidio o aborto? Vaya que la distinción es importante, pues el aborto no consentido se reprime con una pena sensiblemente menor al homicidio: pena privativa de libertad entre tres y cinco años. A pesar de esto, la diferencia entre un delito y otro no se desprende de la letra de la ley; por tanto, debe ser interpretado. A esto se destinan los métodos de interpretación.

Sin desmerecer la importancia de los métodos literal, histórico y sistemático, destacamos el papel del método teleológico en la interpretación de la norma. Las normas penales no se crean porque sí, están para satisfacer una determinada necesidad político-criminal, llámese esta la protección de un determinado bien jurídico o la garantía sobre una expectativa social. Las normas tienen, pues, una orientación, cumplen una finalidad; con lo cual, parece una obviedad que para la interpretación se tenga que tener en cuenta el fin (*telos*) de la norma. Estos fines no pueden identificarse con la voluntad del legislador (criterio subjetivo al que apunta el método histórico), pues de lo que se trata es de determinar, de manera objetiva, cuál es el sentido y finalidad de la norma actualmente. Como estas finalidades se basan, como señala LUZÓN PEÑA¹⁵, en valoraciones (positivas o negativas) de hechos

15 LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 2002, p. 169. Este mismo autor señala: "El criterio teleológico y valorativo

o situaciones, este método interpretativo también es conocido como valorativo o axiológico.

Pues bien, el peculado extensivo —donde se produce una equiparación, por un lado, entre particulares, y funcionarios o servidores públicos, y, por otro, entre dinero o bienes públicos, y los pertenecientes a particulares— se reprime bajo los marcos punitivos de los delitos de peculado y malversación, que son mayores al previsto para el delito de apropiación en su forma agravada. Pero de ello no ha de colegirse tan rápidamente la aplicación de la norma más favorable, como apunta el precedente vinculante, pues cabe interpretar que esa diferencia del marco penal se corresponde con una distinta valoración en cuanto al contenido de injusto de cada delito. Así, la afectación, directa o indirecta, de un interés económico de la Administración¹⁶ —a los ojos del legislador— podría verse como más disvaliosa que la afectación de un interés patrimonial privado, con lo cual, una agresión a un interés patrimonial de la Administración podría exigir la aplicación del delito contra la Administración Pública, en tanto el predominio de un interés privado se correspondería con el marco penal previsto para el delito de apropiación ilícita en su forma agravada.

atiende a la finalidad de la norma (fundamentalmente la ley), a su voluntad «objetiva» en su configuración actual y a las valoraciones implícitas o explícitas de la misma; y en el caso de las leyes penales, a los objetivos de política criminal que el sistema penal ha plasmado en un precepto o grupo de preceptos a través de un determinado tenor literal, con sus valoraciones y fines que se desprenden no sólo de la redacción de los hechos típicos y de la mayor o menor gravedad de su sanción, sino también de su puesta en relación con los principios y límites del *ius puniendi* y con la orientación del conjunto de las restantes normas penales (necesidad de combinar el método teleológico-valorativo con el sistemático).

- 16 Sin entrar al debate sobre la *lealtad* del funcionario en el manejo de los recursos del Estado como objeto de protección de los delitos de peculado y malversación, entendemos que estos delitos, indudablemente, se caracterizan por suponer una afectación a los intereses patrimoniales de la Administración Pública.

De similar opinión es ROJAS VARGAS, quien sostiene que “no cabe concluir que existe realmente una duplicación de normas o concurso, ya que en el caso de dicho depositario su intervención como autor del delito patrimonial común [art. 190 CP] se da en un ámbito de externalidad para con los caudales o bienes del patrimonio público, debiendo tratarse necesariamente de bienes de particulares sin conexión por destino con fines públicos, lo que no ocurre en el peculado extensivo, en el cual tiene que existir obligadamente una vinculación del dinero o caudales embargados o depositados con los fines de la administración pública”.¹⁷

En este sentido, no será lo mismo que el depósito asegure, por ejemplo, el pago de una deuda tributaria, a que garantice el pago de una obligación de dar suma de dinero entre particulares. Más allá de que pongamos en tela de juicio que un interés económico de la Administración debe prevalecer necesariamente sobre un interés patrimonial privado —¿el pago de una multa de tránsito tiene mayor importancia que el pago de una deuda alimenticia?—, el legislador penal suele valorar como más disvaliosa cualquier afectación a los fines e intereses de la Administración.

En cualquier caso, el legislador ha configurado la agravante por la condición de *depositario judicial* en el contexto del delito de apropiación ilícita, estimando así que, en estos casos, a la afectación del patrimonio del sujeto pasivo —no de la Administración— se suma el disvalor de la infracción de un deber especial; sin que esto último, dada la desconexión entre el bien afectado en depósito y un fin de la Administración Pública, reconduzca la figura a un delito contra la Administración, es decir, de peculado por extensión.

Con todo, teniendo en cuenta la existencia del artículo 425 inc. 4 del Código Penal que otorga, a efectos penales, la condición de fun-

17 ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*. Grijley, Lima, 2007, 4ª ed., p. 587.

cionarios o servidores públicos a los *depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente*, así como la regulación de estos temas en el derecho comparado, es momento de analizar la necesidad de mantener el artículo 392 por aparecer superflua o innecesaria.¹⁸

V. CONCLUSIONES

1. La invocación al art. 6 CP para la aplicación del principio de favorabilidad, en el presente caso, no parece oportuna, pues dicha disposición regula el principio de favorabilidad en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.
2. La aplicación del art. 139 inc. 11 de la Constitución, de la que se deriva el principio *in dubio pro reo*, no tiene carácter absoluto, pues debe guardar correspondencia con las finalidades preventivas del Derecho Penal.
3. A pesar de la similitud normativa entre lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 190 y el artículo 392 del Código Penal, con respecto a la conducta del depositario judicial o por orden de autoridad competente, cabe interpretar que ambas figuras penales no han merecido la misma valoración por parte del legislador, lo que explica un distinto tratamiento y marco punitivo.
4. De esta suerte, cuando la realización de la conducta típica, por parte de un depositario designado por autoridad competente—dentro del que cabe incluir al depositario judicial—, importe una agresión a un interés patrimonial de la Administración, estaremos ante un delito contra la Administración Pública (peculado por extensión). Por el contrario, se configurará una apropiación ilícita en su forma agravada cuando al depositario judicial solo se le impute la afectación al patrimonio de un particular, mas no a un interés económico de la Administración.

18 ROJAS VARGAS, *Delitos... cit.*, p. 185.

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL PERÚ

Javier Eduardo López Romani¹
Universidad de Piura

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El tráfico de influencias es un tipo penal que encuentra sus antecedentes en el derecho penal romano², pero su regulación técnico normativa recién se produjo con la Ley francesa de 4 de julio de 1889³. En nuestro medio, la versión inicial del Código Penal de 1924 no regulaba este tipo penal, sino que fue introducido a través del Decreto Legislativo N° 121, de 12 de junio de 1981, el cual tenía como antecedente la delegación de facultades legislativas efectuadas por el Parlamento al

1 Profesor de Derecho Procesal Penal y Fiscal provincial especializado en delitos de corrupción de funcionarios públicos en el distrito fiscal de Piura.

2 La figura habría aparecido cuando uno de los amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante éste; al descubrirlo el emperador, lo condenó a morir ahogado en humo; de allí el nombre de “venta de humo” como también se conoce esta figura. *Vid.*, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública En El Código Penal Peruano*, Segunda edición, Lima-Perú, 2003, p. 522; *vid.*, ABANTO VÁSQUEZ/VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *El Delito de Tráfico de Influencias*, Lima-Perú, 2019, p. 50. En el mismo sentido, *Vid.* REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, Lima – Perú, 2014, p. 521.

3 *Vid.*, ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima – Perú, 2016, p. 366.

Poder Ejecutivo, con la finalidad de que se revisen los diversos decretos leyes dictados por la dictadura militar en materia penal. Por ello, la introducción del artículo 353-A en el Código Penal, vía el Decreto Legislativo antes mencionado, a decir de HURTADO POZO, constituyó una expresión de la idea políticamente predominante de aquel entonces, que apuntaba a facilitar la represión eficaz de los funcionarios que durante el fenecido gobierno militar habían cometido delitos contra los intereses del Estado⁴.

La introducción del tráfico de influencias en nuestro Código Penal tuvo como fuente inspiradora el art. 147 del Código Penal colombiano de 1980, cuya influencia había sido recibida del Código Penal italiano de 1930⁵; sin embargo, al legislar dicho delito se efectuaron algunos cambios en la terminología que generaron una nueva versión de la figura penal. Así se tiene que a diferencia del tipo colombiano, el tipo penal peruano siempre fue un delito común⁶, al ser cometido por cualquier persona y no exclusivamente por un funcionario o servidor público, pareciéndose más en esto a la fuente italiana del *millantato credito*⁷ y a la hispana del art. 476 del Código Penal de 1928.

4 Vid., HURTADO POZO, “Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado tráfico de influencias”, en *Anuario de Derecho Penal* 2005, Lima, 2005, p. 273.

5 De las fuentes extranjeras que el legislador nacional tomó como modelo para la configuración del tipo lo hallamos en el artículo 346 del Código Penal Italiano de 1930, artículo 451 del Código Penal Salvadoreño de 1973, artículo 480 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1979 y el artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980. Vid., HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la Administración Pública, Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, Lima – Perú, 2018, p. 444.

6 La participación de un funcionario público como sujeto activo del delito está regulada como una agravante y no como parte esencial de la tipicidad objetiva del delito.

7 Equivalente en español a decir influencia jactanciosa. Vid. HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la Administración Pública, Análisis dogmático*,

También es importante resaltar que después de la acogida del tráfico de influencias en nuestra legislación y pese a las críticas que se hacen desde la doctrina a la regulación de este delito⁸, por considerar que se trata de un adelantamiento de las barreras penales y negar un merecimiento de pena, en el ámbito internacional por el contrario, la conducta que tipifica este delito ha merecido una especial atención⁹, por la importancia de la lucha contra la corrupción e ir cerrando todos aquellos espacios de impunidad¹⁰. Así, por ejemplo, tenemos la Con-

tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios, p. 445; Cfr. ABANTO VÁSQUEZ/ VÁSQUEZ–PORTOMEÑE SEJAS, *El Delito de Tráfico de Influencias*, p. 95.

- 8 Al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, citando a Díaz y García Conlledo y Morales Prats/Rodríguez Puerta, refiere que la figura penal no deja de ser discutible, aunque ya teniendo una cierta aplicación práctica en nuestro medio “gracias” a los escándalos del gobierno que estuvo en el poder hasta finales del año 2000. En la doctrina, se ha criticado la “necesidad de su inclusión”, sobre todo, en la versión acogida por el C.P. peruano ante la posibilidad alternativa de prever mejoras en los tipos penales de “cohecho”, sin tener que recurrir a un excesivo adelantamiento indiscriminado de la protección penal. *Vid.*, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, p. 523.
- 9 Así, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 522, explica que como 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, por ello en muchos países se han introducido ya desde hace algún tiempo (Francia, Austria, España, Perú, Argentina) tipos penales, como el tráfico de influencias, que las sancionan.
- 10 En este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, pp. 523 y 524, precisa que a pesar de todo, la inclusión de estos tipos legales llena un vacío de punibilidad para abarcar conductas usuales en una sociedad inundada por la corrupción. Los tipos tradicionales de “cohecho” han demostrado ser insuficientes, pues las conductas que implican “tráfico de influencias” quedarían impunes por constituir, en relación con aquellos, meros actos preparatorios, pese a que afectan seriamente al “correcto funcionamiento de la Administración Pública”. Por su parte, Montoya Vivanco (coord.), *Manual sobre delitos contra la administración pública*, 2ª ed., Lima - Perú, 2016, p. 144, sostiene que hay otro sector de la doctrina que señala que el bien jurídico de este delito es la institucionalidad, entendida como el mandato

vención Interamericana contra la Corrupción¹¹ (suscrita en Caracas, el 29 de marzo de 1996) o la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Nueva York, 2004).

En nuestro país, desde que el Decreto Legislativo N° 121 introdujo al Código Penal de 1924 el delito de tráfico de influencias hasta que el Código Penal de 1991, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 635, ya regulara en su artículo 400 el tráfico de influencias, dicho tipo penal ha sido objeto de modificaciones sucesivas por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06 de octubre de 2004, por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011, por el artículo único de la Ley N° 29758, publicado el 21 de julio de 2011, por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013; y, finalmente, por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016, cuyo texto actual y vigente, es el 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 con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según

constitucional de preservar una institución vital en la sociedad, ampliamente influenciable, de ataques periféricos (porque no atacan el núcleo de su decisión o gestión, como sí sucede en la colusión o el cohecho, por ejemplo) que coadyuvan a una cultura de corrupción, y que político-criminalmente es necesario frenar, concluyen que no se trataría de un adelantamiento de la barrera de punición sino que se trataría de un delito autónomo.

- 11 El Estado peruano aprobó este instrumento internacional a través de la Resolución Legislativa N° 26756, siendo ratificado por Decreto Supremo N° 012-97-RE, cuyo instrumento se depositó el 4 de junio de 1997, entrando en vigencia el 4 de julio de 1997, según lo estipulado en el artículo XXV de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

Como puede advertirse, el delito de tráfico de influencias¹² es un delito común, no es un delito de infracción de deber como si lo es por ejemplo: el cohecho pasivo, la colusión, el peculado, entre otros. En este sentido, la naturaleza de este tipo penal será una de domino y se encuentra estructurado en dos partes. La primera (primer párrafo) constituye un delito común, en tanto puede ser cometido por cualquier persona, mientras que la segunda (segundo párrafo) constituye una agravante de la modalidad básica, regulada en el primer párrafo, al establecerse que si el sujeto activo tiene la calidad de funcionario público el marco penal abstracto de la pena será mayor.

En consecuencia, dada la estructura normativa del tráfico de influencias en nuestro Código Penal, el segundo párrafo constituye un delito especial impropio, en tanto su existencia no condiciona la configuración o existencia del delito de tráfico de influencia regulado en el primer párrafo del art. 400 del Código Penal, sino que sólo agrava el marco penal abstracto de la pena.

La ubicación del tráfico de influencias en el Código Penal llama la atención, toda vez que si bien se encuentra dentro de los delitos contra la Administración Pública, en la vertiente de los delitos cometidos por funcionarios públicos, modalidad de corrupción de funcionarios, es

12 Por su parte la Corte Suprema en el considerando primero de la Casación N° 683-2018/Nacional, de 17 de julio de 2019, ha definido al tráfico de influencias como un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia.

un delito común, pues no requiere que el sujeto activo tenga alguna calidad o cualidad especial que lo distinga; sin embargo, pese a los cuestionamientos¹³, consideramos justificada su actual ubicación en el Código Penal, al afectarse el bien jurídico específico del prestigio y buen nombre de la administración pública con las conductas que el delito de tráfico de influencias prohíbe.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

2.1. Posiciones en doctrina

La determinación del bien jurídico protegido en este tipo penal no ha sido, ni es un tema pacífico, no sólo por su importancia al momento de establecer la legitimidad del Estado para sancionar por este tipo penal sino también porque permite determinar su configuración típica y diferenciarlo de otros tipos penales con los que se puede confundir.

En los delitos contra la Administración Pública existe un bien jurídico genérico que subyace a todas las tipificaciones de los diferentes delitos recogidos en el Título XVIII del Código Penal, referido a los delitos contra la administración pública, respecto del cual no existe

13 Al respecto, HURTADO POZO, "Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado tráfico de influencias", pp. 283 y 286, refiere que la colocación del artículo 400 entre las disposiciones relativas a los delitos contra la administración pública no resulta ser muy coherente, por cuanto en ninguno de los supuestos de dicho texto legal la comisión del delito supone la violación de un deber especial de función, precisando que cuando el autor es un funcionario público (segundo párrafo) 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 artículo 400. En igual sentido opina NÚÑEZ PÉREZ, "La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Ley N° 29703 y 29758. *La vendita di fumo en el pacto Sceleris*", en *Gaceta Penal y procesal penal*, Tomo 26, agosto, 2011, p. 14, agregando que similar situación ocurre con el delito de cohecho activo, previsto en el artículo 397 del Código Penal.

mayor controversia para sostener que el bien jurídico genérico, en el tráfico de influencias, al igual que los demás delitos contra la administración pública, tendría que ser el correcto funcionamiento de la administración pública¹⁴, en el ámbito de la justicia jurisdiccional y de la justicia administrativa¹⁵.

Respecto de ese bien jurídico genérico existen bienes jurídicos específicos que tienen relación con un aspecto del bien jurídico genérico en el que se ve afectado y se materializa la lesividad, sustentándose y/o justificándose de esta manera la existencia de cada tipo penal. En el delito de tráfico de influencias no hay consenso en determinar cuál sería el bien jurídico específico afectado y cómo se daría dicha afectación¹⁶. Al respecto, se han identificado hasta cuatro posturas en torno a lo que este tipo penal protege de manera específica. Así tenemos:

i. Teoría del prestigio o del buen nombre de la administración pública.- Sostiene que el bien jurídico protegido es el prestigio o

14 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado: "(...) De este modo, queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de actos de personas que busquen influir negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos". *Vid.*, Exp. N.º 00017-2011-PI/TC-LIMA, de 3 de mayo de 2012, fundamento jurídico 21; sin embargo, una opinión distinta se puede encontrar en *Vid.*, VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, «Una propuesta de clasificación tripartita para los delitos contra la Administración Pública en el Perú», en: García Caverro/Chinguel Rivera (coords.), *Derecho penal y persona: Libro Homenaje al Profesor H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Lima, 2019, pp. 794-798.

15 De esta manera se limita el ámbito de protección de la administración pública a aquél espacio que corresponde a los funcionarios o servidores públicos que han de conocer, estén conociendo o hayan conocido un proceso judicial o administrativo. *Cfr.* SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Lima – Perú, 2016, p. 683.

16 *Cfr.* ABANTO VÁSQUEZ/VÁSQUEZ – PORTOMEÑE SEIJAS, *El Delito de Tráfico de Influencias*, p. 99.

la buena imagen de la administración pública¹⁷, el cual a decir de SALINAS SICCHA¹⁸ se lesiona con la materialización de algunas de las hipótesis delictivas recogidas en el artículo 400 del Código Penal, las cuales le desacreditan ante el conglomerado social hasta el punto que se puede hacer creer que aquéllos ámbitos de la administración pública solo funcionan por medio de dádivas, promesas o influencias, haciendo perder confianza de los ciudadanos.

17. Esta postura también es compartida por ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, p. 370, quien pese a señalar que en las influencias reales se produce un evidente menoscabo a la administración pública, en las simuladas es bastante discutible que así lo sea; sin embargo, concluye que el bien jurídico protegido es la preservación del prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública y específicamente de la administración de justicia jurisdiccional – administrativa. En igual sentido opina ARISMENDIZ AMAYA, *Manual de Delitos Contra la Administración Pública*, Lima – Perú, 2018, p. 810. Por su parte, MUÑOZ LORENTE, *Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)*, en Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad N° 4, marzo – agosto 2013, p. 95, DOI: ISSN 2253-6655, al comentar el artículo 430 del Código Penal español refiere que no se me oculta que el bien jurídico “imagen de la Administración” también resultaría lesionado si se hace alarde de las influencias sin exigir o aceptar una contraprestación económica. Es decir, si el sujeto se ofrece o acepta influir sobre un funcionario de manera totalmente gratuita. Sin embargo, dicha conducta resulta impune porque el art. 430 exige que exista un beneficio económico para quien eventualmente se atribuya la posibilidad de influir. La explicación, a mi modo de entender, se encuentra en que la circunstancia de exigir o aceptar una dádiva para influir da mayor credibilidad al hecho de que realmente se poseen esas influencias y de que se piensan ejercer. En este sentido, es evidente que el tipo está dirigido a criminalizar las conductas de los denominados “conseguidores” profesionalmente organizados –así, expresamente, Díaz-Maroto y Villarejo, esto es, los intermediarios que se ofrecen y enriquecen a base de ejercer influencias sobre determinados funcionarios, fundamentalmente en el ámbito de la contratación administrativa, obteniendo con ello sustanciosas comisiones.

18. Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Lima – Perú, 2016, pp. 656 y 683.

En este sentido, la invocación de influencias reales o simuladas con el ofrecimiento serio o no de interceder ante un funcionario o servidor público en los ámbitos de una decisión judicial o administrativo, que refiere la norma penal —artículo 400 del Código Penal—, supone hacer comprender al tercero interesado o comprador de la influencia que el funcionario o servidor público es corruptible, y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la administración pública. Así, en esta perspectiva, se puede afirmar que se trata de un delito de peligro abstracto¹⁹.

Esta teoría es criticada por ABANTO VÁSQUEZ²⁰ en cuanto considera que, “con la compraventa de influencias de funcionarios públicos, se trata de contribuir a la creación de un ambiente de corrupción generalizada: si los ciudadanos parten de que las decisiones funcionariales son vendibles, no esperarán de ella una decisión objetiva, imparcial y ajustada a la legalidad. Y esto no tiene que ver con el “prestigio” de la administración pública, sino en primer lugar con su “funcionamiento”. El que ella pierda prestigio es, al igual que en el caso de los demás delitos (cohechos, peculados, etc.), una *consecuencia* en la perspectiva de los ciudadanos que podría incluso ser medible a través de encuestas (“grado de aprobación”). Pero, aunque esto sea importante, desde la perspectiva de la administración pública lo que importa es que los ciudadanos puedan confiar en ella y no acudir a “traficantes” en la creencia de que sólo a través de ellos se pueden conseguir actividades funcionariales favorables, o siquiera alguna actividad funcional.”

19 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Lima - Perú, 2016, p. 684.

20 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ/VÁSQUEZ – PORTOMEÑE SEIJAS, *El Delito de Tráfico de Influencias*, p. 70. En este mismo sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima – Perú, 2016, p. 583, discrepa de esta teoría.

Por su parte, SAN MARTÍN CASTRO, CARO CORIA y REAÑO PESCHIERA²¹ consideran que el tráfico de influencias reales impide asimilar como bien jurídico tutelado al prestigio y buen nombre de la administración, por tratarse de un interés espiritual que no es digno de tutela en un Estado Social y Democrático de Derecho, pues tal planteamiento presupone la existencia de un aparato de administración de justicia prestigioso, cuya intangibilidad quiere ser preservada: ¡nada más lejos de la realidad social peruana!

En respuesta a dicha crítica SALINAS SICCHA²² sostiene que sorprenderse que en nuestra patria no exista una prestigiosa administración de justicia no puede servirnos para descartar como bien jurídico el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa. Así por ejemplo, para graficar dicha crítica, presenta los siguientes absurdos: un agraviado que sufre leucemia no podría ser víctima del delito de lesiones graves producidas por el agente, debido a que no gozaba de buena salud o que los pobres no pueden ser sujetos del delito contra el patrimonio, debido a que en el Perú no tienen un buen patrimonio qué proteger.

- ii. ***Teoría de la imparcialidad de la función pública o el patrimonio personal.***- Según la cual existen dos bienes jurídicos protegidos como son la imparcialidad de la función pública en el tráfico de influencias reales y el patrimonio personal en el tráfico de influencias simuladas.

21 Cfr. SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, *Delitos de Tráfico de Influencias*, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales, Lima – Perú, 2002, p. 33.

22 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Lima – Perú, 2016, pp. 685 y 686.

Esta postura es criticada por SALINAS SICCHA²³, quien considera que el patrimonio individual no puede ser protegido por el delito de tráfico de influencias, a lo más, si el engaño es de tal magnitud que genere error y este origine el desprendimiento patrimonial, el afectado podrá denunciar al agente por el delito de estafa. El engañado, mediante una influencia simulada, de modo alguno es sujeto pasivo del delito de tráfico de influencias, siempre en este delito, el sujeto pasivo es el Estado.

Por nuestra parte agregaríamos que la ubicación del tráfico de influencias en nuestro Código Penal como un delito contra la Administración Pública (título XVIII) y no contra el patrimonio, pone en evidencia que el patrimonio no es el objeto de protección de dicho delito.

iii. Teoría de la imparcialidad.- Sólo existe un solo bien jurídico protegido, el cual es la imparcialidad funcionarial; ésta se vería menoscabada en la medida en que el vendedor de influencias pone en peligro (concreto o abstracto) con su actuación el desempeño imparcial del cargo del funcionario con potestades jurisdiccionales.

Esta postura es defendida por SAN MARTÍN CASTRO, CARO CORIA y REAÑO²⁴, quienes entienden que el objeto de protección del trá-

23 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Lima – Perú, 2016, p. 685. En el mismo sentido y en posición que compartimos, PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 583, considera que tampoco se advierte la existencia de un objeto patrimonial, en tanto, la otra parte de la negociación, está formando parte de un negocio jurídico desprovisto de legalidad, incidiendo en un juicio de tipicidad negativo por el delito de estafa.

24 Cfr. SAN MARTÍN/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, *Delitos de Tráfico de Influencias*, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales, p. 38. También en este mismo sentido se precisa que el bien jurídico imparcialidad y objetividad en el ejercicio de funciones públicas es tutelado a través de un delito de peligro abstracto, en el que la criminalización

fico de influencias ha de concretarse en la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas, vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, consagrado en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución. De esta misma opinión es PEÑA CABRERA²⁵ cuando se trata de la influencia real, a diferencia de la simulada en donde considera que no hay idoneidad alguna de poner en peligro la imparcialidad de la actuación funcional.

Por su parte SALINAS SICCHA²⁶ critica esta tesis al considerar que el delito de tráfico de influencias se consuma mucho antes de que el traficante llegue a entrar en contacto o influir en el funcionario o servidor público que afirma conocer. El delito se verifica y perfecciona antes de poner en peligro o lesionar la imparcialidad u objetividad del funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones normales al interior de la administración de justicia jurisdiccional o administrativa.

del tráfico de influencias importa el adelantamiento de la barrera punitiva a un estado previo a la lesión del bien jurídico, pues su consumación no exige la materialización de la intercesión. *Vid.*, REAÑO PESCHIERA, “Los Delitos de Corrupción de Funcionarios: Una visión crítica a partir del caso Montesinos”, en *Ius Et Veritas* (coord.), *Temas de Derecho Penal*, Lima – Perú, 2012, p. 311.

25 *Vid.*, PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la Administración Pública*, pp. 582 - 583. En el mismo sentido RODRÍGUEZ DELGADO, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ y JOSHI JUBERT, sostienen que el bien jurídico en el presente delito es la imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad y el buen nombre y credibilidad de la Administración Pública, dentro de los parámetros de defensa del interés general. *Vid.*, RODRÍGUEZ DELGADO, “El Solicitante en las influencias traficadas, ¿Todos son culpables?”, en *Ius Et Veritas* (coord.), *Temas de Derecho Penal*, Lima – Perú, 2012, p. 328. En igual sentido. *Cfr.* HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la Administración Pública, Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, p. 455.

26 *Cfr.* SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Lima – Perú, 2016, p. 686.

iv. *Teoría de la institucionalidad de la administración pública.*- Precisa que el tráfico de influencias sanciona el riesgo prohibido generado por la invocación de influencias existentes o no, con el fin de comunicar de manera verosímil la posibilidad de interferir en el correcto funcionamiento de la administración pública²⁷, no sanciona el mero hecho de poseer influencias. La institucionalidad de la administración pública (administración pública objetiva, legal y prestacional) es un bien jurídico muy cercano al bien jurídico genérico (correcto funcionamiento de la administración pública), justamente porque las conductas que puedan encajar en este delito son periféricas. Por estos motivos, el delito de tráfico de influencias, contrariamente a lo que se sostiene en doctrina, no implicaría la tipificación y sanción de un adelantamiento de la barrera de punición, sino que se trataría de un delito autónomo²⁸.

2.2. Tratamiento en la jurisprudencia

La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2015/ CIJ-116, de 2 de octubre de 2015, en su fundamento jurídico catorce precisa que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la administración pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido

27 En este sentido, ABANTO VÁSQUEZ/VÁSQUEZ – PORTOMEÑE SEIJAS, *El Delito de Tráfico de Influencias*, p. 70, concluye que el tráfico de influencias tiende a afectar el limpio, correcto y democrático ejercicio de funciones públicas, pues no debe permitirse la “compraventa” entre privados de funciones públicas futuras, por más que no se incida directamente en la actividad de determinado funcionario público. Esto pone en peligro el funcionamiento de la institución.

28 Vid., Montoya Vivanco (coord.), *Manual sobre delitos contra la administración pública*, p. 144.

es el prestigio o buen nombre de la administración pública [citando a MIR PUIG y ROJAS VARGAS] que se ve dañada con el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la administración pública²⁹.

Sin embargo, con posterioridad, el trece de noviembre de dos mil quince, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el caso de Aurelio Pastor (Casación N° 374-2015-Lima, fj.15) ha señalado que el bien jurídico de este tipo penal es la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento.

2.3. Toma de postura

Al respecto, no compartimos la tesis de que el bien jurídico pueda ser la imparcialidad en tanto dicho principio debe ser observado y/o respetado por el funcionario o servidor público respecto del cual se invoca o tiene la influencia, en el ejercicio de sus funciones, lo cual no se protege a través del delito de tráfico de influencias sino de otros tipos penales como por ejemplo: el cohecho; asimismo, tampoco está en juego el funcionamiento de la administración pública, toda vez que el tráfico de influencias, al ser un delito común, no castiga la conducta del funcionario o servidor público que, en un momento posterior, cede ante la interferencia del traficante, ni la conducta del traficante cuando formula la solicitud al funcionario o servidor público.

También, debe tenerse en cuenta que no existe una relación de medio a fin entre el delito de tráfico de influencia y el delito de cohecho, en el sentido que las conductas prohibidas en el tráfico de influencias no tienen que ser un acto preparatorio del cohecho, que justifiquen además su relación directa con el principio de imparcialidad

29 En ese mismo sentido, el Acuerdo Plenario N° 3-2015/ CIJ-116, fundamento jurídico 17.

que se tutela en un caso judicial o administrativo. Por ejemplo, no se configuraría un delito de cohecho cuando el traficante de la influencia la ejerza contra el funcionario o servidor público que viene conociendo un caso judicial o administrativo y, éste acceda por amistad, es decir de manera gratuita, a la influencia.

Por ello, consideramos que los actos que se sancionan con el tráfico de influencias son independientes de cualquier otro delito, con el que pueden incluso sancionarse como un concurso real, razón por la cual la imparcialidad que fluye del caso judicial o administrativo no constituyen su objeto de protección, por no tener relación directa con las conductas que el delito de tráfico sanciona, al darse fuera de dicho caso judicial o administrativo.

El tráfico de influencias castiga la conducta de un tercero que trafica la relación que tiene o dice tener con dicho funcionario o servidor público, afectando la imagen y prestigio de la administración pública, no requiriéndose que el traficante interceda efectivamente ante el funcionario o servidor público competente del caso, basta solo con el acuerdo entre el traficante/vendedor y el interesado/comprador de las influencias; por lo tanto, queda claro que el autor o partícipe del delito de tráfico de influencias, en estricto no afecta o lesiona las funciones o institucionalidad de la administración pública, en tanto no tiene un deber específico o institucional con la administración sino que al presentar a la administración como influenciable, vendible o corrupta a cambio de una ventaja o beneficio lesiona su buen nombre, prestigio e imagen.

Tampoco compartimos la posición de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, cuando concluye que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la administración pública en tanto consideran que el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público y precisar que el funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Sin embargo, discrepamos de dicha conclusión

porque el correcto funcionamiento de la administración pública es el bien jurídico general de todos los delitos contra la administración pública y no el específico, siendo que en el tráfico de influencias [reales o simuladas] no alcanza a sancionarse el comportamiento del funcionario o servidor público que conoció, conoce o conocerá un caso judicial o administrativo, toda vez que si ocurriese lo que se afirma en el acuerdo plenario, estaríamos en la fase de agotamiento de este delito y dicho funcionario o servidor público no sería sancionado por tráfico de influencias sino por cohecho pasivo, al ser el propio funcionario quien vende su función pública.

También cuestionamos cuando la Casación N° 374-2015-Lima, fundamento jurídico 15, de 13 de noviembre de 2015, caso de Aurelio Pastor, precisa que de forma mediata el bien jurídico protegido también sería el regular funcionamiento de la Administración Pública, en tanto como hemos señalado en este delito no está en cuestionamiento la actuación del funcionario o servidor público respecto del cual se invoca o tiene la influencia, es más ni siquiera es relevante para la configuración de este delito si el traficante influyó o no, pues estamos ante un delito de peligro abstracto³⁰, razón por la cual no existe posibilidad, ni siquiera mediata, de que se afecte por parte del funcionario o servidor público del caso judicial o administrativo el regular funcionamien-

30 Invocar influencias – reales o simuladas – con el ofrecimiento – serio o no – de interceder ante un funcionario o servidor público supone hacer comprender al tercero que este es incorruptible, y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la administración pública. Este hecho ha sido considerado por el legislador como un factor que puede crear un ambiente desfavorable para el buen funcionamiento de la administración, en especial del proceso de toma de decisiones. Así en esta perspectiva se puede afirmar que se trata de un delito de peligro abstracto. *Vid.*, HURTADO POZO, “Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado tráfico de influencias”, p. 288. En igual sentido, REATEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 542, opina que el tráfico de influencias se trata de un delito de peligro y no de resultado lesivo.

to de la administración pública, toda vez que de ocurrir ello, según las circunstancias, podríamos estar ante otros delitos: cohecho pasivo por parte del funcionario y activo por parte del traficante; por el contrario, lo que si se afectaría con la actuación del traficante de la influencia, es el prestigio y buen nombre de la administración pública.

Compartimos la teoría que el bien jurídico específico protegido en este delito es el prestigio o buen nombre de la administración pública, sin importar que las influencias sean reales o simuladas, toda vez que consideramos que este último dato, no tiene relevancia en la configuración de este delito³¹, por cuanto el mismo se consuma cuando el traficante de la influencia recibe, hace dar o prometer al interesado una ventaja económica [que se puede materializar en un donativo, promesa, ventaja o beneficio] al invocar o evidenciar que tiene influencia en la administración pública.

En consecuencia, al tomar el traficante el nombre de la administración pública, específicamente respecto de un funcionario o servidor público que conoció, conoce o conocerá un caso judicial o administrativo, a cambio de una ventaja económica, independientemente de si la influencia es real o simulada, está presentando a la administración pública como influenciable, vendible, transable y corrupta, con lo cual se lesiona efectivamente su prestigio y buen nombre de la administración³², ya que la actuación del funcionario o servidor público del caso

31 Por ello tampoco compartimos la posición de RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune!*, en *Ius et veritas* N° 33, Lima, 2006, p. 251, referida a la necesidad que el sujeto activo, en las influencias reales, cuente con vínculos reales con los funcionarios públicos objeto del tráfico, que le permitan tener las influencias o la capacidad de simularlas, pues de lo contrario el bien jurídico objeto de tutela ni siquiera entraría en un peligro remoto.

32 En este mismo sentido, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Lima – Perú, 2016, p. 688, refiere que al afirmar que en ambos supuestos la afectación al bien jurídico es idéntica: a quien se le exige el pago por ejercer las influencias no sabe si las mismas son reales o supuestas y, en consecuencia, la

judicial o administrativo —quien puede cumplir o no con sus funciones, resolver a favor o en contra del interesado, o actuar de manera lícito o no— no tiene relevancia en la configuración y sanción del tráfico de influencias.

III. TIPICIDAD OBJETIVA

Atentos a una lectura del artículo 400 del Código Penal, podemos advertir que el texto es bastante complejo y comprende una serie de elementos objetivos que son necesarios verificar, a fin de establecer la configuración típica del tráfico de influencias. Así tenemos:

3.1. El sujeto activo

3.1.1. El traficante de influencias

Hay que señalar que el Tráfico de influencias si bien es cierto está dentro del conjunto del sistema de delitos contra la administración pública, es un delito común porque lo puede cometer cualquier persona o particular; y, solo en el caso que el agente infractor sea un funcionario público³³, se aplica la circunstancia agravante, incrementándose la pena³⁴.

afectación a la imagen de la Administración Pública es similar. Con la conducta del agente se está dando o mostrando el mensaje aterrador de que al interior del Estado existen funcionarios influenciables o corruptibles. Mensaje que lesiona en forma abierta el prestigio y buen nombre de la Administración Pública.

33 Sobre el particular, ABANTO VÁSQUEZ/VÁSQUEZ — PORTOMEÑE SEIJAS, *El Delito de Tráfico de Influencias*, p. 104, precisa que no se trata de cualquier funcionario público, sino de uno distinto de quién esté encargado del asunto que interesa al comprador de la influencia, pues, en caso contrario, se habría cometido un cohecho pasivo. Por su parte, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 532, concluye 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”.

34 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

Por lo tanto, el sujeto activo puede ser cualquier persona³⁵.

3.1.2. El interesado o comprador de las influencias

La norma sanciona con penas conjuntas al que recibe un pago por interceder ante un funcionario o servidor público, teniendo o no influencia. Pero qué pasa con el cliente o interesado de las influencias. Corresponde precisar que del propio texto de la norma que sanciona el tráfico de influencias, el tercero interesado de modo alguno puede ser considerado autor, ni coautor³⁶ de este delito. Sin embargo, su responsabilidad penal como partícipe [cómplice o instigador] es un cuestionamiento que se ha venido haciendo desde hace varios años, e incluso la doctrina y jurisprudencia desde el caso Fujimori no ha tenido los suficientes fundamentos para determinar el título de imputación que se le atribuye al comprador o interesado de la influencia, que tiene o invoca el traficante.

Así se advierte que este debate se ha centrado en determinar si la participación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias (comprador de la influencia) es punible; y, de ser el caso, cuál es el título de imputación que le corresponde al tercero interesado en el

poder influenciar ante otro funcionario o servidor público de igual, de mayor o menor jerarquía. *Vid.*, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 545.

35 Es decir, la disposición no está dirigida a reprimir en concreto actos irregulares cometidos por el propio funcionario sino que se dirige a la conducta de un tercero que, teniendo influencia sobre aquél, promete interceder en beneficio de los intereses de particulares. *Vid.*, Exp. N.º 00017-2011-PI/TC LIMA, de 3 de mayo de 2012, fundamento jurídico 21.

36 Respecto de la coautoría HURTADO POZO, “*Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado tráfico de influencias*”, p. 291, sostiene que ésta supone un acuerdo previo, el *animus autoris* de cada participante y el dominio de hecho de la realización de la infracción. Estas condiciones no pueden darse en el caso analizado, refiriéndose a la participación del interesado en el artículo 400 del Código Penal.

delito de tráfico de influencias³⁷. En este sentido podemos identificar que un sector de la doctrina es de la postura que no es posible, bajo ninguna circunstancia, que el comprador de la influencia pueda ser pasible de sanción penal³⁸.

Otro sector señala que es posible que el comprador de la influencia responda a título de instigador y no de cómplice. En este sentido, MUÑOZ CONDE, citado por REAÑO PESCHIERA³⁹, al comentar el artículo 430 del Código Penal Español, afirma que “si otro particular llega a aceptar u ofrece para ello una remuneración, puede ser también castigado, pero como cooperador o inductor del delito previsto en el artículo 430 y no como autor en sentido estricto del mismo”.

Y finalmente, hay una tercera posición que sostiene que el comprador de la influencia debe responder, dependiendo de las circunstancias, como instigador y cómplice⁴⁰. Así, quienes sostienen esta

37 Vid., RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune?*, p. 248.

38 La línea argumentativa que excluye de relevancia penal los actos de instigación y participación del interesado, ha sido desarrollada ante el Tribunal Superior Anticorrupción por la defensa de diversos inculpadados en el “Caso Montesinos”. La impunidad del particular al que se ofrece la influencia ha sido sustentada en la falta de merecimiento de pena de su comportamiento, por considerarlo víctima del traficante y del sistema generalizado de corrupción. Vid., REAÑO PESCHIERA, “Los delitos de Corrupción de funcionarios: Una visión crítica a partir del caso Montesinos. Especial referencia a la calidad e interesado en el Tráfico de Influencias: ¿Comprador de humo, víctima o partícipe?”, p. 295.

39 Vid., REAÑO PESCHIERA, “Los delitos de Corrupción de funcionarios: Una visión crítica a partir del caso Montesinos. Especial referencia a la calidad e interesado en el Tráfico de Influencias: ¿Comprador de humo, víctima o partícipe?”, p. 295.

40 En este sentido, Vid., PEÑA CABRERA FREYRE. Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 584. En igual sentido, HURTADO POZO, “Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado tráfico de influencias”, pp. 291-293 y 297, considera que el tercero interesado puede responder como instigador; sin embargo, respecto a la complicidad solo está de acuerdo en el tráfico de influencias reales y no en las simuladas.

posición consideran que el injusto típico en el delito de tráfico de influencias se perfecciona con la aceptación del interesado, pues el delito para que llegue al grado de consumación exige que se logre el consentimiento o aceptación del tercero interesado para que este le entregue o le dé o le prometa dar la ventaja indebida al traficante. En este supuesto, es decir cuando el interesado acepta la propuesta del traficante, también podrá responder como cómplice primario del delito de tráfico de influencias –artículo 25 del Código Penal–, pues sin su participación dolosa el delito no se consuma o perfecciona, por lo que la pena que se le impondrá será la misma que para el autor traficante⁴¹; y, cuando el interesado hace nacer en el traficante la resolución criminal, será instigador.

Ante esta diversidad de criterios y posiciones existentes en la doctrina nacional, los jueces de la Corte Suprema a través del Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, de 2 de octubre de 2015, decidieron sentar las bases jurídicas correspondientes para establecer una posición jurisprudencial sólida respecto al tema referido a la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias, decretando su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que les corresponde.

Al respecto, la Corte Suprema concluye que el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [Así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero de 2014 (R.N. N° 1692-2013)]. En sentido estricto, el “comprador o solicitante de influencias” no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito –o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal–, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración “necesaria”, o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune des-

41 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 688.

de la perspectiva de la complicidad [ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2001, p. 472]. Aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias⁴².

De otro lado, la Corte Suprema también ha concluido que, por imperio del principio de accesoriedad, el “comprador solicitante de influencias”, o “el interesado” en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En síntesis, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el “vendedor de influencias” mediante un influjo psíquico⁴³, teniendo en cuenta que el instigador es aquél que determina la voluntad del autor, es decir que hace aparecer algo que antes no había, que impone⁴⁴. En conclusión el Acuerdo Plenario ha establecido, como criterio interpretativo, que el título de imputación válido

42 Vid. Acuerdo Plenario N° 3-2015/ CIJ-116, fundamento jurídico 9.

43 Vid. Acuerdo Plenario N° 3-2015/ CIJ-116, fundamento jurídico 11.

44 En ese sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 548, señala que 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.

para el comprador de la influencia siempre será la instigación, no cabe otra posibilidad⁴⁵.

Así las cosas, consideramos adecuada la interpretación que se realiza en el Acuerdo Plenario respecto a la participación del interesado como instigador cuando éste es el que busca al traficante y le hace nacer la resolución criminal mediante un influjo psíquico⁴⁶; sin embargo, no la compartimos cuando se concluye que sólo podrá ser sancionado como instigador y nunca como cómplice, toda vez que si bien podemos señalar que el delito de tráfico de influencias es un delito de encuentro⁴⁷, en el que se necesita de la participación de dos partes para su configuración⁴⁸, la doctrina sostiene la no responsabilidad del partícipe

45 Cfr. Acuerdo Plenario N° 3-2015/ CIJ-116, fundamento jurídico 11; *Vid.*, Casación N° 683-2018/Nacional, fundamento jurídico 4.

46 Sin embargo, RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune?*, p. 258, refiriéndose a la responsabilidad penal del interesado en su condición de cómplice precisa que si bien es cierto concuerda con REAÑO PESCHIERA que la solicitante se le puede castigar por generar la resolución criminal, y ello no requiere de la creación de un tipo especial, también lo es que si el interesado solo cumple su rol de solicitar la influencia, sin generar resolución criminal en el agente, su comportamiento debe permanecer impune, en la medida que no exceda en el rol y el legislador peruano no lo castigue de forma expresa.

47 Los delitos de encuentro y los de convergencia son unas sub clasificaciones de lo que conocemos como delitos plurisubjetivos en los que el tipo penal exige la concurrencia de dos o más actores para la ejecución de la conducta delictiva, la cual puede ocurrir a través de los delitos de encuentro que implican una contribución de diferentes personas desde distintas e individuales perspectivas como por ejemplo sucede con el delito de cohecho; o, a través de los delitos de convergencia que implican una contribución de los intervinientes en un mismo sentido, por ejemplo el delito de Organización o banda criminal. En ese sentido, *Vid.*, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal parte general*, 1ª ed., 3ª reimpresión, Lima, 2010, p. 308; *Vid.*, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, Volumen II, Lima, 2014, p. 1042.

48 Así se argumenta que estamos ante un supuesto de participación necesaria, en donde se entiende que si el interesado no sobrepasa la participación que requiere el tipo, permanece impune. La tesis de la impunidad del partícipe

necesario en tres supuestos⁴⁹, los cuales no resultan aplicables al delito de tráfico de influencias, como son: a) cuando el tipo penal persiga la *protección* del partícipe necesario, por ejemplo cuando un estudiante de primaria permita que el maestro le efectúe tocamientos; b) cuando la *situación motivacional* que caracteriza al hecho hace comprensible una colaboración que excede del que le corresponde, por ejemplo la intervención del preso que ayuda a un custodio de la prisión para que facilite su fuga; y, c) cuando la iniciativa del hecho suele proceder típicamente de él, resultando decisiva la idea de *inutilidad político criminal* de prohibiciones similares, por ejemplo serían impunes la inducción a la rufanería y el favorecimiento de la prostitución por personas que se prostituyen.

En cambio en el tráfico de influencias la participación del interesado en la configuración del delito no sólo es necesaria sino que termina siendo trascendente⁵⁰, no advirtiéndose en la participación del

necesario en el delito de tráfico de influencias radica en el hecho de no excederse en la asignación de su rol típico, y además parte del supuesto de que el partícipe necesario no es el objeto de protección, pues de lo contrario, esto es, el ser objeto de tutela generaría que su comportamiento siempre sea considerado impune. *Vid.*, RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune?*, p. 252.

49 *Vid.*, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, pp. 1044-1045; *Vid.* MAYTA REATEGUI, “Breves consideraciones sobre la composición del delito de tráfico de influencias en el IX pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República”, en *Ita Ius Esto*, Piura, 2016, pp. 6-9.

50 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 interceder ante la Administración Pública. Por ejemplo, el sujeto interesado presta su vehículo motorizado donde lo traslada varias veces al sujeto traficante, para que éste vaya al domicilio del funcionario judicial o administrativo; al margen de si la gestión sea óptimo 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. *Vid.*, REATEGUI SÁNCHEZ, *Delitos*

interesado o comprador de la influencia que éste merezca una protección como sujeto agraviado o titular del bien jurídico que se protege, que exista una justificación razonable de su actuación como un estado de necesidad, o que su intervención dolosa no tenga la entidad para afectar al bien jurídico que se pretende tutelar⁵¹ y que por razones de política criminal no merezca una sanción penal.

En consecuencia, no puede asumirse como se señala en el fundamento jurídico nueve del Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116 que no es punible la intervención del interesado como cómplice porque no contribuye a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias, en tanto la participación del interesado no se encontraría dentro de los tres supuestos en los que la doctrina restringe la punibilidad del partícipe necesario.

Por el contrario, consideramos que la intervención del interesado si contribuye a la configuración del tipo penal por cuanto su participación y contribución aparece cuando acepta la propuesta y en consecuencia dolosamente (dolo directo) entrega, da o promete entregar una ventaja indebida para que el traficante interceda ante un funcionario o servidor público que conoció, está conociendo o conocerá un caso judicial o administrativo; de lo contrario, si el trafi-

cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública, p. 549; Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 621.

- 51 Al respecto, Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la Administración Pública*, pp. 622-624, precisa que en esta clase de delitos, como el tráfico de influencias, la punibilidad del partícipe no se mide conforme a la factibilidad prevista en la literalidad normativa, sino de acuerdo a su grado de colaboración para colocar en riesgo la integridad del bien jurídico tutelado, en este caso, de un alto grado de abstracción. Así, en este delito la lesión al bien jurídico tutelado no puede ser explicada al margen de la intervención del comprador de humo, por lo que su conducta debe ser necesariamente punible. Concluyendo que lo contrario implicaría generar un manto de impunidad inexplicable a favor del interesado o comprador de la influencia, lo cual resulta político criminal insatisfactorio.

cante no encuentra respuesta del interesado, dicho ilícito quedará en grado de tentativa⁵², en tanto no se ha configurado el *pacto sceleris* y el interesado quedará exento de responsabilidad penal⁵³, lo cual revela la importancia de su intervención delictiva, bajo la óptica del bien jurídico que se pretende tutelar.

3.2. El sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado⁵⁴, en tanto se afecta un bien jurídico de carácter público, como lo es el prestigio o el buen nombre de la administración pública en el ámbito de la administración de justicia judicial o administrativa.

Otros consideran que el sujeto pasivo siempre lo será la Administración pública⁵⁵; sin embargo, consideramos que la administración pública no es un organismo sino un concepto en el que se comprende a varios elementos, entre los que se cuentan distintos organismos públicos y al verse afectada corresponde ser representada por el Estado, que tiene la organización política para hacerlo y lo hará a través de sus

52 En el mismo sentido, *Vid.*, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 695.

53 *Cfr.* PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 585.

54 En este mismo sentido, *Vid.*, PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 586; *Vid.*, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 696. De igual manera la Corte Suprema en el Caso Palacios Villar cuando analizó la tipicidad objetiva de este delito preciso que el sujeto pasivo es el Estado, en tanto los comportamientos descritos en el tipo legal tienen que ver con el funcionamiento de la administración pública, con la necesidad de que ésta goce de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades en aras de la afirmación de la garantía constitucional de igualdad—sujeto pasivo—. *Vid.*, Exp. N° 06-2007-A.V., Sala Penal Especial, fundamento jurídico 9.

55 En este sentido, *Vid.*, ABANTO VÁSQUEZ/VÁSQUEZ—PORTOMEÑE SEIJAS, *El Delito de Tráfico de Influencias*, p. 104; y, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos Contra La Administración Pública en el Código Penal Peruano*, p. 528.

órganos definidos conforme a Derecho, como lo son sus Procuradores del sector correspondiente⁵⁶. Además, conforme a lo establecido en el inciso 1, del artículo 94 del Código Procesal Penal, no se considera como agraviada a la Administración pública como tal, sino que dicha norma sólo hace referencia al Estado.

También es importante tener en cuenta la diferencia entre el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido) y sujeto pasivo de la acción (persona contra quien recae directamente la acción desplegada por el sujeto activo) porque del texto del artículo 94, inciso 1, del Código Procesal Penal, se considera agraviado no sólo a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito (titular del bien jurídico afectado: lesionado o puesto en peligro), sino también lo podrá ser aquél que resulte perjudicado por las consecuencias del mismo (aquellos que resulten afectados por la acción típica, aún cuando no sean titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro)⁵⁷.

En ese sentido, discrepamos de la posición de REÁTEGUI SÁNCHEZ⁵⁸ referida a que el sujeto pasivo del delito de tráfico de influencias lo será genéricamente el Estado Peruano y el sujeto pasivo de la acción lo será concretamente la Institución Pública a la cual pertenece el funcionario o servidor público que está siendo influenciado por el sujeto activo. Aceptar dicha postura implicaría considerar al Estado tanto como sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción.

56 Sobre este tema, *Vid.*, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 532, sostiene que el sujeto pasivo de manera genérica será el Estado y concretamente la Institución Pública 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.

57 *Cfr.* SAN MARTÍN CASTRO, "Derecho Procesal Penal, Lecciones", Lima – Perú, 2015, p. 228.

58 *Vid.* REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 532.

Por lo tanto, consideramos que en el tráfico de influencias, dependiendo de las circunstancias del caso, además del Estado como titular del bien jurídico específico, cabría la posibilidad de considerar como agraviados —con capacidad de constituirse en actor civil, de conformidad con el artículo 98 del Código Procesal Penal— al interesado cuando éste no acepta la propuesta del traficante y denuncia el hecho de tráfico⁵⁹ o al propio funcionario o servidor público respecto de quien el traficante invoca o tiene la influencia que vende.

Por lo antes expuesto, no compartimos la posición de aquellos que niegan dicha posibilidad al considerar que el denunciante como el funcionario o servidor público que conoce el caso no se ven perjudicados por las consecuencias de la conducta del traficante⁶⁰, lo cual implica desconocer por un lado el fundamento de la responsabilidad civil⁶¹; y por otro que el agraviado no sólo es el titular del bien jurídico afectado sino también aquellos que puedan resultar perjudicados por las consecuencias del delito⁶², dependiendo a las circunstancias particulares de cada caso en concreto.

59 En este sentido, se considera que subsidiariamente, también, podría ser el particular afectado en su patrimonio, por la acción del agente (vendedor de humo). Vid. HUGO ÁLVAREZ/HUARCAYA RAMOS, *Delitos contra la Administración Pública, Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*, p. 456.

60 Respecto de la participación del tercero a quien es ofertada la influencia por el traficante, el funcionario o servidor público a quien va dirigida la influencia que invoca el vendedor de humo, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 696, sostiene que son testigos de excepción del hecho punible que desarrolla el agente en perjuicio del Estado.

61 Vid., Acuerdo plenario N° 6-2006/CJ-116, fundamento jurídico 7-10.

62 Al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos Contra La Administración Pública en el Código Penal Peruano*, pp. 527 y 528, sostiene que en el caso de la influencia supuesta, es sujeto pasivo el particular que entrega el beneficio al traficante; en el caso de la influencia real, el funcionario en quien se va a ejercer la influencia y la Administración Pública. Por su parte la Corte Suprema en la Casación N° 683-2018/Nacional, de 17 de julio de 2019, fundamento jurídico 1, ha

3.3. El comportamiento típico

3.3.1. Invocar o tener influencias reales o simuladas

Si bien es cierto el texto del artículo 400 del Código Penal empieza señalando: el que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, debe precisarse que tanto la formula “invocando” como “teniendo” no son los comportamientos incriminados sino que vienen a ser los medios, junto con el “ofrecimiento de interceder”, para llevar a cabo los comportamientos incriminados: como son recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja cualquiera.

Ahora, ¿cómo debe entenderse el término “invocando”? HURTADO POZO enseña que por la particular técnica legislativa de nuestro legislador debe advertirse que el verbo invocar ha sido utilizado en nuestra norma en gerundio, lo cual significa simultaneidad o anterioridad del hecho de invocar respecto al de recibir o hacerse prometer. 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 prometer⁶³.

Al respecto, el término “invocando” debe ser entendido como alegación, en el sentido de demandar ayuda mediante una súplica vehemente⁶⁴. Así, se comprendería que el traficante expone al interesado las

precisado que en las influencias reales el sujeto pasivo es tanto el funcionario público en quien se va ejercer la influencia cuanto la Administración Pública.

63 Vid. HURTADO POZO, “*Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado tráfico de influencias*”, p. 279. En el mismo sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 533, afirma que la referencia al ofrecimiento de una ventaja permite atribuir al artículo 400 el sentido amplio que proponemos: realización sucesiva o simultánea de los actos en cuestión.

64 Así también lo entiende SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, pp. 660-661, cuando precisa que el primer objetivo del operador jurídico debe verificar es si el sujeto activo ante un tercero interesado, ha invocado, citado, alegado o aducido tener influencias al interior de la administración de

influencias de que dispone para convencerlo de que tiene la capacidad de interceder en su favor ante el funcionario o servidor público. En este sentido, en el caso del ex magistrado supremo Palacios Villar, la Sala Penal Especial, cuando analizó los elementos típicos del delito, se refirió a la “invocación” como un medio del delito y cómo debe ser entendida, señalando: “*la invocación de influencias del sujeto activo en cuanto se tiene capacidad para demandar ayuda a un funcionario público, entendida la capacidad – posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada [medio delictivo]*”⁶⁵.

De otro lado, el término “teniendo” debe entenderse cuando el traficante de manera objetiva y ante cualquier tercero, evidencia notoria o palmariamente tener la influencia. En estos casos el interesado deduce la influencia, dadas las circunstancias particulares del traficante o de su relación con el funcionario o servidor público que viene conociendo el caso judicial o administrativo⁶⁶.

Ello nos grafica que los términos “invocando” o “teniendo” constituyen los “medios” que utiliza el traficante para la realización de las conductas típicas del tipo penal; y, las conductas típicas serán aquellas que están en infinitivo: recibir, hacer dar o hacer prometer. Siendo éstas tres “conductas típicas” el factor central en la configuración del delito de tráfico de influencias.

justicia para lograr que sus funcionarios o servidores públicos se pronuncien en un sentido determinado en los procesos judiciales o administrativos que el tercero interesado eventualmente tiene; Por su parte ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, p. 371, señala que el “invocar influencias” se trata de una conducta activa directa o indirectamente dirigida a las personas interesadas en algún caso judicial o administrativo con el ofrecimiento de interceder por ellos ante la justicia jurisdiccional o administrativa, a cambio y, previamente, a la entrega de beneficios o ventajas.

65 Cfr. Exp. N° 06-2006-A.V., fundamento jurídico 9.

66 Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 661.

Respecto a la lesividad de las influencias reales⁶⁷ no existe problema alguno en la doctrina en justificar su tipificación⁶⁸, siendo que en cualquiera de los dos medios: invocando o teniendo no es necesario o trascendente verificar si el traficante cumple con lo prometido⁶⁹. Por el contrario, se ha discutido si en el delito de tráfico de influencias puede hablarse de influencia simuladas⁷⁰. En este sentido, Abanto Vás-

67 Las influencias son reales, quiere decir que sea efectiva y realmente 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 sujeto invoca influencias reales, significa que tiene la capacidad, es decir, el poder efectivo de influir sobre el funcionario. *Vid.*, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 535.

68 Sin embargo, RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune?*, p. 261, en el supuesto de las influencias reales pero no utilizadas por el traficante considera que resulta problemático establecer si dicho comportamiento afecta o no el bien jurídico objeto de protección. Al respecto, consideramos que ello es irrelevante porque atendiendo a que el bien jurídico es la buena imagen y prestigio de la administración pública, éste se lesiona cuando el traficante invocando o teniendo influencias, no importa si son reales o simuladas, obtiene un beneficio o ventaja al presentar a la administración pública como influenciable y corrupta, al margen que interceda o no ante el funcionario o servidor público.

69 *Vid.*, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, p. 529, quien considera que ello es lógico, pues para casos como esos, ya se prevén otras figuras como la del “patrocinio ilegal” del artículo 385; además, el esperar hasta poder probar la influencia efectiva implicaría una demora innecesaria en la intervención penal que precisamente es lo que se quiere evitar; Sobre esto último, *Vid.*, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 535.

70 En ese sentido, se ha señalado que esta modalidad no posee entidad para lesionar el bien jurídico que se pretende proteger. Sin embargo, en nuestra legislación cuando se excluyó esta modalidad del Código Penal con la Ley N° 29703 de 10 de junio de 2011, no fue por mucho tiempo, siendo que el 21 de julio de 2011, con la Ley N° 29758 se volvió a incluir dicha modalidad, justificándose en que no era oportuno destipificar la venta de humo pues, desde una perspectiva de prevención general positiva, esta modalidad fraudulenta de tráfico, mantiene

quez⁷¹ tratando de encontrar un sentido o justificación para que se sancionen las influencias simuladas, sostiene que éstas se refieren al caso cuando el traficante no tiene aún la influencia invocada pero, contando con obtenerla oportunamente, la ofrece en venta⁷².

Sin embargo, este tema ha sido tratado en el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, donde la Corte Suprema en los fundamentos jurídicos 16 y 17 ha concluido que: “No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400° del Código Penal”. “(...) en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública”.

Además, la tipificación y sanción del tráfico de influencias simulada, tiene sustento en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual en su artículo 18 prescribe que *“cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otras índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: (...) 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.”* (Subrayado es nuestro).

importancia en el ámbito social. Vid., Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ, del Poder Judicial de 3 de agosto de 2010.

71 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, p. 529.

72 De distinta opinión es ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, p. 371, quien entiende que existen influencias simuladas cuando el sujeto activo engaña al interesado, lo que configura más propiamente una estafa que un tráfico de influencias.

3.3.2. Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero

La conducta típica será entonces: recibir, hacer dar o hacer prometer⁷³; estas conductas nos recuerdan al cohecho⁷⁴, porque el núcleo del tráfico de influencias es recibir, hacer dar o hacer prometer un pago, teniendo como medios anteriores o simultáneos: invocando o teniendo⁷⁵.

Recibir significa en su primera acepción “tomar lo que le dan o le envían”⁷⁶. Esto implica que, en un primer momento, el tercero interesado le entrega a cambio de las influencias que ofrece el traficante y éste en un segundo momento las acepta, acoge, admite, percibe, toma el donativo u otra ventaja o beneficio de aquél. En este sentido, este verbo implica que la iniciativa provenga del tercero interesado, quien

73 Por su parte, RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune?*, p. 260, concluye que el tráfico de influencias se trata de un tipo penal alternativo en donde cualquiera de los verbos previstos por el legislador (recibir, hacer dar o prometer) permiten la configuración del injusto. La exigencia de este comportamiento, de la mano del contenido del requerimiento del traficante de influencias, vislumbra la necesidad de contar con un pacto o acuerdo ilegal, sin el cual el delito no puede materializarse.

74 En este sentido, ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, p. 371, indica que estas acciones representan el dato material objetivo que hace de esta figura delictiva una modalidad de corrupción, por cuanto de faltar estos mecanismos el supuesto sería atípico para el adelantamiento de tráfico de influencias. La entrega o la promesa cierra el pacto ilícito entre el interesado que compra influencia y el traficante que vende prestigio.

75 En ese sentido, la Corte Suprema ha referido que la conducta típica está radicada —al ser un delito de encuentro— no solo en la invocación de una influencia a cambio de algo, sino que es indispensable, como compensación, que exista una aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada. *Vid.*, Casación N° 683-2018/Nacional, fundamento jurídico 1.

76 Diccionario de la Real Academia Española, edición tricentenario, actualizada al 2018.

al entregar una ventaja o beneficio al traficante, éste recibe y acepta interceder para hacer lo que pide el interesado⁷⁷.

El hacer dar implica que el traficante, invocando tener influencias, logra que el interesado le dé o facilite un donativo u otra ventaja o beneficio. El agente no se limita a recibir, sino a hacer nacer en el interesado la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el traficante.

Prometer significa que el traficante invocando tener influencias logra que el tercero interesado le ofrezca, proponga, pacte o prometa la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole en un futuro cercano⁷⁸. Por lo general la entrega de esta ventaja se concreta después que el interesado ve materializado el resultado a su favor en el caso judicial o administrativo, lo cual no implica necesariamente que el traficante haya efectivizado su influencia real, ni que el funcionario o servidor público del caso judicial o administrativo haya accedido a la misma.

Cuando el tipo penal se refiere para sí o para otro, no necesariamente se refiere a que el donativo, promesa, ventaja o beneficio esté destinado para el traficante de la influencia sino que también puede ser recibido o hecho prometer para un tercero⁷⁹, que puede ser un testaferro. Por ejemplo, si se trata de un alto funcionario público será un PEP - Persona Expuesta Políticamente y como tal para recibir la ventaja patrimonial, no podrá abrir una cuenta en el territorio nacional sin que la Unidad de Inteligencia Financiera - UIF lo identifique,

77 En este contexto –y globalmente– el comportamiento aparece como una negociación, en la que el agente y tercero interactúan para alcanzar sus objetivos personales. *Vid.*, HURTADO POZO, “Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado tráfico de influencias”, p. 282.

78 *Vid.*, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 676.

79 El término tercero es de significado amplio, abierto, puede comprender tanto a familiares, amigos, allegados, otro funcionario, servidor público, etc. *Cfr.* SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 677.

en el control que hace de sus finanzas; razón por la cual el tercero no sólo puede ser una persona natural sino también una persona jurídica, cuyos accionistas resulten ser testaferros del traficante, con lo cual el tráfico de influencias se configurará como delito previo de un acto de lavado de activos.

3.3.3. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio

Para que se configure el delito de tráfico de influencias es necesario determinar en los hechos la existencia de los objetos del delito como son el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio⁸⁰, los cuales son comunes a los otros tipos penales de corrupción.

El *donativo* debe entenderse como aquél bien que beneficia al traficante o un tercero. En ese sentido, el donativo debe motivar la actuación del traficante en beneficio del interesado.

HURTADO POZO, con razón cuestiona el uso de este término por considerar que está mal empleado, toda vez que proviene del verbo donar que significa “traspasar graciosamente a otro algo o el derecho que sobre ello se tiene”. Por lo tanto donativo significa “Dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios”. En la disposición analizada –artículo 400 del Código Penal– no se trata de ninguno de estos casos; el interesado no entrega gratuitamente al traficante la cosa (en el caso de “recibir”), sino como precio o retribución

80 En este sentido, *Vid.*, Exp. N° 00228-2017-PHC/TC, fundamento jurídico 6, en donde el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: “*En consecuencia, en las resoluciones cuestionadas no se habría expresado cómo se habría configurado el tipo penal del delito de tráfico de influencias, puesto que, si bien se mencionan las llamadas telefónicas por parte del favorecido, faltaría un elemento constitutivo del tipo penal referido al pago o promesa de recibir, hacer dar o hacer prometer; es decir, los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja y con el ofrecimiento de algo), que corresponden al comportamiento típico del delito de tráfico de influencias que debieron ser acreditados en autos, por lo que dichas resoluciones no se encuentran debidamente motivadas.*”.

del ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público. Lo que debe quedar claro es que el objeto materia del acto es algo de valor que beneficia a quien lo recibe⁸¹.

La **promesa** consiste en el ofrecimiento efectuado por el interesado al traficante de efectuar un donativo o cualquier otra ventaja en el futuro. Así, se exige que la promesa sea concreta, seria y posible, que se ejecute en un corto plazo, de lo contrario perdería entidad para ser configurada como un objeto corruptor de este tipo penal. Para la configuración del delito basta la verificación de la promesa, no siendo relevante si ésta llegó a cumplirse, por parte del interesado.

También se cuestiona el uso de la palabra promesa para designar el objeto del delito. En primer lugar porque si bien pueden recibirse o hacerse dar promesa, no es coherente hablar de hacerse prometer promesas; y, segundo lugar, no se ha indicado el contenido de la promesa, por lo que debe pensarse que se trata de promesas referentes a donativos o cualquier otra ventaja⁸².

Cualquier otra ventaja o beneficio debe ser entendida como una modalidad subsidiaria, que juega un papel de clausula general que tiene como finalidad evitar vacíos e impunidad; siendo el aspecto decisivo que la ventaja dada o prometida sea válida como compensación al ofrecimiento de interceder⁸³, lo cual deberá ser analizado caso por

81 Cfr. HURTADO POZO, *“Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado tráfico de influencias”*, p. 284.

82 Adicionalmente, HURTADO POZO, *“Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado tráfico de influencias”*, p. 284, señala que 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. Precizando finalmente que ignorar el término promesas no afecta la economía de la disposición; más bien, permite comprender mejor su sentido.

83 *Vid.*, HURTADO POZO, *“Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado tráfico de influencias”*, p. 285.

caso; por tanto, debe tener cierta materialidad o valor. Así por ejemplo, la promesa puede consistir en empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.⁸⁴; es decir, puede o no contener un contenido patrimonial⁸⁵.

3.3.4. Ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público

Este elemento del tráfico de influencias viene a ser el componente teleológico de la conducta que realiza el traficante⁸⁶; es decir, orienta su propósito: con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o en el caso judicial o administrativo. La intercesión ofrecida puede circunscribirse a una causa justa o ilícita, que favorezca al interesado o no le perjudique, o de ser el caso que perjudique a terceros⁸⁷.

En el caso del ex Juez Supremo Palacios Villar, cuando la Sala Penal Especial analizó los elementos típicos del delito precisó que el ofrecimiento de influir en funcionarios que han conocido o están conociendo un caso judicial o administrativo, importa la realización sucesiva o simultánea de actos de intercesión o de intermediación [prestación del agente]⁸⁸.

84 Vid. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 678.

85 En opinión contraria RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune!*, p. 262, quien sostiene que lo que está de por medio es el provecho de naturaleza económica, aun cuando la misma sea futura, como en la promesa. Además, se debe tener en cuenta que el no exigir una naturaleza económica en los medios corruptores permitiría que comportamientos socialmente adecuados sean formalmente castigados.

86 Vid. Casación N° 374-2015-Lima, fundamento jurídico 10.

87 Vid., ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, p. 372.

88 Cfr. Exp. N° 06-2006-A.V., fundamento jurídico 9.

Es oportuno hacer referencia a lo que se denomina en doctrina como el tráfico en cadena⁸⁹, es decir hasta cuántas personas en el camino, el traficante de influencia va tener que influenciar sobre el funcionario o servidor público que conoce, ha conocido o conocerá un caso judicial o administrativo.

Al respecto, la mediación no necesariamente pueda darse de manera directa e inmediata entre el traficante y el funcionario o servidor público que administra justicia, sino que también pueden interceder terceros que se hallan en una posición mejor que el traficante para influir; en este sentido, podemos hablar de un tráfico en cadena, en favor del interesado o comprador de la influencia.

Por otro lado, al tratarse de un delito de tráfico, no solamente puede configurarse en la formula pura o básica: el traficante, el comprador y un funcionario o servidor público que va a ser influenciado;

89 Vid., MIR PUIG, *Comentarios a los delitos contra la Administración Pública*, Lima, 2016, pp. 122-123; No es necesario que la influencia se dirija directamente al funcionario que ha de dictar la resolución, sino que el tipo admite el denominado tráfico de influencias “en cadena”, esto es, influir sobre un funcionario o particular para que éste a su vez influya en el funcionario que finalmente ha de dictar la resolución. Como señala DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, esta es una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción política y administrativa. Todos los miembros de “la cadena” pueden ser considerados autores del delito. En este sentido, es necesario de nuevo hacer notar cómo resulta ciertamente curioso que todos los funcionarios intervinientes en la cadena respondan penalmente como autores por el delito de tráfico de influencias y, sin embargo, no lo haga el funcionario que finalmente ha de dictar la resolución y que se deja influir por los demás; esto es, el último eslabón de la cadena. Vid., MUÑOZ LORENTE, *Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)*, p. 84, DOI: ISSN 2253-6655. Por nuestra parte consideramos que el funcionario público a quien se le considera el último eslabón de la cadena sólo responderá penalmente por cohecho pasivo si se verifica que ha vendido su función. No teniendo ninguna responsabilidad por el delito de Tráfico de Influencias.

sino que también puede haber toda una red de tráfico de influencias⁹⁰. Así, existe la posibilidad de que haya uno o más traficantes que acudan a un solo comprador para interceder a un funcionario público X; pero también hay la posibilidad de que exista un traficante y tres litigantes en un solo proceso penal, los cuales le van a pagar a un traficante para que interceda ante un juez o fiscal y resuelva el caso a su favor; o también puede darse el caso, en el que no sólo se trata de un solo funcionario público: por ejemplo, si se trata de un comité de licitación de contratación pública donde hay más de un funcionario, entonces se trata de un traficante de influencias, un comprador que puede ser un empresario y varios funcionarios con capacidad de decisión.

3.3.5. Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo

Con ello el legislador delimita cuál es el ámbito en el que se va cometer el delito de tráfico de influencias. Así, las influencias que vende el traficante no deben estar referidas a cualquier funcionario o servidor público, sino que deben estar dirigidas respecto del cual ejerza funciones en el ámbito de la administración de justicia en el ámbito jurisdiccional o administrativo y que además que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Por otro lado, es importante advertir que existen discrepancias en la doctrina como en la jurisprudencia respecto a lo que debe enten-

90 En ese sentido, *Vid.*, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, pp. 679-680, sostiene que la mediación puede verificarse con el empleo e terceras personas—mediatez de la intermediación—, quienes se hallan en situación de mayor cercanía o allegadas para influir sobre el funcionario o servidor público que administra justicia, lo que generará un contexto de traficantes en cadena que pueden formar parte de una asociación ilícita. El contenido de esta intermediación puede versar sobre un petitorio lícito o ilícito, justo o injusto, pero deberá tratarse de un efecto que favorezca al interesado o allegado o no le perjudique, o que perjudique a terceros.

derse por “caso administrativo” en el delito de tráfico de influencias. Así, una primera postura sostiene que debe ser entendido en sentido extenso, esto es, como todo procedimiento que conlleve una toma de *decisiones discrecionales* en el ámbito administrativo; lo relevante para esta posición es determinar la existencia de un acto administrativo discrecional del funcionario o servidor público que vincula a la administración pública.

Esa posición ha sido ratificada en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 11-2001-Lima de 23 de julio de 2003, mediante la cual se señaló lo siguiente: “(...) *debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo 400° del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo (...)*”.

La segunda postura, sostiene que la referencia a un “caso administrativo” está referida sólo a aquellos en los que exista controversia; es decir, donde el funcionario o servidor público debe resolver un conflicto de particulares. Por ejemplo, en aquellos casos de protección al consumidor, reconocimiento de créditos en el marco de un proceso concursal, etc. Según esta postura, cuando se hace referencia a los casos administrativos, se sostiene que sólo se encuentran comprendidos en este elemento, aquellos casos que son sometidos por los particulares a la autoridad administrativa para que resuelva su controversia.

En este sentido, la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el caso conocido como Petroaudios, dictó sentencia absolviendo a Rómulo León Alegría como autor y a Jostein Kar Kjerstad como instigador del delito de tráfico de influencias en agravio del Estado; y ello en relación a la acusación del Mi-

nisterio Público en contra de Rómulo León según la cual éste habría intercedido en favor de la empresa Discover Petroleum y sus representantes (entre ellos, Fortunato Canaán, Mario Díaz Lugo y Jostein Kar Kjerstad) ante diversos funcionarios de PERUPETRO. En dicha sentencia respecto de la configuración de un proceso de selección como caso administrativo, se precisó lo siguiente:

“TRIGÉSIMO: Que, en cuanto al ámbito en que se desarrolló la actividad imputada al encausado Rómulo Augusto León Alegría, a favor de los intereses de la empresa Noruega Discover Petroleum Internacional, este fue en el proceso de selección N° PERUPETRO-CONT-001-2008, para la contratación de áreas, en la modalidad de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, ámbito que no es equiparable a un proceso judicial o administrativo (entiéndase de justicia administrativa), como exige el tipo penal, conforme lo establece la doctrina y jurisprudencia nacional, glosada precedentemente. (...) En el caso de autos, el proceso de selección N° PERUPETRO-CONT-001-2008, cuyo objeto era la contratación de empresas destinadas a explorar y explotar hidrocarburos, no se trata de un procedimiento administrativo sancionador por afectación de un bien jurídico, ni mucho menos de un procedimiento judicial, siendo esto un presupuesto cuya concurrencia en el tipo es exigible para su configuración. En efecto, un proceso de selección es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativo o hecho administrativo que tienen por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las entidades del Estado van a celebrar la contratación de áreas en la modalidad de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, y precisamente, se hace tal separación –acto administrativo, del procedimiento judicial, o procedimiento administrativo– para distinguir el Tráfico de Influencias de la Gestión de Intereses, Si ello es así, entonces llega-

mos a la conclusión que en el presente caso la imputación contra el encausado Rómulo Augusto León Alegría por delito de Tráfico de Influencias debe desestimarse por atípica, dado que el hecho atribuido (sic) al encausado RÓMULO AUGUSTO LEON ALEGRÍA, no puede ser objeto de sanción penal por no encajar en la descripción típica del delito en mención; y por el contrario guarda relación con el ejercicio de la actividad de “gestoría de intereses”, prevista en la Ley N° 28024 –Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública–, conforme se ha establecido precedentemente.”⁹¹

Al respecto, no compartimos esta última posición por considerar la contraria con la finalidad y bien jurídico que se pretende tutelar con el delito de tráfico de influencias. Por ello, cuando el texto del artículo 400° del Código Penal hace referencia a “caso administrativo”, debe entenderse que se trata de aquellos procesos administrativos donde los funcionarios o servidores públicos que los tienen a su cargo, están *investidos de poder discrecional* administrativo para tomar decisiones que impactan en el administrado⁹²; es decir, que su alcance es hasta aquellos casos administrativos en donde el funcionario o servidor público

91 Vid., TORRES PACHAS, *Comentario jurisprudencial, Sentencia del caso Petro audios*, Boletín Anticorrupción y justicia penal, 2012, pp. 12-17. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-FEBRERO-IDEHPUCP-12-22.pdf>.

92 En conclusión, se debe entender por caso administrativo a todo proceso en el que un funcionario público emite una decisión que, en desarrollo de la prestación de servicios de la administración pública, otorga un beneficio a un particular. Vid., RODRÍGUEZ DELGADO, *Comentario jurisprudencial, Caso Banco de Materiales - Lima Sur*, Boletín N° 25, Anticorrupción y justicia penal, 2013, p. 7. Disponible en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/06/boletin-final.pdf>; Por su parte REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 542, señala que debe entenderse por “casos administrativos” a los procesos o procedimientos seguidos ante la Administración Pública en cualquiera de sus instancias o niveles; es decir, procesos disciplinarios de control interno, procesos

tenga la *potestad o capacidad de decisión* dentro del marco legal correspondiente⁹³; no correspondiendo reducir el alcance de dicho elemento sólo a aquellos procesos trilaterales en los que los funcionarios o servidores públicos van a resolver una diferencia de las partes sometidas a su discrecionalidad⁹⁴.

Este criterio ha sido acogido por el Juzgado Unipersonal del Distrito Judicial de Lima, en el caso Banco de Materiales⁹⁵, donde se precisó: “10.6. (...) el tipo del artículo 400° del Código Penal al funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, está aludiendo en cuanto al caso administrativo a todos aquellos procedimientos administrativos que sean conocidos por funcionarios o servidores de la administración pública, toda vez que el delito tipificado en cuestión protege la administración pública (...) (...)” “En este contexto el procedimiento administrativo que se seguía para la obtención

de Derecho Administrativo sancionador, procesos administrativos seguidos ante la Administración Tributaria, Aduanera, etc..

- 93 Sobre la discrecionalidad administrativa, *Vid.*, BACA ONETO, *La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, en: Círculo de Derecho Administrativo, p. 185. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13553/14178>, concluye que “(...) la discrecionalidad no es producto de los defectos de la regulación, sino de la existencia de normas que autorizan a la Administración a tomar una decisión configuradora y creativa, ponderando los diferentes intereses en juego, dentro del marco del ordenamiento jurídico, donde no solo encuentra su límite, sino también su orientación.”
- 94 En este mismo sentido, TORRES PACHAS, Comentario jurisprudencial, Sentencia del caso Petro audios, Boletín Anticorrupción y justicia penal, p. 21, cuando refiere que: “el funcionario público al que hace referencia el elemento “caso administrativo”, sería a aquel que tiene competencia administrativa y que está investido de poder discrecional (administrativo). Con ello se aleja de la interpretación del elemento “caso administrativo” como un proceso jurisdiccional administrativo, lo cual permite asimilarlo a cualquier procedimiento administrativo.
- 95 Un análisis sobre este caso se encuentra en: *Vid.*, RODRÍGUEZ DELGADO, *Comentario jurisprudencial, Caso Banco de Materiales - Lima Sur*, pp. 4-8.

de un crédito ante el Banco de Materiales S.A.C no resultaba ser un simple trámite administrativo como pretende hacer ver el abogado del acusado y más bien constituía un procedimiento administrativo –caso administrativo, en el ámbito de la administración pública”.

3.3.6. Agravante

Para este delito se configura la agravante si el traficante tiene la condición de funcionario o servidor público, conforme al segundo párrafo del artículo 400 del Código Penal⁹⁶. SALINAS SICCHA⁹⁷ considera además que para la materialización de la agravante no es necesario que el agente esté en pleno ejercicio de sus funciones encomendadas al interior de la administración pública⁹⁸. Igual se verifica la agravante así el traficante se encuentre de descanso o vacaciones; sin embargo, cabe preguntarnos ¿si para la aplicación de la agravante es necesario verificar que el traficante haya utilizado el cargo público?, o mejor dicho ¿se

96 La cualidad de funcionario público del autor es un elemento personal especial, que en el caso del delito de tráfico de influencias agrava la pena pero no la fundamenta. Entonces, si no se da en el partícipe este elemento personal especial no puede ser penado por el tipo agravado sino por el básico-la cualidad personal del autor, como estatuye el citado artículo 26 del Código Penal, no modifica la del partícipe del mismo hecho punible-. Cfr. Casación N° 683-2018/Nacional, fundamento jurídico 4.

97 Vid., SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 681.

98 En ese sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, p. 527, considera que cuando el sujeto activo fuera un funcionario público, su invocación de influencias no debe referirse a su propia actividad funcional, pues en ese caso se trataría de un cohecho pasivo (en la modalidad de “solicitar”). Concluyendo que para ser autor del “tráfico de influencias” el sujeto activo tiene que ofrecer influir en otro funcionario público; Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 546. En sentido contrario Vid., PEÑA CABRERA FREYRE, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 614, sostiene que para poder aplicar esta agravante, no es suficiente con acreditar la cualidad funcional del autor, sino que el agente se haya aprovechado de dicha condición, para perpetrar el injusto; si no es así, la punición es de verse conforme al tipo base.

requiere que haya abusado de su cargo?, o basta que sea funcionario o servidor público.

Para la doctrina cuando se tiene una circunstancia agravante en general, siempre se requiere que haya abusado de su cargo. Por ejemplo, el artículo 297.1 del Código Penal que regula la agravante en el delito de tráfico ilícito de drogas⁹⁹ o el artículo 4.1 del Decreto Legislativo N° 1106¹⁰⁰ que regula las circunstancias agravantes en el delito de lavado de activos, en ambos casos para la configuración de la agravante se requiere que el agente se haya aprovechado de su cargo para cometer el delito¹⁰¹. En cambio en el tráfico de influencias no se requiere que se haya aprovechado de su cargo¹⁰² porque estamos den-

99 Código Penal Peruano. Artículo 297.- La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando: 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública.

100 Decreto Legislativo N° 1106. Art. 4.- La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando: 1. El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.

101 En este sentido, respecto del lavado de activos, *Vid.*, GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, 2ª ed., Lima, 2015, p. 155; *Vid.*, ABANTO VÁSQUEZ, *El delito de lavado de activo, Análisis crítico*, Lima, 2017, p. 197; y, respecto del tráfico ilícito de drogas, *Vid.*, PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad Organizada, parte especial*, Lima, 2016, p. 158.

102 Así, VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *El tráfico de influencias en la Propuesta de Armonización de la Legislación Penal en la Lucha contra el Crimen Organizado en Centroamérica. Algunas consideraciones técnicas y político-criminales*, en *Revista de Derecho*, N°19, 2015, p. 110, DOI: ISSN 1993-4505, cuando analiza la Propuesta de Armonización de la Legislación Penal en la Lucha contra el Crimen Organizado en Centroamérica (PALCO) precisa que desde el momento en que permite que el intermediario sea, también, un funcionario, es evidente que, con arreglo a la PALCO, el tráfico pasivo podrá desarrollarse tanto en un ámbito particular, personal, como en conexión con el desempeño de las funciones públicas. En este sentido, y aunque no concreta en ningún momento el tipo

tro de un delito contra la administración pública, en donde todos los funcionarios o servidores públicos tienen deberes institucionales. Es decir, la condición de funcionario o servidor público es un elemento especial del delito de tráfico de influencias que agrava la pena pero no la fundamenta¹⁰³.

En este sentido, la configuración de la agravante por el solo hecho de ser funcionario o servidor público se justifica por la mayor responsabilidad de velar por la integridad del bien jurídico protegido que, en general, es la administración pública¹⁰⁴; y los deberes institucionales que tienen los funcionarios o servidores públicos subsisten en toda la administración pública. Uno de sus deberes como funcionario o servidor es el de velar por el correcto funcionamiento de la administración pública.

Por ello para la determinación de quién es funcionario o servidor público se debe recurrir al artículo 425 del Código Penal que establece quién puede ser considerado funcionario o servidor público. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución, también resulta aplicable para dicho fin, la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Resolución Legislativa N° 26757

de relación que debería existir entre el ejercicio de la influencia y la condición pública del intermediario o las funciones que ejerce, lo lógico es concebirla en términos amplios, de modo que cubra la venta de influencias derivadas de la posición ocupada por aquel o que se hallen relacionadas, de alguna manera, con su trabajo o con su capacidad para acceder y manipular (por los medios que sea, también personales, afectivos...) a otra autoridad. Ahora bien, es indiscutible que cuando un funcionario instrumentaliza facultades o modos de relación propios de su cargo, para influir en otra autoridad o funcionario, está dando vida, al propio tiempo, a un delito de cohecho (solicitud o aceptación de una ventaja a cambio de la realización de una actuación contraria a los deberes inherentes al cargo).

103 *Vid.*, Casación N° 683-2018/Nacional, de 17 de julio de 2019, fundamento jurídico 4.

104 En el mismo sentido, *Vid.*, RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune?*, p. 262.

del 5 de marzo de 1997 y ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE de 21 de marzo de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción vigente en nuestro país desde el 14 de diciembre de 2005.

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tráfico de influencias es un delito doloso, no cabe la comisión por culpa. Asimismo, la participación de los instigadores y cómplice primarios también se sanciona a título doloso.

Ahora, el tipo de dolo con el que deben actuar el autor como los partícipes es el directo¹⁰⁵, toda vez que las acciones que realizan exigen que dirijan su accionar de manera directa hasta la puesta en peligro del bien jurídico y la obtención del beneficio o ventaja indebida; es decir, el traficante y los demás partícipes (instigador o cómplice primario) actúan siempre motivados con la obtención de un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza¹⁰⁶.

En consecuencia, no es admisible en el tráfico de influencias el dolo eventual, en tanto no es posible que el traficante se represente recibir, hacerse dar u obtener una promesa de una ventaja indebida como consecuencia de la invocación u ostentación de las influencias

105 En igual sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos Contra La Administración Pública en el Código Penal Peruano*, p. 534, con la precisión de que abarca no solamente el acto mismo de vender la influencia, sino también el compromiso de interceder en el futuro ante un funcionario público; por eso se trata de un caso de “dolo trascendente” o de “intención”. Además, debe incluir el “ánimo de lucro”, pues el agente busca siempre un beneficio patrimonial; Vid., ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, p. 374; Vid., REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 544; Vid., RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune!*, p. 263.

106 En igual sentido, RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune!*, p. 263, aunque reduciendo su contenido a un ánimo de lucro.

reales o simuladas y que asuma las consecuencias de ello; sino que por el contrario el traficante conoce y sabe bien lo que pretende hacer, por ello realiza conscientemente las conductas típicas y los medios corruptores para obtener los objetos de acción del delito. En este mismo razonamiento se concluye que tampoco existe la posibilidad de que actúe por error de tipo¹⁰⁷.

V. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito de tráfico de influencias según su estructura típica está compuesto por algunos medios corruptores y otras acciones típicas. La verificación de dichos elementos nos permitirá establecer si el delito se ha consumado o ha quedado en grado de tentativa¹⁰⁸. Así, por ejemplo si sólo se verifica que el traficante ha invocado una influencia (real o simulada) o teniéndola pero aún no ha recibido, no ha logrado el compromiso que le den u obtenido una promesa, el delito habrá quedado en grado de tentativa.

Por el contrario, si en el caso concreto se verifica que el traficante luego de invocar influencias reales o simuladas y ofertar al interesado interceder ante un funcionario o servidor público que conoce, conoció o conocerá un caso judicial o administrativo *recibe, logra que el interesado se comprometa o que el interesado le haga la promesa*, todo ello a cambio de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, el delito se ha consumado¹⁰⁹. Debe advertirse que para las dos últimas

107 Vid., SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 698; Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, p. 534.

108 Las formas de tentativa son perfectamente admisibles, Vid., SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 701.

109 En ese sentido, ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, p. 374, refiere que el delito de tráfico de influencias es un tipo penal de consumación instantánea, la misma que se produce cuando el sujeto activo recibe el donativo, o cuando se produce la promesa de entrega del donativo, ventaja o beneficio.

acciones típicas basta que el interesado se comprometa o le haga la promesa, no siendo necesario verificar la materialización del compromiso o promesa¹¹⁰.

Por ello, se señala en doctrina que el delito de tráfico de influencias es de mera actividad,¹¹¹ en el que existe un adelantamiento de las barreras punitivas a momentos previos a la lesión del bien jurídico, elevando la mera tentativa a la categoría de delito consumado; es decir, la conducta exige en el traficante un ofrecimiento de interceder, sin comprometerse con el resultado; sin embargo, coincidimos con SALINAS SICCHA¹¹² cuando afirma que si bien el delito de tráfico de influencias se perfecciona o consume con la sola promesa del traficante ante el tercero interesado, aunque luego aquel no cumpla su compromiso; no obstante, este aspecto de modo alguno puede llevar a concluir que estamos ante un delito de mera actividad, pues el agente necesariamente requiere que el tercero interesado le haga la promesa para actuar.

En ese sentido, la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema¹¹³, señaló: *“Que, respecto al alegato del procesado de no haberse probado la entrega de dinero o dádiva al funcionario Silva Vences, es necesario pre-*

110 Al respecto, ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, p. 373, refiere que la norma penal no exige que el traficante haya llevado a la práctica su ofrecimiento de intercesión para dar por consumado el delito. El hecho que efectivamente se produzca dicha influencia en el funcionario o se intente influir es irrelevante para dar por perfeccionada la tipicidad del delito; en similar sentido *Vid.*, MUÑOZ LORENTE, *Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)*, pp. 86-87, DOI: ISSN 2253-6655.

111 *Vid.*, MUÑOZ LORENTE, *Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)*, pp. 86 y 88, DOI: ISSN 2253-6655; *Vid.*, RODRÍGUEZ DELGADO, *El final de la historia: ¿el interesado en el tráfico de influencias es impune?*, p. 251.

112 *Vid.*, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 700.

113 *Vid.*, R.N. N° 2412-2004-La Libertad de 27 de enero de 2005, fundamento jurídico 5.

cisar que la conducta típica exigida al agente, en el delito de tráfico de influencias, es la de recibir, hace dar o prometer para sí o para otro (por parte del interesado en el ejercicio de la influencia a su favor) donativo o promesa o cualquier otra ventaja. El tipo no exige en forma alguna que el agente o “traficante de humo” (como se le denomina en doctrina) entregue o prometa beneficio alguno al funcionario influenciado, incluso el tipo penal, ni siquiera exige que la influencia o el vínculo entre el traficante de humo y el funcionario público exista, ante lo cual, mal puede exigirse que el funcionario haya participado en entrega de dinero que alega el procesado, a fin de constituir el ilícito atribuido al procesado.”

VI. PENALIDAD

Como consecuencia de la comisión de este delito, se establece una sanción para su modalidad básica, que comprende la imposición de tres tipos de pena: privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, inhabilitación según corresponda conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

En la modalidad agravada, esto es cuando el agente es funcionario público, la pena se incrementa de 4 a 8 años, hay pena de inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del art. 36 y con 365 a 630 días multa. Hay tres tipos de pena.

VII. RELACIONES CON OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

7.1. Con el delito de cohecho

El delito de cohecho también tiene como elementos el donativo, la promesa, cualquier ventaja o beneficio; sin embargo, el cohecho pasivo siempre es cometido por un funcionario o servidor público mientras que el tráfico de influencias puede ser cometido por cualquier particular y sólo en el supuesto agravado lo puede cometer cualquier funcionario o servidor público; es decir, no tiene ningún deber especial

respecto del caso judicial o administrativo en el que se pretende influir a favor del interesado.

En el cohecho pasivo propio el soborno lo recibe para vender su propio cargo, en cambio en el delito de tráfico de influencias, como puede ser cualquier persona, no venden su cargo sino el cargo de otro funcionario, es decir la influencia sobre un funcionario X. En la acción del delito de tráfico de influencias, la influencia no se ejercita o efectúa mediante dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas al funcionario influido, pues si así fuera, estaríamos en el ámbito del cohecho activo¹¹⁴.

Finalmente, también pueden presentarse problemas concursales con el cohecho activo, así la jurisprudencia ha señalado: *“Y es que, en efecto la Doctrina, “en el tráfico de influencias el sujeto activo es un “intermediario” entre el funcionario y el interesado (sin participación del funcionario), o alguien que finge ser intermediario del funcionario público [Luego]. En el caso de que se llegue a ofrecer el “beneficio” al funcionario habrá concurso con el “cohecho activo” consumado (como autor o cómplice, según el dominio del hecho) lo que, a su vez resulta coherente con su fundamento político criminal, desde cuyo ángulo, constituye una “figura [...] de puesta en peligro al bien jurídico administración pública”, y que, en ese sentido, se trata de “un delito de consumación anticipada, en el cual se adelantan las barreras de protección penal”.* R. N. N° 05-2008-10, Ejecutoria Suprema del 31 de mayo de 2011¹¹⁵.

Por ello, la relación entre ambos delitos es de un concurso real y el principio aplicable es el de acumulación – artículo 50 del Código Penal¹¹⁶.

114 Vid., MIR PUIG, *Los Delitos contra la Administración Pública en el nuevo código penal*, Barcelona, 2000, p. 253.

115 GUIMARAY MORI (ed.), *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal*, 3ª ed., Lima, 2015, p. 58.

116 Vid., ABANTO VÁSQUEZ/VÁSQUEZ–PORTOMEÑE SEIJAS, *El Delito de Tráfico de Influencias*, p. 139.

7.2. Con el delito de colusión

El delito de colusión es el clásico tipo penal de adelantamiento de la punibilidad extrema porque está construido para la protección de bienes jurídicos que no se encuentran en la parte nuclear de los delitos contra la administración pública. Es un delito de participación de necesaria y de encuentro El perjuicio puede ser potencial.

El delito de colusión se configura cuando el funcionario, en razón de su cargo, concierta con el interesado para defraudar al Estado; en cambio, en el tráfico de influencias necesariamente hay un donativo, promesa, ventaja o beneficio (por lo general es dinero) pero se requiere que se haya invocado o tenga las **influencias** reales o simuladas para **interceder**.

En la colusión la conducta típica es concertar, en cambio en el tráfico de influencias la conducta típica se configura con la verificación de los verbos recibir, hacer dar, o hacer prometer, teniendo que existir un *pacto sceleris*.

7.3. Con el delito de patrocinio ilegal

Con el delito de patrocinio ilegal —artículo 385 del Código Penal— podría generarse alguna confusión con el segundo párrafo del artículo 400 del Código Penal que regula el tráfico de influencias agravado, en atención a que en ambos tipos penales se establece que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público que debe realizar una acción frente a la Administración Pública en favor de un particular.

Sin embargo, como lo refiere ABANTO VÁSQUEZ¹¹⁷, el delito de patrocinio ilegal no exige ningún ejercicio de influencias sino distintos tipos de actos en favor del interesado aunque dirigidos a la administración pública. Por otro lado, a diferencia del tráfico de influencias,

117 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ/VÁSQUEZ—PORTOMEÑE SEIJAS, *El Delito de Tráfico de Influencias*, p. 140.

en el patrocinio ilegal se requiere que el sujeto agente se haya valido expresamente de su cargo para patrocinar intereses particulares¹¹⁸, lo que no sucede en el tráfico de influencias.

El patrocinio ilegal es un delito unilateral (no exige un pacto injusto y menos una contraprestación para el patrocinador), en cambio el tráfico de influencias es un delito plurisubjetivo, de encuentro entre el interesado y el traficante para configurar el *pacto sceleris*.

118 *Vid.*, R.N. N° 1054-2001-Lima, de 8 de agosto de 2001, en donde se señaló: “(...)que, respecto al delito de patrocinio ilegal previsto en el artículo trescientos ochenticinco del Código Penal, la conducta del encausado no se ajusta en forma precisa a la definición allí establecida, pues se requiere expresamente que el agente se haya valido de su condición de Regidor para patrocinar intereses particulares, lo cual no ha sucedido en autos; (...)”.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

CASACIÓN N.º 634-2015-LIMA

Falta de interés casacional

Sumilla. Bajo lo establecido por la Convención Interamericana contra la Corrupción, a la cual estamos suscritos y vigente al momento de los hechos objeto de inculpación formal, se entenderá que el gerente general de EMMSA es funcionario público para los efectos penales; y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Siendo así este es sujeto activo del delito de colusión; así como los cómplices.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiocho de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el encausado MARCELO CICONI, contra el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, y declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito de colusión en agravio del Estado.

OÍDO el alegato oral de la defensa del imputado.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, tanto el Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima cuanto la Sala de Apelaciones de Lima, declararon infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo el encausado Marcelo Cicconi; y, como tal, ordenaron que continúe la causa según su estado [autos de fojas treinta y cinco y ochenta y nueve, de treinta de abril de dos mil quince y cinco de agosto de dos mil quince, respectivamente].

SEGUNDO. Que la imputación por el delito de colusión en calidad de cómplice, formulada contra el encausado Marcelo Cicconi, estriba en que, en su condición de Gerente de la empresa RE-LIMA Ambiental Sociedad Anónima, se concertó ilegalmente con el gerente general de la Empresa Municipal de Mercados Sociedad Anónima -en cuanto empresa del Estado de derecho privado (Municipalidad Metropolitana de Lima)-, para que la empresa que dirige preste servicios de limpieza en el Gran Mercado Mayorista de Lima, como en efecto ocurrió. No medió, según los cargos, requerimiento previo, términos de referencia o cualquier otra formalidad documentaría que revelara el cumplimiento de las reglas jurídicas correspondientes y de las condiciones de una contratación razonable para los intereses de la colectividad. Los hechos se produjeron entre el dieciocho de setiembre de dos mil doce y dieciocho de abril de dos mil trece.

TERCERO. Que el encausado Marcelo Cicconi, en su escrito de excepción de improcedencia de acción de fojas uno, de dieciocho de febrero de dos mil quince, y en su escrito de recurso de apelación de fojas cuarenta y ocho, de dieciocho de mayo del mismo año, sostiene uniformemente que se han vulnerado los principios de legalidad y de accesoriedad al atribuírsele un comportamiento típico, ya que la falta de un requerimiento previo, de términos de referencia o cualquier otra

formalidad documentaria, solo podría haber generado una infracción administrativa, pero no un delito; que no es ilegal que las áreas técnicas operacionales de ambas empresas realicen coordinaciones de cara a la mejor satisfacción de la necesidad del servicio de limpieza pública, sobre todo si estas se efectuaron luego de un acto de conformidad con el servicio manifestado por EMMSA; que no ha existido un acuerdo clandestino entre las partes, ni acto de ayuda alguna de su parte para la comisión del delito; que, con relación a la determinación del concepto de funcionario público, los cargos se sustentan en normas internacionales y se aplicó retroactivamente una norma penal desfavorable, esto es, la Ley número 30124.

CUARTO. Que el Juez de Investigación Preparatoria, en el auto de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, estimó que el encausado Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público, no por aplicación de la Ley número 30124, posterior a la fecha de los hechos, sino que se aplicaron normas internacionales -como la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y seis, y ratificada mediante Decreto Supremo número cero doce guión noventa y siete guión RE, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución Legislativa número veintiocho mil trescientos cincuenta y siete, y ratificada mediante Decreto Supremo número cero setenta y cinco guión dos mil cuatro guión RE-; tratados que forman parte de nuestro ordenamiento legal, por lo que resultan aplicables sus disposiciones en este ámbito, en atención a lo dispuesto por el artículo 425, inciso 6, del Código Penal. En tal virtud, no es necesario que la condición de servidor o funcionario público de las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, conste de manera expresa en nuestra normatividad penal.

QUINTO. Que, por su parte, el Tribunal Superior en el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince,

compartió la apreciación del Juez de Investigación Preparatoria, así como lo sostenido por el Fiscal Superior y el Procurador Público en la audiencia de apelación. Reitera que no resulta válido afirmar que debe comprenderse a los trabajadores de las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta como funcionarios públicos a partir de la Ley número 30124, ya que teniéndose en cuenta el bien jurídico tutelado en esta norma penal, concuerda con los lineamientos establecidos en las normas internacionales antes mencionadas, las mismas que forman parte del derecho nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado.

SEXTO. Que si se toma en cuenta el recurso de casación del encausado Marcelo Cicconi de fojas ciento cuatro, de veintiuno de agosto de dos mil quince, en concordancia con lo expresamente aceptado de sus términos por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y ocho del cuadernillo de casación, de seis de noviembre de dos mil quince, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- A. El motivo de casación está vinculado a la vulneración de precepto constitucional –principio de irretroactividad de la ley penal- y, concurrentemente, a la causal de infracción de ley material: retroactividad de un lado y tipicidad positiva de otro lado -del tipo legal contenido en el artículo 384 del Código Penal- (artículo 429 numerales 1 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal).
- B. La denuncia procesalmente relevante en sede de casación estriba en la necesidad de que exista un pronunciamiento acerca del alcance que tienen las normas internacionales en el derecho interno, tanto para extender los efectos de las normas penales internas cuanto para determinar la fecha de su vigencia. En esa línea se reclama una determinación acerca del momento en que un servidor de una empresa del Estado esté incluido en las disposiciones penales sobre colusión.

C. Como se trata de un acceso excepcional al recurso de casación por la vía del artículo 427 numeral 4, del Nuevo Código Procesal Penal, se aceptó la competencia funcional de esta Sala de Casación para fijar el alcance de las normas internacionales en el derecho interno.

SÉPTIMO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nulidad, materia de la resolución anterior -sin la presentación de alegato adicional alguno—, se expidió el decreto de fojas ciento treinta y uno, de uno de junio de dos mil dieciséis, que señaló fecha para la audiencia de casación el día diecisiete de junio último.

OCTAVO. Que realizada la audiencia de casación con la única intervención de la defensa del recurrente Marcelo Cicconi, doctor Eduardo Alcocer Povis, según el acta adjunta, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada, tras la preceptiva deliberación, la votación respectiva y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el artículo 384 del Código Penal regula el delito de colusión, en tanto delito especial. Se trata de un tipo legal alternativo, que en los dos supuestos que contiene, el sujeto activo es, siempre, un funcionario o servidor público.

Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto del funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional. Esta norma ha sido objeto de varios cambios legislativos.

En lo pertinente, es del caso enumerarlas:

- A. La Ley número veintiséis mil setecientos trece, de veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, determinó, en el inciso tercero, del citado artículo 425 del Código Penal: “Tocio 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 y organismos”.
- B. La Ley número 30124, de trece de diciembre de dos mil trece, estableció, en el inciso 3, de la referida norma: *“Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”* [subrayado nuestro].

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

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

TERCERO. Que a este respecto es imprescindible tener en cuenta la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Perú el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, aprobada por Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y siete, de trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, y ratificada por el Decreto Supremo número diecinueve guión noventa y siete guión RE. de veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete. El artículo I de la Convención entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, Remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; y, por funcionario o servidor público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluso los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

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

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

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

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

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

Aunque, como ha quedado expuesto, por la propia naturaleza del bien jurídico tutelado y el entendimiento de la noción de funcionario público como quien desarrolla un rol efectivo en la función pública, era del caso interpretar que el inciso tercero comprendía a las empresas públicas y de economía mixta. Por lo demás, la mención a la aludida Convención, en tanto norma que integra el derecho nacional, es compatible con el principio de reserva de ley, pues el concepto de funcionario público es un elemento normativo en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública. No se trata de una aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de la invocación de un elemento técnico normativo conforme con las fuentes internacionales de obligatoria observancia [CARIO CORIA, DIÑO CARLOS. LOS delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 168].

SÉPTIMO. Que en consecuencia, cabe entender que el encausado Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público para los efectos penales, y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Al ser así, es sujeto activo del delito de colusión; y, por ende, los cómplices —como es el caso, según la imputación, del encausado Marcelo Cicconi—, lo son de ese delito.

La excepción de improcedencia de acción, por estos fundamentos, debe desestimarse: no se ha producido ningún vicio de legalidad

constitucional y/o de legalidad ordinaria material, y así se declara la de aplicación, por lo demás, el artículo 504 numeral 2, del Nuevo Código Procesal Penal: debe condenarse al recurrente al pago de costas.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado MARCELO CICONI contra el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito de colusión en agravio del Estado; en consecuencia. **NO CASARON** el auto de vista recurrido. **II. CONDENARON** al encausado Marcelo Cicconi al pago de las costas procesales del recurso de casación, cuya efectividad será reclamada por el juez de Investigación Preparatoria. **III. DISPUSIERON** se transcriba la presente ejecutoria al Tribunal de origen, al que se devolverán los actuados. Hágase saber a las partes apersonadas en esta sede suprema.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

CASACIÓN N° 628-2015-LIMA

Importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria

Sumilla. 1. La motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y quantum de la reparación civil. 2. El examen de la presunción de inocencia importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaría se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la correlación de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad. 3. El contraindicio, que es la contraprueba indirecta, consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de mayo de dos mil dieciséis

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el encausado JORGE RICARDO APARICIO MOSSELLI contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y siete, de siete de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, lo condenó como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a dos años de pena privativa de libertad efectiva y cuatro años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil; con costas.

Interviene como ponente el señor **SAN MARTÍN CASTRO**.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que tanto la Jueza del Tercer Juzgado Penal Especializado de Lima cuanto la Sala Penal de Apelaciones de Lima declararon probado que el encausado Aparicio Mosselli cometió el delito de negociación incompatible y, como tal, le impusieron la pena y reparación indicadas en el introito de esta Ejecutoria.

Cabe destacar que se condenó igualmente por el referido delito a Raúl Emilio Del Solar Portal como autor y a Luis Felipe Izaguirre Uribe como cómplice primario. De otro lado, se absolvió cuatro funcionarios de Banmant del cargo de autoría del aludido delito y a dos extransus del cargo de complicidad primaria.

SEGUNDO. Que los hechos declarados probados, en segunda instancia -que son los que sustentan, desde la perspectiva jurídica, el recurso de casación materia de examen de fondo-, son los siguientes:

- A. El diecisiete de enero de dos mil cinco el encausado Aparicio Mosselli, en su condición de Gerente General del Banco de Materiales, emitió la Resolución número cero uno ocho guión cero

cinco guión GG guión BM, en cuya virtud designó al Comité del Proyecto Techo Propio y Proyectos Integrales de Desarrollo Habitacional, que le correspondía efectuar el seguimiento para la liquidación de ciertos programas.

- B. Tres días después, el veinte de enero de dos mil cinco, el sentenciado Del Solar Portal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, emitió el Memorando número ciento dos guión cero cinco guión G1C, con el visto bueno del Jefe del Departamento de Riesgos del Banco de Materiales —en adelante Banmat— dirigido al encausado recurrente Aparicio Mosselli, que tenía como asunto “Modificaciones al Procedimiento del Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario”.
- C. El veintidós de enero de dos mil cinco el Jefe del Departamento de Evaluación de Proyectos Sandro Rivero Gonzáles emitió el Informe número cuarenta y dos guión cero cinco guión GT guión DEP, dirigido al Gerente Técnico Rosario Ramírez Rojas. En él se indicó que a solicitud de la Gerencia General se determinó la necesidad de realizar la revisión integral del procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT. El mencionado informe, a su vez, generó el Informe número cero nueve cuatro guión cero cinco diagonal GT de la Gerencia Técnica, a cargo de Ramírez Rojas, con copia a la Gerencia General y al Departamento de Evaluación de Proyectos.
- D. Todo lo realizado dio lugar a que el cuatro de abril de dos mil cinco se apruebe el Procedimiento “Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario” con Código P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT. El encausado Aparicio Mosselli aprobó dicho procedimiento.
- E. En el nuevo Procedimiento se introdujo el requisito de suscribir un contrato preparatorio para vincular la futura venta del terreno. Se trató de un aspecto nuevo, introducido en la Revisión cero dos, que lo hacía diferente al anterior. Revisión cero uno.

- F. De otro lado, el acusado Aparicio Mosselli dispuso que el Jefe de Imagen Luis Sigler Flores proporcione al Consorcio Los Alamos el logo de Banmat para sus impresos de promoción. Ello ocurrió en marzo de dos mil cinco.
- G. El veintiocho de junio de dos mil cinco, mediante Memorando número cinco nueve dos guión cero cinco guión GICk. Roberto Me Farlane Vidal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, por encargo del Gerente General, convocó al Comité de Colocaciones para el mismo día a las cinco de la tarde a fin de evaluar y aprobar la solicitud de financiamiento planteada por Consorcio Los Álamos, en relación al referido Proyecto. En esa fecha, a través del Acta del Comité de Colocaciones número cero cuatro guión cero cinco, se aprobó el financiamiento del Programa de Construcción del citado Proyecto, en la modalidad de promotor inmobiliario, hasta por la suma de diecisiete millones cuatrocientos veinticinco mil sesenta soles, y se dispuso que la Gerencia General suscriba el convenio de financiamiento correspondiente. Los titulares del terreno en cuestión eran el Banco de Crédito y el Banco Financiero, con los que las empresas Contratistas La Unión Sociedad Anónima y R&G Contratistas -integrantes del Consorcio Los Álamos- con fecha uno de marzo de dos mil cinco formalizaron un acuerdo preparatorio de venta del terreno, en el que se estipula que Banmat financiara esa adquisición.
- H. Sobre esa base fáctica, se estimó que está acreditado el interés indebido de los funcionarios de Banmat a favor de Consorcio Los Álamos. El interés indebido se consideró probado porque se inició desde el proceso de contratación con la presentación del citado Proyecto en la Mesa de Partes de Banmat el día trece de mayo de dos mil cinco. La materialización de este interés tuvo como antecedente las tratativas previas de intervención e injerencia (reuniones, comunicaciones por correo electrónico, actos de promoción, etcétera).

- I. El interés en la contratación privada de compromiso de compra-venta de terreno celebrada por el Consorcio respecto del terreno en donde se ejecutó el Proyecto y el financiamiento para la compra del mismo por el Banmat, se acreditó con los aportes fácticos y valorativos citados en la prueba documental y testimonial actuadas en primera y en segunda instancia.

TERCERO. Que contra la sentencia de vista interpusieron recurso de casación Jorge Ricardo Aparicio Mosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal y Luis Felipe Izaguirre Uribe.

Si bien el Tribunal Superior concedió el recurso de casación de dos de los imputados, como aparece de la resolución de fojas seiscientos treinta y seis, de tres de agosto de dos mil quince, este Tribunal Supremo, en la estación procesal correspondiente, con arreglo al artículo 430° apartado 6 del Nuevo Código Procesal Penal, solo aceptó el recurso de casación del encausado Aparicio Mosselli, según el auto de fojas ciento cincuenta y uno, de veinte de noviembre de dos mil quince—del cuadernillo de casación—

CUARTO. Que, si se toma en cuenta el recurso de casación del encausado Aparicio Mosselli de fojas quinientos cuarenta y siete, de veintiuno de julio de dos mil quince, en concordancia con lo expresamente aceptado de sus términos por el auto supremo de fojas ciento cincuenta y uno, de veinte de noviembre de dos mil quince, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- A. El motivo de casación está vinculado a la inobservancia de la garantía constitucional de motivación (artículo 429° apartado 4 del Nuevo Código Procesal Penal), al no seguirse los presupuestos para el uso de la prueba indiciaria: hecho base probado, pluralidad de indicios, concomitancia al hecho indicado, interrelación indiciaria e inferencia razonable -respecto de lo cual existe una sentencia vinculante: 1 guión dos mil seis diagonal ESV guión veintidós, de trece de octubre de dos mil seis-.

- B. Denuncia al respecto que en la sentencia de vista se contabilizó dos veces un mismo hecho probado: autorización para el uso del logo de Banmat por Consorcio Los Álamos; y, se reputa que el cambio del Procedimiento que sustentó la aprobación del Proyecto presentado por el Consorcio Los Álamos, fue dispuesta para favorecerlo, denotando con ello un interés indebido en su aprobación y ejecución —el interés se concretó desde antes de la aprobación del aludido proyecto en la negociación con la empresa interesada, dato que se obtuvo de un correo electrónico que se encontraba en el archivo de la secretaria del imputado recurrente—.
- C. La doctrina jurisprudencial que se pretende es que se concreten las reglas metodológicas de la prueba indiciaria, pues en el sublite medió una falta de justificación en la elección de la premisa menor —no se superó la exigencia del hecho a probar en el uso de ciertos indicios de intervención delictiva—.

QUINTO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nulidad, materia y solución anterior, se profirió el decreto de fojas doscientos setenta y uno, 3 de abril de dos mil dieciséis, que señaló fecha para la audiencia de n el día veintiocho de abril último.

SEXTO. Que realizada la audiencia de casación con la intervención del abogado defensor del acusado, el señor Fiscal Adjunto Supremo y el abogado de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, según el acta adjunta, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión secreta. Procedida, tras la deliberación, a la votación respectiva, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, en principio, la motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena,

así como los criterios de imputación civil y quantum de la reparación civil. Es de distinguir, por tanto, entre motivación sobre los hechos y motivación sobre la aplicación del derecho.

No existe, pues, motivación en sí, sino aquella referida básicamente a un tipo legal, a sus exigencias normativas y al juicio de adecuación típica, entre otros. Los hechos que deben probarse, en un primer ámbito, son aquellos que exige la norma jurídico penal para estimar el hecho penalmente antijurídico y culpable.

SEGUNDO. Que el delito objeto de acusación, enjuiciamiento y condena es el de “negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo”, previsto y sancionado por el artículo 399° del Código Penal. Esta norma prevé como incurso en sus disposiciones al “...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...”.

Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones propias. El tipo legal exige como requisito típico, primero, el estatus formal de funcionario o servidor público, y, segundo, que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcional específica o ámbito de su competencia funcional)-. El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o para un tercero -no se atiende a la causa que impulsa la actuación torcida del funcionario-. Lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización sino que su actuación produzca un provecho en favor de terceros o de él. El interesarse debe implicar que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario que interviene

en él por razón de su cargo –se trata de un interés económico- [FONTÁN BALESTRA, CARLOS: Tratado de Derecho Penal. Tomo Vil, 2da. Edición, Abeledo guión Prelot, Buenos Aires, mil novecientos ochenta, página trescientos treinta y siete]; el interés tomado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico. Es un delito de peligro concreto, no de daño o de resultado para la Administración Pública [DONNA, EDGARDO ALBERTO: Delitos contra la Administración Pública, 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, página 362].

TERCERO. Que, en el caso de autos, según la sentencia de vista, se arribó a una conclusión condenatoria a partir de prueba indirecta, circunstancial o indiciaría -no medió confesión o una declaración de un delator o colaborador que exprese haber sido testigo de actuaciones indebidas, interesadas, de funcionarios de Banmat en coordinación y para favorecimiento del Consorcio Los Álamos en orden al financiamiento solicitado y posteriormente obtenido por aquél-. Esto último implica que se estimó acreditados hechos circundantes al hecho principal o típico -los denominados “hechos indicadores, hechos-base o indicios”-, que a partir de una inferencia -sustentada en máximas de experiencia y/o leyes de la lógica- se arribó al “hecho indicado o hecho consecuencia”, constitutivo este último propiamente del tipo legal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

CUARTO. Que en clave de motivación debe recordarse:

- A. Los Tribunales de Mérito, desde luego, tienen la facultad de valorar racionalmente las pruebas practicadas en el juicio -de primera instancia y de apelación, con los límites legalmente reconocidos en armonía con el principio procedimental de inmediación-, pero tienen el deber de razonar expresamente tal valoración en el propio texto de la sentencia, cumpliendo así el deber de motivación impuesto por el artículo 139° inciso 5 de la Constitución.
- B. Esa motivación constitucionalmente exigida ha de comprender necesariamente la mención expresa en el propio texto de la sen-

tencia de los medios de prueba utilizados y el razonamiento sobre el valor de éstos a los efectos de considerar acreditados todos y cada uno de los extremos de la relación de hechos probados -siempre en relación con el delito tribuido—,

- C. La motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia, exige especial esfuerzo recapitulador y de síntesis del material probatorio. Debe razonarse el proceso de persuasión del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado, plasmando su razonamiento en la sentencia.

QUINTO. Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciarla se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad.

En materia de prueba indiciarla, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso: 1. Que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear -deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar-. 2. Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables -entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo-. 4. Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158º apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal -tiene que exteriorizar los hechos que están acredita-

dos, o indicios, y sobre todo que explicita el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio)-.

A final de cuentas, la deducción realizada por el tribunal sentenciador debe implicar un raciocinio lógico e inteligible que a través de varios indicios objetivos sobre hechos no delictivos -datos objetivos fiables-, permite llegar al hecho consecuencia ya conculcador del precepto penal (STSE de quince de abril de mil novecientos noventa y siete).

En la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como Aprueba en contrario” y “contraprueba”. En este último supuesto se ubica contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria [CLIMENT DURÁN, CARLOS: La prueba penal, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil cinco, páginas novecientos treinta y siete guión novecientos cuarenta y uno]].

A los efectos del presente caso, y del motivo de casación aceptado, es especialmente importante tanto el sub-punto tercero como el cuarto.

SEXTO. Que, sobre este punto, la sentencia de vista apreció que el interés indebido de Del Solar Portal y Aparicio Mosselli se produjo cuando se interesaron en el Proyecto Los Álamos de forma previa a la presentación del Proyecto en el Banmat, ocurrida el día trece de mayo de dos mil cinco. De esta manera, según el Tribunal Superior, indebidamente permitieron que el Proyecto “Los Álamos” usara el logotipo

del Banmat en su material impreso de promoción como entidad financiera, así como el logotipo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, lo que tuvo lugar el día veintiuno de marzo de dos mil cinco. Igualmente, el interés indebido se expresó en el hecho de que a través del Gerente de Inversiones y Colocaciones, Roberto Me Farlane Vidal, se convocó al Comité de Colocaciones para evaluar y aprobar, el día veintiocho de junio de dos mil cinco, la solicitud de financiamiento planteada por la empresa Consorcio Los Álamos.

El interés indebido se articuló desde antes que el proyecto ingresó a la Mesa de Partes de Banmat, el trece de mayo de dos mil cinco. Además, en un primer momento Banmat, cuyo objetivo institucional era otorgar créditos bajo la modalidad de construcción de viviendas a personas de escasos recursos a promotores privados, tenía establecido que los promotores debían ser propietarios del terreno donde se iba a realizar el proyecto de construcción de viviendas (Procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT) -el acuerdo del Directorio de Banmat número veintiocho guión cero cinco guión cero dos, de diecinueve de marzo de dos mil dos, así lo establecía-. Esa condición, empero, se modificó el cuatro de abril de dos mil cinco para que Banmat también financie al promotor la adquisición del terreno -el inicio del procedimiento de modificación tuvo lugar el seis de enero de dos mil cinco cuando Del Solar Portal solicitó la modificación de las condiciones generales para el otorgamiento de financiamiento por Banmat-.

SÉPTIMO. Que los hechos indiciarlos, indicadores o base, respecto de los cuales no existe controversia, son: 1. La autorización para figurar el logo de Banmat y del Ministerio de Vivienda en los folletos y comunicaciones de difusión y propaganda del Consorcio Los Álamos, antes de la aprobación del financiamiento del proyecto de viviendas. 2. El cambio del procedimiento para autorizar el financiamiento del terreno materia del proyecto de construcción de viviendas, citación para la reunión del Comité de Colocaciones en un mismo día, en el también se aprobó el proyecto en cuestión.

A partir de estos hechos se entendió que medió un interés indebido en provecho del Consorcio Los Álamos para otorgarle la aprobación de su proyecto de construcción de viviendas. Se aplicó máximas de experiencia, generales o comunes, en cuya virtud si se realizan conductas de coordinación o, en todo caso, de concertación con los promotores antes de la presentación formal de un proyecto de financiamiento, variando el procedimiento de otorgamiento de créditos y autorizando la utilización de logos oficiales para la difusión del proyecto, su carácter indebido resulta manifiesto.

El tema en debate es entonces, primero, ¿son esos todos los indicios terminantes para una tal conclusión incriminatoria?; y, segundo, ¿son esas las máximas de experiencia a las que debió acudir?

OCTAVO. Que, al respecto, es importante tener presente que la sentencia de primera instancia estableció que no se probó: 1. Que el imputado Aparicio Mosselli ordenara la modificación del Procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres guión GT para incluir en él la posibilidad de financiamiento del terreno en proyectos inmobiliarios. 2. Que dicho encausado se interesó directamente en la aprobación por el Comité de Colocaciones del proyecto inmobiliario del Consorcio Los Álamos, obviando el cumplimiento de una serie de requisitos previos. 3. Que el referido acusado se interesó directamente en firmar las adendas uno, dos y tres del Convenio de Financiamiento entre el Banmat y el Consorcio Los Álamos.

El fallo de primera instancia solo resaltó las gestiones previas a la aprobación del proyecto, incluso antes de la presentación formal de la solicitud de financiamiento. las que estimaron indebidas y significativas de una negociación incompatible con la imparcialidad y objetividad en la actuación de un funcionario público.

NOVENO. Que, sobre el particular, es de subrayar algunos puntos relevantes, de cara al análisis indiciario. 1. Que el Acuerdo del Directorio de Banmat número veintidós guión cero dos, de diez de diciembre de dos mil dos, se suprimió la obligación del promotor de

entregar como aporte inicial el terreno, de modo que -aun cuando sobre su interpretación existen declaraciones variadas de varios de los Directores [fundamentos cuarenta y uno y cuarenta y nueve de la sentencia de primera instancia]-. 2. Que la fecha de presentación del Proyecto de Vivienda Los Álamos fue el trece de mayo de dos mil cinco y éste se aprobó en la sesión del Comité de Colocaciones el veintiocho de junio de dos mil cinco, aunque es verdad que la orden de agendarlo para la sesión del Comité, la realización de la sesión del Comité y la aprobación ocurrió en un mismo día: veintiocho de junio de dos mil cinco -aunque el convenio se firmó el once de julio de dos mil cinco-. Que los pasos para modificar el Procedimiento del “Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario” se iniciaron el seis de enero de dos mil cinco y culminaron con la efectiva reforma el cuatro de abril de dos mil cinco -antes de la fecha de presentación formal del Proyecto de Vivienda Los Álamos (trece de mayo de dos mil cinco)-, aunque con anterioridad a la intervención del Banmat en la celebración del acuerdo preparatorio de compromiso de compra venta del terreno donde se realizaría el Proyecto de Vivienda -celebrado el día uno de marzo de dos mil cinco-. 4. Que la autorización para la utilización del logo institucional se produjo el veintiuno de marzo de dos mil cinco, después de la celebración del acuerdo preparatorio con los Bancos de Crédito y Financiero y antes de la presentación formal del Proyecto por parte de Consorcio Los Álamos ante el Banmat.

DÉCIMO. Que, ahora bien, es de precisar que en materia de hechos declarados probados y no probados en primera instancia, si la sentencia no es absolutoria y no observa o cuestiona sus términos el Ministerio Público, no cabe al Tribunal de Apelación declarar probados hechos que fueron excluidos del *factum* condenatorio por el Tribunal de Primera Instancia. El juicio histórico del fallo condenatorio recurrido, salvo observaciones puntuales de la Fiscalía actuante en ese grado, o de error patente, de mero carácter material, o que revelen ambigüedad o contradicción interna evidente, del órgano jurisdiccional en el relato fáctico, no puede ser ampliado en lo esencial para incor-

porar lo que el Tribunal de Primera Instancia excluyó desde la *questio facti*.

De procederse en sentido contrario, la sentencia de vista sería extrapctita y violaría el principio de congruencia procesal.

Por ende, debe estarse a lo señalado en el fundamento jurídico séptimo.

DÉCIMO PRIMERO. Que si lo relativo a la modificación del procedimiento de actuación de los órganos ejecutivos del Banmat no puede ser atribuido a un acto de interés irregular o incompatible, tanto más si el Directorio no tenía prohibida tal posibilidad -que el financiamiento del Proyecto incluya la adquisición del terreno- desde mucho antes, a fines de dos mil dos [fundamento jurídico octavo, punto uno]. Además, si no se interesó en la citación del Comité de Colocaciones para la aprobación del Proyecto del Consorcio Los Álamos, resulta notoriamente insuficiente poder deducir, sin fisuras ni lagunas fácticas -presencia de otros indicios alrededor del hecho indicado-, que se perpetró una negociación incompatible.

De otro lado, el Procedimiento del Banmat exigía por parte del promotor privado presentación de la solicitud de financiamiento con el cumplimiento de los requisitos fijados; y, para su concreción -tratándose de una entidad financiera-, era obvio reuniones previas y coordinaciones constantes entre el promotor y los responsables del Banmat, precisamente para garantizar que los documentos solicitados no presenten omisiones y contengan todas las pautas legal y financieramente exigibles. Por lo demás, si era del caso financiar la adquisición del terreno, el vendedor -dueño del bien- debía asegurar el pago y el Banmat tener firme que ese terreno se utilizaría para el proyecto y que estaba garantizada la operación de compra-venta.

Es de resaltar que no puede calificarse de “inusual” lo concerniente a la aprobación del proyecto de financiamiento presentado Consorcio Los Álamos. El análisis de ese punto requiere tener presente (i) que

la documentación técnica se había completado y que la solicitud se presentó cuarenta días antes; (ii) que es pauta regular en órganos colegiados cuando se agenda un punto resolverlo en ese momento si tiene consistencia en los informes técnicos correspondientes -nada de eso se declaró probado que no existía-, y (iii) que, luego, el convenio se firmó trece días después. Si se afirma que fue inusual, entonces, esa afirmación sostenida desde un juicio de comparación de la actividad del Comité respecto de los tiempos utilizados requería de un fundamento probatorio específico. La regla de experiencia técnica estaba necesitada de prueba y esta prueba debía aportarla la acusación por imperio de la garantía de presunción de inocencia, lo que no hizo.

DÉCIMO SEGUNDO. Que Banmat es, como quedó expuesto, una entidad financiera. El financiamiento de proyectos de vivienda tiene sus propias reglas y pautas de gestión; no se está, en estos casos, ante un proyecto de inversión pública o una licitación para la adquisición o venta de bienes o servicios por la Administración. El banco debía cumplir sus metas de colocaciones y financiar proyectos de vivienda de acuerdo a su objeto social. Los responsables del mismo debían procurar el interés de la institución y el cumplimiento de los fines públicos o de política social del Estado, luego, no toda reunión o entrevista, previa a la presentación formal de la documentación, puede tildarse de indebida. Lo será cuando vulnere sus disposiciones internas, no cuide la corrección de la documentación aportada por el promotor, se financien proyectos distintos de los fijados institucionalmente, se prefiera proyectos deficientes en desmedro de otros social y financieramente adecuados, se impongan condiciones de pago irrazonables, se opte por proyectos de personas vinculadas, etcétera.

En el presente caso no se declaró probado que el convenio cuestionado fue financieramente inadecuado, que por falta de cuidado o por omisión dolosa se incorporó documentación falsa o deficiente o que no se incorporó la necesaria información o estudios técnicos para asegurar la viabilidad de la colocación de fondas, que la ejecución del

convenio se interrumpió con perjuicio al Banmat y que éste quedase imposibilitado de recuperar su acreencia, que existió algún vínculo mercantil precedente entre los integrantes del Consorcio y los responsables del Banmat.

DÉCIMO TERCERO. Que es verdad que se autorizó, con carácter previo, la utilización del logo institucional para la difusión de un proyecto de vivienda aún no aprobado, así como que, antes de formalizar el cambio del procedimiento de otorgamiento de financiamiento, mediaron reuniones previas con el Banco de Crédito y el Banco Financiero para garantizar el financiamiento de la adquisición de terreno por parte de Consorcio Los Álamos.

Tales hechos, sin embargo, deben analizarse en el ámbito de la totalidad de gestiones realizadas entre el Consorcio y Banmat, de la naturaleza de la actividad financiera y de las exigencias para el financiamiento y de un proyecto de viviendas para personas de escasos recursos. Las máximas de experiencia son técnicas, no comunes, vinculadas al ámbito financiero.

No es, en sí mismo, irregular adelantar pasos antes de culminar el trámite de la concesión de un financiamiento. Cuando se autorizó la utilización del logo ya se contaba con el acuerdo preparatorio para la adquisición del terreno y, además, ese negocio se concretó en sus primeros pasos al aprobarse ulteriormente el financiamiento del proyecto del Consorcio. El aseguramiento del financiamiento del proyecto se produjo, en un primer paso firme, con el acuerdo preparatorio de compra venta del terreno. Examinar aisladamente ambos hechos excluyendo el contexto en que se produjeron y la naturaleza de la actividad bancaria, aun cuando del Estado, no permite definir la gravedad de los indicios exigibles e identificar la máxima de experiencia que debe utilizarse.

DÉCIMO CUARTO. Que, en consecuencia, los indicios no son lo plural y convergentes para dar por acreditados los cargos objeto de acusación, delimitados en por la sentencia de primera instancia, y las

máximas de experiencia utilizadas no son las que debían aplicarse en supuestos de actividades financieras y del sector construcción. Existen, además, contraindicios no tenidos en cuenta y hechos que en segunda instancia se dieron por probados cuando en primera instancia se excluyeron por falta de pruebas. Todo ello hace que el juicio de culpabilidad no se corresponda con las exigencias normativas en materia de reglas de prueba penal en relación con los elementos del tipo legal de negociación incompatible. La motivación no es suficiente y el juicio de razonabilidad en orden a la inferencia no supera el baremo de lo constitucionalmente exigible para justificar que, en efecto, se enervó la presunción constitucional de inocencia.

Siendo así, la conclusión debe ser absolutoria y hacerlo sin reenvío -juicios rescindente y rescisorio-. Si las exigencias de la prueba indiciaria no se han cumplido procede la absolución, no la nulidad del fallo.

DÉCIMO QUINTO. Que, en vista que el delito de negociación incompatible no ha sido acreditado más allá de toda duda razonable, la absolución no solo corresponde a uno de los imputados: al recurrente Aparicio Mosselli, sino también a su coimputado Del Solar Portal y al titular, como cómplice primario, del Consorcio Los Álamos, encausado Izaguirre Uribe. Los tres están en la misma situación jurídica en relación al hecho acusado.

El efecto extensivo en lo favorable del recurso de casación para los encausados no recurrentes -o, por extensión, cuyo recurso fue desestimado por razones formales- se encuentra contemplado en el artículo 408° numeral 1 del Nuevo Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado JORGE RICARDO APARICIO MOSSELLI de fojas quinientos cuarenta y siete, de veintiuno de julio de dos mil quince. En consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y siete, de siete de julio de dos mil quin-

ce, en cuanto confirmando en un extremo y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, lo condenó como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a dos años de pena privativa de libertad efectiva y cuatro años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil; con costas. **II.** Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, que condenó al recurrente como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado; con lo demás que contiene; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por el referido delito en agravio del Estado. En tal virtud, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en lo que él respecta, y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales. **MANDARON** se proceda a su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanado de autoridad competente; oficiándose. **III. EXTENDIERON** los efectos de esta decisión a los encausados Raúl Emilio del Solar Portal y Luis Felipe Izaguirre Uribe, condenados por delito de negociación incompatible en agravio del Estado y les impuso al primero cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y cuatro años de inhabilitación, y al segundo y tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años, y tres años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil. En consecuencia: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada contra ellos, al primero por autoría y al segundo por complicidad primaria, por delito de negociación incompatible en agravio del Estado. **DECRETARON** se archive el proceso definitivamente en lo que a ellos concierne, y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales. **IV. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para los fines legales correspondientes y se levanten las medidas de coerción dictadas en su contra. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema. Intervienen los señores jue-

ces supremos José Antonio Neyra Flores y César Hinostroza Pariachi por licencia de los señores jueces supremos Víctor Prado Saldarriaga y Jorge Luis Salas Arenas, respectivamente.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
BARRIOS ALVARADO
HINOSTROZA PARIACHI
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N.º 351-2015-SANTA

Comportamiento en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo

Sumilla. En este delito se configura un desdoblamiento en el actuar del agente dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene; actúa como funcionario representante de la administración pública y, a la vez, representa intereses particulares, con lo cual pretende obtener un provecho personal o a favor de un tercero.

Lima, once de enero de dos mil dieciséis.

VISTO: el recurso de nulidad formulado por don Luis Alberto Vigo Bardales (folio novecientos cuarenta y nueve), con los recaudos adjuntos. Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de nueve de enero de dos mil catorce (folio novecientos veintidós), emitida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Chimbote, de la Corte Superior de Justicia del Santa, que condenó al

recurrente Vigo Bardales como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible en agravio de la Universidad Nacional del Santa, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años; con lo demás que contiene.

2. SÍNTESIS DE LOS AGRAVIOS

El encausado cuestionó la sentencia condenatoria y sostuvo que:

2.1. No se logró acreditar la comisión del delito y la responsabilidad penal del recurrente; quien en su condición de veedor no tuvo participación en la decisión de la adjudicación.

2.2. Tampoco se efectuó el peritaje respectivo, a fin de demostrar si su voz es la que corresponde al audio presentado por la testigo doña Lissa Salvador Moreno.

2.3. Por ello, solicita la nulidad de la sentencia recurrida y se efectúe un nuevo análisis del acervo probatorio, luego de lo cual se le deberá absolver de los cargos formulados en la acusación fiscal.

3. SINOPSIS FÁCTICA SEGÚN LA IMPUTACIÓN

Se imputó a Vigo Bardales, veedor destacado por la Oficina de Auditoría Interna para fiscalizar el proceso de selección o adjudicación de canastas de víveres para los trabajadores de la Universidad Nacional del Santa (UNS), el delito de negociación incompatible por haber mantenido comunicación con la testigo doña Lissa Micaela Salvador Moreno, jefa de Imagen de Inversiones SKA S. A. C., una de las empresas postoras; a fin de beneficiarla en el proceso de selección N.º 002-2007, para la adquisición de canastas de víveres para los trabajadores de la entidad agraviada ejecutado en el dos mil siete; en el cual también participó la Distribuidora Tany que resultó ganadora en la primera licitación, pese a haber presentado documentación adulterada, tal como le indicó el encausado a la referida testigo; habiendo omitido

poner en conocimiento las irregularidades ocurridas, trasgrediendo las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA PENAL

Mediante Dictamen N.º 1225-2015-MP-FN-1ºFSP (folio veintinueve, del cuadernillo formado en esta instancia), la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se debe declarar no haber nulidad en la sentencia recurrida; por cuanto de las pruebas obrantes en autos se logró acreditar la responsabilidad penal del procesado, por lo que sus argumentos del recurso no son atendibles.

CONSIDERANDO

PRIMERO: ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Según la imputación, los hechos materia del presente proceso ocurrieron el dos mil siete; y en atención a la pena conminada para el delito materia de acusación fiscal y a lo previsto en el artículo trescientos noventa y nueve, del Código Penal, a la fecha la acción penal se encuentra vigente.

SEGUNDO: SUSTENTO NORMATIVO

2.1. El artículo trescientos noventa y nueve, del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28355, sanciona con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, e inhabilitación conforme con los incisos uno y dos, del artículo treinta y seis, al 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.

2.2. El artículo doscientos ochenta y cinco, del Código de Procedimientos Penales, regula el contenido de la sentencia condenatoria y precisa que deben valorarse las declaraciones de los testigos o las demás

pruebas en que se funda la culpabilidad, las circunstancias del delito y la pena principal que debe sufrir el reo.

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo tiene como verbo rector del tipo penal el término interesar, que significa ‘atañer’, ‘concernir’, ‘incumbir’, ‘comprometer’ o ‘importar algo’ y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo¹; es decir, este importar o interesar es en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de otros².

3.2. El interesarse indebidamente debe entenderse como un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero, a la vez, representa intereses particulares, con los cuales pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la administración pública³.

3.3. El delito puede cometerse en cualquier etapa del contrato o la operación, por ello el interés que se revela a través de actos objetivos puede darse en la etapa de la negociación, durante la suscripción, en su ejecución o en la liquidación del contrato u operación⁴.

1 Salinas Siccha, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Tercera edición. Lima: Editorial Grijley E. I. R. L., 2014, p. 566.

2 Ver Ejecutoria Suprema N.º 253-2012-Piura, Sala Penal Permanente.

3 Salinas Siccha, ob. cit., 2014, p. 568.

4 Tomado de Castillo Alva, José Luis. El delito de negociación incompatible. Primera edición. Lima: Pacífico Editores S. A. C., 2015, pp. 41-43.

3.4. La testigo doña Lissa Micaela Salvador Moreno, jeta de Imagen de Inversiones SKA S. A. C., una de las empresas postoras, declaró a escala preliminar, judicial y en el juicio oral (folios ciento treinta y cuatro, doscientos cincuenta, y ochocientos sesenta y cinco, respectivamente), que se reunió con el procesado el veintiocho de marzo de dos mil siete, en el restaurante Venecia de la ciudad del Santa, quien le dijo que favorecería a su representada en el proceso de selección N.º 002-2007-UNS, a cambio de una ventaja económica; asimismo, le manifestó que había asesorado a la empresa postora Distribuidora Tany, ganadora de la primera licitación, para que presente documentación adulterada. Hecha la propuesta puso en conocimiento de uno de los propietarios de Inversiones SKA S.A.C. y decidieron que grabaría al encausado; finalmente, discrepó con lo planteado por este y su representada no ganó el proceso de selección, adjudicándose el proceso de selección N.º 002-2007-UNS, a la empresa Tany.

3.5. La imputación de la testigo Salvador Moreno se corrobora con los dos audios de las conversaciones que mantuvo con el acusado respecto al proceso de licitación, cuyas transcripciones obran en los folios ciento trece a ciento quince; advirtiéndose del contenido de estos diálogos que Vigo Bardales le ofreció favorecer a su representada en la segunda licitación, a cambio de cierta ventaja económica.

3.6. En la Hoja Informativa de Control N.º 003-2007-UNS-OCAI, de veintiocho de agosto de dos mil siete, cursada por el Jefe de la Oficina Central de Auditoría Interna al Rector de la Universidad Nacional del Santa (folio ciento dos), se concluyó que la voz masculina de los audios grabados por la testigo doña Lissa Salvador correspondía al procesado; en el primer audio era bastante claro y alusivo a su persona, y el segundo audio pese a tener interferencia se hacía referencia a la anterior conversación.

3.7. El encausado negó los cargos imputados alegando que no era su voz la del audio y que tampoco tuvo injerencia alguna en los procesos de selección; aceptó que se reunió con la testigo y un grupo de

amigos por el cumpleaños de ella, mas no para tratar temas referentes a la adjudicación; además, que esa reunión fue después de terminado el proceso de licitación. Sin embargo, en el juicio oral (folio ochocientos treinta y cuatro) varió su versión y manifestó que mantuvo comunicación con la referida testigo por teléfono celular, antes y durante el segundo proceso de selección.

3.8. El acusado y la testigo Salvador Moreno fueron confrontados en el nuevo plenario (folio ochocientos sesenta y siete), manteniéndose cada uno en sus dichos.

3.9. No se efectuó la pericia para determinar si la voz masculina del audio era del procesado, conforme se ordenó en la Ejecutoria Suprema de veintitrés de enero de dos mil catorce (folio setecientos sesenta y ocho); debido a la imposibilidad señalada por los peritos de Criminalística de Alta Tecnología de la Gerencia de Criminalística en el Informe N.º 070-2014-MP-FN-JN-IML/GEGRIM-AT (folio ochocientos ochenta y cuatro).

3.10. Sin embargo, el mismo acusado aceptó haberse comunicado por el teléfono celular con la testigo Salvador Moreno días antes y durante el segundo proceso de adjudicación y, posteriormente, haberse reunido con ella con motivo de su cumpleaños; motivo que la testigo ha negado alegando que no eran amigos, por lo tanto, no podía haberle invitado a celebrar su onomástico; además, en la reunión en el restaurante Venecia solo estuvieron los dos, habiendo pagado ella la cuenta, tal como declaró.

3.11. Respecto a que el recurrente no tuvo injerencia en el proceso de selección, cabe precisar que este, como veedor de la Oficina de Control de la UNS, tuvo contacto y comunicación con los miembros de la comisión, con probabilidad, por tanto, de influir para beneficiar a la postora en el proceso de licitación, tal como la testigo señaló, quien además dijo que el encausado la asesoró para que presentara su propuesta conforme con los requerimientos que la universidad solicitaba.

3.12. En consecuencia, se aprecia en los actos desplegados un comportamiento doloso atribuible al encausado, por lo que al reunir la conducta de este todos los elementos constitutivos del tipo penal juzgado, la sentencia se encuentra arreglada a ley, habiéndose llegado a desvanecer la presunción de inocencia que le asistió, como se indica en la sentencia recurrida, en que por lo demás no se incurrió en causa de nulidad; por lo tanto, debe confirmarse la condena y pena contra el recurrente.

DECISIÓN

Por ello, de conformidad con lo opinado por la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, **ACORDAMOS:**

Declarar **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de nueve de enero de dos mil catorce (folio novecientos veintidós), emitida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Chimbóte, de la Corte Superior de Justicia del Santa, que condenó a don **Luis Alberto Vigo Bardales** como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de negociación incompatible en agravio de la Universidad Nacional del Santa, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años; con lo demás que contiene. Hágase saber y devuélvase. Interviene el señor juez supremo Hinostroza Pariachi, por licencia del señor juez supremo Prado Saldarriaga.

S.S.

SAN MARTIN CASTRO

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N° 380-2015-AREQUIPA

Plazo de prescripción en el delito de negociación incompatible

Sumilla. El bien jurídico solo se verá afectado cuando el funcionario o servidor público lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de imparcialidad y objetividad en la celebración de cualquier contrato u operación en que interviene por razón cargo que desempeña dentro de la Administración Pública. La naturaleza del interés cuestionado debe ser económico, lo que se deduce del propio texto normativo. Por tanto, es evidente que rige la dúplica del plazo de prescripción debido que trajo consigo la lesión del patrimonio estatal y municipal. En consecuencia, a la fecha no ha prescrito.

Lima, veintiocho de enero de dos mil dieciséis

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE AREQUIPA contra la sentencia de fojas cuatro mil cuatrocientos ochenta y uno, de treinta y uno de octubre de dos mil catorce, que declaró fundada la excepción de prescripción interpuesta por la defensa de los encausados Víctor Fernando Huarca

Usca, Felipe Damián Coaguila Zegarra, Percy Faustino Vizcarra Guillén y Mateo Cari Choquehuanca; en el proceso penal que se les seguía por delito de aprovechamiento indebido del cargo (artículos 397° del Código Penal, modificado por la Ley número 27074, de veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve, y 399° del Código Penal, modificado por la Ley número 28355, de seis de octubre de dos mil catorce), en agravio de la Municipalidad Distrital de Majes y de la Autoridad Autónoma de Majes en adelante, AUTODEMA-.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas cuatro mil quinientos seis insta se reforme y declare infundada la excepción de prescripción. Alega que el bien jurídico en el delito de negociación incompatible es el patrimonio del Estado, por lo que el plazo de prescripción se duplica (artículo 80° in fine del Código Penal); que aun cuando el bien jurídico protegido desde una perspectiva general es el recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la administración Pública y, concretamente, el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos, es de entender que el bien jurídico específico solo será afectado cuando el agente oficial lesiona el patrimonio del Estado con infracción de sus deberes de lealtad y probidad; que, en consecuencia, al determinarse la existencia de un perjuicio patrimonial en el delito de negociación incompatible por funcionarios públicos es procedente estimar la duplica en el plazo de prescripción -el plazo extraordinario vencerá el veintinueve de noviembre de dos mil veintidós-.

SEGUNDO. Que se atribuye a los encausados -alcalde, regidores y funcionarios de la Municipalidad Distrital de Majes- la comisión del delito de aprovechamiento indebido del cargo. Los citados encausados intervinieron en los Acuerdos de Consejo número cero treinta y cuatro guión dos mil cuatro guión MDM, de once de marzo de dos mil

cuatro, y número cero cuarenta guión dos mil cuatro guión MDN, de diecinueve de abril de dos mil cuatro, que aprobaron el saneamiento legal, técnico y contable de los bienes inmuebles de la Municipalidad agraviada y ratificaron la titularidad de la misma de todos los predios urbanos y de expansión urbana en Majes. Asimismo, por Resolución de Alcaldía número cero cuarenta y ocho guión dos mil cuatro, de diez de marzo de dos mil cuatro, se dispuso el saneamiento de diversos predios, entre ellos los que se hallaban inscritos a nombre de AUTODEMA y que no habían sido transferidos a la Superintendencia de Bienes Nacionales. Igualmente, por Resolución de Alcaldía número cero cuarenta y nueve guión dos mil cuatro, se incorporó como bienes inmuebles de propiedad de la Municipalidad agraviada los saneados por la Resolución de Alcaldía anterior y se ordenó paralización inmediata de obras de habilitación urbana que venía realizando AUTODEMA. Estas decisiones se realizaron pese a las múltiples advertencias de la Superintendencia de Bienes Nacionales para que se abstuvieran de disponer de predios que aún no eran de su propiedad y con contravención de la Ley número 28099 que autorizaba a la Superintendencia la determinación de los terrenos objeto de transferencia.

Los imputados -según los cargos- se interesaron en las adjudicaciones de los terrenos de Majes-AUTODEMA y otorgaron gratuitamente a favor de terceros diversos inmuebles: Instituto Superior Pedagógico de Majes (Resolución de Alcaldía de veintidós de mayo de dos mil cuatro), Universidad Alas Peruanas (veintidós de abril de dos mil cuatro), Empresa Inversiones Vita Sociedad de Responsabilidad Limitada o Asociación Edgardo Mercado Jarrín (quince de noviembre de dos mil cuatro), Asociación Agro Industrial San Benito (quince de noviembre de dos mil cuatro), Asociación de Agricultores y Ganaderos “Los Pinos” (treinta y uno de diciembre de dos mil tres), Federación de Periodistas del Perú (treinta y uno de noviembre de dos mil cuatro), constancia de posesión a favor de Domitila Solísán (Constancia de fecha diecinueve de agosto de dos mil cuatro y Resolución de Alcaldía de siete de enero de dos mil cinco), inscripción y sorteo de lotes a colonos

y otras personas (veintiuno de abril de dos mil cuatro). Asimismo, se adjudicó un terreno en El Pedregal a Fidel Ramírez Prado y Algemiro Ramírez Prado (tres de agosto de dos mil cuatro) por treinta y cinco mil cincuenta y tres soles con treinta y cinco céntimos, del que solo se canceló siete mil soles; a micro empresarios AMEIN (Acuerdo de Consejo número cero treinta y seis guión dos mil cuatro, de veintiuno de abril de dos mil cuatro, de veintiuno de abril de dos mil cuatro) por dos millones doscientos veinticinco mil soles, del que solo se pagó doscientos treinta y cinco mil soles; y, Asociación de Pobladores sin Vivienda (diecinueve de abril de dos mil cuatro).

Así consta de la acusación fiscal de fojas mil novecientos cincuenta, aclarada a fojas mil novecientos ochenta y ocho, dos mil ciento noventa y ocho, dos mil setecientos tres y dos mil ochocientos setenta y uno.

TERCERO. Que de los cargos se advierte: (i) que los imputados son funcionarios públicos; (ii) que en la conducta atribuida, causalmente vinculada al ejercicio del cargo, se perjudicó el patrimonio tanto del Estado como de la Municipalidad y de AUTODEMA; y, (iii) que este perjuicio se expresa en la disposición de bienes inmuebles públicos de Majes, sea gratuitamente a un determinado valor, sin referencias concretas ni procedimientos debidos para su fijación y venta -incluso sin garantizar el pago completo que se estableció-, así como con expresa vulneración de las disposiciones de la Superintendencia de Bienes Nacionales y de lo estatuido en la Ley número 28099.

CUARTO. Que el delito acusado es el de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Este delito tiene como objeto genérico de la tutela penal el normal o correcto funcionamiento de la Administración Pública. Se exige que el funcionario o servidor público actúe exclusivamente ajustado a las leyes, al margen de presiones o intereses extraños.

El objeto específico de tutela se circunscribe a la salvaguarda de la imparcialidad y objetividad del funcionario o servidor público en el

desempeño de su cargo. El agente oficial debe cuidar los intereses del Estado al que representa. Por consiguiente, el bien jurídico solo se verá afectado o lesionado materialmente cuando el funcionario o servidor público lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de imparcialidad y objetividad en la celebración de cualquier contrato u operación en que interviene por razón cargo que desempeña dentro de la Administración Pública. La naturaleza del interés cuestionado debe ser económico-el contrato u operación ha de tener naturaleza económica-, lo que se deduce del propio texto normativo de los artículos 397 y 399 del Código Penal, en sus diversas modificaciones [Confróntese: SEBASTIÁN SOLER: Derecho Penal Argentino, Tomo V, edición TEA, Buenos Aires, mil novecientos ochenta y tres, página ciento noventa].

QUINTO. Que cuando, causalmente, la conducta del agente oficial afecta directamente el patrimonio del Estado vulnerando deberes del cargo, es evidente que rige la duplica del plazo de prescripción a que hace referencia el artículo 80° in fine Código Penal. El delito en mención es uno contra la Administración Pública, los imputados son funcionarios públicos, la conducta que se les atribuye la cometieron a propósito del ejercicio de sus funciones, y más allá de cualquier consideración acerca de los alcances mínimos de la figura penal objeto del proceso, en tanto sea específicamente funcionarial la conducta en concreto -objeto de enjuiciamiento- trajo consigo la lesión del patrimonio estatal y municipal.

Esta conclusión no está en desacuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil diez diagonal CJ guión ciento dieciséis, de dieciséis de noviembre de dos mil diez. Debe analizarse, siempre, los alcances del tipo legal y la concreta conducta objeto de acusación fiscal.

SEXTO. Que, siendo así, debe duplicarse el plazo extraordinario de prescripción por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. En tal virtud, desde la fecha de comisión

de los hechos delictivos objeto de imputación, no han transcurrido quince años.

DECISIÓN

Por estas razones, con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema Provisional en lo Penal: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatro mil cuatrocientos ochenta y uno, de treinta y uno de octubre de dos mil catorce, que declaró fundada la excepción de prescripción interpuesta por la defensa de los encausados Víctor Fernando Huarca Usca, Felipe Damián Coaguila Zegarra, Percy Faustino Vizcarra Guillén y Mateo Cari Choquehuanca; en el proceso penal que se les seguía por delito de aprovechamiento indebido del cargo (artículos 397 del Código Penal, modificado por la Ley número 27074, de veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve, y 399 del Código Penal, modificado por la Ley número 28355, del seis de octubre de dos mil catorce), en agravio de la Municipalidad Distrital de Majes y de la Autoridad Autónoma de Majes -en adelante, AUTODEMA-. Reformándola: declararon **INFUNDADA** las excepciones de prescripción deducidas a fojas cuatro mil doscientos treinta y uno, cuatro mil doscientos treinta y cuatro y cuatro mil doscientos treinta y seis por la defensa de los citados encausados; en consecuencia, **ORDENARON** prosiga la causa según su estado. **DISPUSIERON** se realice el juicio oral por otro Colegiado. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema. Interviene el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores por impedimento del señor Juez Supremo Jorge Luis Salas

Arenas.

ss.

SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N° 666-2016-ANCASH

Concurso aparente de leyes entre negociación incompatible y patrocinio ilegal

Sumilla. La acusación también imputó, concurrentemente, el delito de patrocinio ilegal. Este delito solo requiere que el agente sea un funcionario o servidor público, sin ninguna función específica en relación a interés particular alguno, y que patrocine esos intereses ante la Administración. No se exige un desdoblamiento, que es propio de la negociación incompatible. El tipo legal de negociación incompatible abarca en su integridad, con exclusión de la figura penal de patrocinio ilegal, todo el injusto típico. La conducta se desarrolló en el marco de una contratación pública; a título de autores se comprende a los miembros del Comité Especial, y, a título de cómplice primario, se incluye al titular de la empresa indebidamente beneficiada. No puede negarse la concurrencia de un plan delictivo y la intervención de los imputados según el rol acordado.

Lima, veintinueve de mayo de dos mil diecisiete.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE ANCASH y los encausados KONNIA LUZ CARRILLO SAN MARTÍN, LUIS PRISCILIANO ESCUDERO SALDARRIAGA y GREGORIO EUTIMIO ALCÁNTARA TARAZONA contra la sentencia de fojas mil trescientos treinta y siete, de doce de febrero de dos mil dieciséis, en cuanto (i) condenó a Luis Prisciliano Escudero Saldarriaga, Jesús Richer Calderón Hueza y Konnia Luz Carrillo San Martín como autores y a Gregorio Eutimio Alcántara Tarazona como cómplice del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba a cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres años, y dos años de inhabilitación, así como al pago solidario de treinta mil soles por concepto de reparación civil; y, (#j) absolvió a Gregorio Eutimio Alcántara Tarazona de la acusación fiscal formulada en su contra como autor del delito de patrocinio ilegal en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba, y a Luis Prisciliano Escudero Saldarriaga, Jesús Richer Calderón Hueza y Konnia Luz Carrillo San Martín de la acusación formulada en su contra como cómplices del delito de patrocinio ilegal en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. DE LAS PRETENSIONES IMPUGNATIVAS

PRIMERO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas mil trescientos noventa y cuatro, de veintidós de febrero de dos mil dieciséis, requiere la anulación de la sentencia de instancia. Aduce que medió error en la interpretación de las normas penales; que equivocadamente se señaló que la conducta del teniente alcalde Alcántara Tarazona no encuadra en el tipo legal de patrocinio ilegal porque un mismo hecho no puede ser calificado en dos figuras penales; que, sin embargo, el cita-

do encausado se aprovechó del cargo y patrocinó intereses de la empresa G&H, de la cual era socio, por lo que cometió, en concurso ideal, los delitos de patrocinio ilegal y negociación incompatible.

SEGUNDO. Que los encausados Carrillo San Martín y Escudero Saldarriaga en su recurso formalizado de fojas mil cuatrocientos, de veintidós de febrero de dos mil dieciséis, instan la absolución de los cargos. Alegan que no sabían que el teniente alcalde Alcántara Tarazona era socio de la empresa que ganó la buena pro, pues la partida registral de la empresa G&H se encuentra en el expediente de contratación no en el de selección; que el requisito de constitución social de la empresa no se exigían en las bases del concurso de selección; que si bien la OSCE informó que la empresa G&S no está inscrita en el Registro Nacional de Proveedores, no así la empresa G&H; que la ausencia de esa constancia solo sería una irregularidad si se constase en el expediente de selección.

TERCERO. Que el encausado Alcántara Tarazona en su recurso formalizado de fojas mil cuatrocientos siete, de veintiséis de febrero de dos mil dieciséis, solicita la absolución de los cargos. Arguye que la acusación se sustenta en el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero esa normativa tiene un contenido distinto al que se alude en la acusación; que la pericia no tiene conclusiones y presenta deficiencias e irregularidades; que los cargos mencionados en la sentencia tienen entidad administrativa; que sus coimputados expresaron no saber que era socio de la empresa ganadora, mientras que él acotó que desconocía que esa empresa concursó y ganó la licitación; que como era regidor no conocía lo que realizaba la empresa G&H, y además al no ser abogado no sabía de los alcances de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

§ 2. DE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS Y DE LOS CARGOS IMPUTADOS

CUARTO. Que los hechos objeto de sentencia y acusación son los:

- A. Los encausados Carrillo San Martín, Escudero Saldarriaga y Calderón Hueza integraron el Comité Especial Permanente de la Municipalidad Provincial de Pomabamba para el ejercicio dos mil ocho. Como tales, participaron en el proceso de selección número ADS número cero cero dieciséis guión dos mil ocho guión GPP guión CEP, para la construcción de dos aulas de la Institución Educativa número ochenta y cuatro mil cero veintinueve de Pajash.
- B. Los tres imputados calificaron positivamente y otorgaron la buena pro a la empresa G&H Contratistas Generales, representada por su Gerente General López Herrera, no obstante que el teniente alcalde de la Municipalidad, Alcántara Tarazona, era socio de la misma, con vulneración del artículo 9, literales b) y d), de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- C. El encausado Alcántara Tarazona se valió de su condición de teniente alcalde para favorecer a la empresa de la que era socio y lograr que gane la buena pro.

§ 3. DEL EXAMEN DE LOS PUNTOS IMPUGNATIVOS

QUINTO. Que los hechos se conocieron por la denuncia interpuesta por la Oficina Defensorial de Ancash de fojas una, de veintiocho de abril de dos mil nueve. Según la pericia contable de fojas ciento treinta y cinco, ratificada a fojas quinientos cuarenta y dos y quinientos cuarenta y tres, la empresa G&H Contratistas Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada ganó la buena pro y realizó la obra. La buena pro la obtuvo el veintidós de agosto de dos mil ocho y suscribió el contrato de Ejecución de Obra el doce de setiembre de dos mil ocho. Los gastos de la obra ascienden a doscientos ocho mil quinientos cincuenta y seis punto treinta y nueve soles.

Las bases del proceso de adjudicación directa corren a fojas novecientos noventa y ocho guión mil treinta y dos. El contrato consta a fojas trescientos dieciséis y el monto de la obra ascendió a doscientos

veintiún mil ciento veintitrés punto noventa y tres soles. El acta de adjudicación de la buena pro del proceso de selección ADS número cero cero dieciséis guión dos mil ocho guión GPP guión CEP a favor de la aludida empresa se encuentra a fojas doce, es de fecha veintidós de agosto de dos mil ocho.

SEXTO. Que, según la Ficha de Inscripción de G&H de fojas seis, desde el treinta de enero de dos mil ocho son socios fundadores el encausado Alcántara Tarazona y el actual Gerente General López Herrera [Ficha Registral de fojas cuatrocientos quince y mil ciento noventa y nueve, así como copia de la escritura pública correspondiente de fojas mil doscientos seis]. Conforme a la modificación parcial del estatuto de dicha empresa de fojas diez, con fecha veinticinco de agosto de dos mil ocho, el encausado Alcántara Tarazona transfirió la totalidad de sus participaciones a Nilber Magno Enríquez Acero, pero tres días antes ganó la buena pro cuestionada [fojas doce]. Esa empresa, además, no está inscrita en el Registro Nacional de Proveedores del Estado, conforme lo comunicó la OSCE según oficio de fojas ciento dieciocho.

La declaración jurada de la empresa de que no tiene ningún impedimento de contratación con el Estado, corriente a fojas mil ciento noventa y siete, es de fecha uno de setiembre de dos mil ocho -como se sabe: el veinticinco de agosto de dos mil ocho operó la transferencia de participaciones de parte del encausado Alcántara Tarazona-. Según el oficio de fojas novecientos noventa y seis, del Gerente Municipal, las bases del proceso de selección establecían la presentación de copia simple del certificado de inscripción vigente en el Registro nacional de Proveedores.

SÉPTIMO. Que, según la declaración del representante de G&H Contratistas Generales SRL, López Herrera, se presentó en la documentación para el proceso de selección el testimonio de escritura pública de constitución de la referida persona jurídica; además, expresó que sabía que el encausado Alcántara Tarazona era funcionario

de la Municipalidad agraviada [declaración plenarial de fojas mil cincuenta y tres].

El encausado Prisciliano Escudero, pese a que negó los cargos, anotó en su instructiva de fojas seiscientos dieciséis y declaración plenarial de fojas novecientos setenta y ocho que la empresa postora debe presentar, entre otros documentos, una declaración de libre contratación y un certificado de estar habilitado, ahora, por la OSCE. En este caso, como se apuntó, la declaración jurada de ausencia de impedimento para contratar con el Estado es de fecha posterior a la adjudicación de Buena Pro y no hubo certificación positiva de la OSCE, pues ésta, a requerimiento judicial, informó negativamente.

El imputado Alcántara Tarazona afirmó desconocer la participación de G&H en la licitación cuestionada y, por tanto, niega haber influenciado en la designación de la misma para la adjudicación de la obra municipal [declaraciones sumarial y plenarial fojas seiscientos veinticinco y mil treinta y seis, respectivamente].

La encausada Carrillo San Martín sostuvo que desconocía que Alcántara Tarazona estaba vinculado a la empresa G&H Contratistas Generales SRL [declaraciones sumarial y plenarial fojas quinientos setenta y cuatro y novecientos setenta y dos, respectivamente]. En ese mismo sentido declaró el acusado Calderón Hueza [declaración sumarial de fojas seiscientos veintiuno].

OCTAVO. Que, siendo así, es obvio, primero, que los miembros del Comité Especial Permanente de la Municipalidad agraviada, conocieron que el encausado Alcántara Tarazona era uno de los que integraba como socio fundador la empresa G&H Contratistas Generales -el contrato social adjuntado a la presentación por el gerente de la misma así lo establecía-. Segundo, que se calificó y declaró ganadora a dicha empresa pese a que no podía intervenir tanto porque no había presentado certificación positiva de la OSCE cuanto porque el teniente alcalde de la Municipalidad era uno de los socios fundadores de la misma. Tercero, que tal situación se pone en evidencia a partir de dos

datos centrales: a) venta inmediata de las participaciones de Alcántara Tarazona en la empresa, y b) que a la firma del contrato tal transferencia ya se había consolidado. De estos datos v incriminatorios, desde luego, tampoco es ajeno el propio Alcántara Tarazona.

Luego, en los hechos están involucrados los tres integrantes del Comité Especial y el teniente alcalde Alcántara Tarazona.

NOVENO. Que es evidente que los encausados Carrillo San Martín, Escudero Saldarriaga y Calderón Hueza, como integrantes del Comité Especial Permanente de la Municipalidad Provincial de Pomabamba para el ejercicio dos mil ocho, decidieron otorgar la buena pro a la empresa G&H Contratistas Generales SRL, pese a que era evidente su imposibilidad de postular y contratar con el Estado, y no obstante que no había siquiera cumplido con los requisitos estipulados en las bases.

Se está ante un supuesto de negociación incompatible (artículo 399 del del aludido Comité Especial, otorgar la buena pro a una empresa que no podía ni merecía ser ganadora y contratar con la Municipalidad -volcaron en la decisión una pretensión de parte no administrativa-. El fundamento de esta incriminación es, como se sabe, evitar la parcialidad del agente sin Código Penal), pues decidieron, abusando de sus cargos como miembros atender a la causa que lo impulsa [DONNA, EDUARDO ALBERTO: Delitos contra la Administración Pública, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, dos mil ocho, página trescientos sesenta y dos].

Esta negociación incompatible se extiende, como cómplice primario, al teniente alcalde Alcántara Tarazona, miembro accionista de la empresa G&H Contratistas Generales SRL, el mismo que como tal se prestó a esa intervención legalmente proscrita -y, por ello, completa la conducta típica-. Su condición de ser uno de los dos socios fundadores de la empresa, formada ese mismo año dos mil ocho -una pequeña empresa, sin duda, en la que incluso el gerente general era el otro socio-, determina tanto que el conocimiento de la participación

en ese proceso de contratación pública no pueda ser negado, cuanto que estaba en condiciones de concretar la obtención de la buena pro.

DÉCIMO. Que, en el presente caso, la acusación también imputó, concurrentemente, el delito de patrocinio ilegal, previsto y sancionado en el artículo 385 del Código Penal. Este delito solo requiere que el agente sea un funcionario o servidor público, sin ninguna función específica en relación a interés particular alguno, y que patrocine esos intereses ante la Administración. El funcionario patrocina, es decir, promueve, favorece, auspicia o recomienda intereses particulares, ajenos a la Administración. No se exige un desdoblamiento, que es propio de la negociación incompatible [CREUS, CARLOS: Delitos contra la Administración Pública, Editorial Astrea, mil novecientos noventa y nueve, página doscientos noventa y nueve].

Desde el suceso histórico global, el tipo legal de negociación incompatible abarca en su integridad, con exclusión de la figura penal de patrocinio ilegal, todo el injusto típico. La conducta se desarrolló en el marco de una contratación pública; a título de autores se comprende a los miembros del Comité Especial, y, a título de cómplice primario, se incluye al titular de la empresa indebidamente beneficiada. El encausado Alcántara Tarazona, socio fundador de la empresa G&H Contratistas Generales SRL, no solo conoció que esa empresa no podía intervenir en esa adjudicación directa, sino que, de uno u otro modo, en razón de su cargo de teniente alcalde, superior jerárquico de sus coimputados, prestó auxilio o ayuda para que tal participación de la empresa tenga lugar e intervino en que se concrete la obtención de la buena pro por los autores. No puede negarse, tampoco, la concurrencia de un plan delictivo y la intervención de los imputados según el rol acordado.

En consecuencia, el recurso respecto a la absolución por el delito de patrocinio ilegal debe desestimarse y así se declara.

No está en discusión la determinación de la pena y de la reparación civil.

DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo penal: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil trescientos treinta y siete, de doce de febrero de dos mil dieciséis, en cuanto (i) condenó a Luis Prisciliano Escudero Saldarriaga y Konnia Luz Carrillo San Martín como autores y a Gregorio Eutimio Alcántara Tarazona como cómplice del delito de negociación incompatible en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba a cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres años, y dos años de inhabilitación, así como al pago solidario de treinta mil soles por concepto de reparación civil; y, (ii) absolvió a Gregorio Eutimio Alcántara Tarazona de la acusación fiscal formulada en su contra como autor del delito de patrocinio ilegal en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba, y a Luis Prisciliano Escudero Saldarriaga, Jesús Richer Calderón Hueza y Konnia Luz Carrillo San Martín de la acusación formulada en su contra como cómplices del delito de patrocinio ilegal en agravio de la Municipalidad Provincial de Pomabamba; con lo demás que contiene y es materia del recurso. **DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para que se inicie ante el órgano judicial competente el proceso de ejecución de la sentencia condenatoria. **HÁGASE** saber a las partes procesales personada

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N° 977-2016-CUSCO

Delito de exacción ilegal

Sumilla. El Tribunal Superior consideró delito de exacción ilegal lo que constituye una infracción administrativa que incide en el Derecho Presupuestal, interpretó indebidamente el artículo de exacción ilegal del Código Penal. La conducta declara probada si bien es ilícita -injusto administrativo- no es delictiva. Siendo así, debe ampararse el recurso de casación por el motivo invocado y, actuando como instancia corresponde dictar la respectiva sentencia absolutoria. Esta conclusión torna innecesario examinar el título de intervención delictiva: si la conducta no es penalmente relevante no puede afirmarse supuestos de autoría o complicidad.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinte de abril de dos mil diecisiete.

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación por vulneración de precepto material interpuestos por los encausados MIGUEL EDMUNDO REVILLA FERNÁNDEZ, JORGE

ISAAC ACURIO TITO y JOSÉ ROSENDO CALDERÓN PACOHUANCA contra la sentencia de vista de fojas ochocientos trece, de veintisiete de julio de dos mil dieciséis, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas quinientos dos, de dos de febrero de dos mil dieciséis, condenó al segundo como autor y a los restantes como cómplices primarios del delito de exacción ilegal en agravio de la Municipalidad Distrital de San Sebastián a tres años de pena privativa de libertad para el segundo, tres años y seis meses de pena privativa de libertad para el tercero y un año de pena privativa de libertad para el primero, cuya ejecución se suspende condicionalmente por el plazo de dos años -salvo un año para Revilla Fernández-, así como al pago de cincuenta mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco emitió la sentencia de vista de fojas ochocientos trece, de veintisiete de julio de dos mil dieciséis, que confirmó en un extremo y revocó en otro la sentencia de primera instancia de fojas quinientos dos, de dos de febrero de dos mil dieciséis, y, en consecuencia, condenó a Jorge Isaac Acurio Tito como autor y a Miguel Edmundo Revilla Fernández y José Rosendo Calderón Pachuanca como cómplices primarios del delito de exacción ilegal en agravio de la Municipalidad Distrital de San Sebastián.

Contra esta sentencia de vista interpusieron recurso de casación los citados encausados.

SEGUNDO. Que, según los cargos objeto de procesamiento, acusación, juicio y sentencia, el encausado Acurio Tito en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Sebastián utilizó el “Pliego de Reclamos del año dos mil ocho” presentado por el sindicato de trabajadores de la indicada Municipalidad para obtener el

incremento ilegal de sus remuneraciones, de los Gerentes y de los Jefes de Área, así como de las dietas de los Regidores. Con este propósito configuró un procedimiento con varios pasos y se concertó con los funcionarios beneficiados (Regidores, Gerentes, Gerente Municipal y Jefes de Áreas).

Es así que por Resolución de Alcaldía número 637-A-2007-MDSS. SG, de fecha diecisiete de diciembre de dos mil siete, designó a los integrantes de la Comisión Paritaria del periodo dos mil ocho, integrada, entre otros, por sus coimputados Miguel Edmundo Revilla Fernández, Gerente de Planeamiento y Presupuesto, y José Rosendo Calderón Pacohuanca, Gerente Municipal. La Comisión quedó instalada el diecinueve de diciembre de dos mil siete. El veintiséis de diciembre de ese mismo año culminó el proceso de negociación, de suerte que se emitió el Informe número doscientos dieciocho - dos mil siete, que concluyó que existía crédito presupuestario suficiente para aumentar las remuneraciones solicitadas. En tal virtud, propuso el incremento de los niveles remunerativos, que dio lugar, previo Informe favorable de la Comisión Técnica Mixta número cero cero uno - dos mil siete, de veintisiete de diciembre de dos mil siete, a la emisión de la Ordenanza Municipal número 041- 2007-CM-MDSS/C, a pesar que la Ley de Presupuesto lo prohibía. El imputado Acurio Tito consintió lo acordado por el Concejo Municipal, y emitió la Resolución de Alcaldía número 685-A-MDSS-SG, de treinta y uno de diciembre de dos mil siete, que aprobó el pliego de reclamos para el ejercicio dos mil ocho.

Una vez fijado el sueldo del Alcalde y altos Funcionarios ediles, los regidores en sesión ordinaria de diez de enero de dos mil ocho, solicitaron se fije sus dietas, para lo cual contó con el Informe favorable número cero cero uno-dos mil ocho- MDSS/GPP, de siete de enero de dos mil ocho, emitido por la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto. Los Regidores por mayoría, abusando de su cargo y eludiendo su labor de fiscalización, emitieron el Acuerdo de Concejo Municipal número cero cero cinco-dos mil ocho-CM-MDSS, por el que dejaron sin efec-

to el Acuerdo Municipal número cero cuarenta y cuatro-dos mil siete-CM-MDSS, de seis de abril de dos mil siete; declararon la aplicación y vigencia del Acuerdo de Concejo Municipal número cero cero seis-dos mil ocho-CM-MDSS, de veintiséis de enero de dos mil ocho; y, fijaron como dietas para los regidores la suma de tres mil novecientos soles mensuales, con vulneración del artículo 5 de la Ley número 29142, de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal dos mil ocho, que estipulaba la prohibición de reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones y dietas.

TERCERO. Que, a raíz de estos hechos, la Contraloría General de la República emitió el Informe Especial número ciento cuarenta y ocho-dos mil doce-CG/ORCUEE, que concluyó que Jorge Isaac Acurio Tito, Alcalde, Miguel Edmundo Revilla Fernández, Gerente de Planeamiento y Presupuesto, y José Rosendo Calderón Pacohuanca, Gerente Municipal, incrementaron sus sueldos a partir del Convenio Colectivo de dos mil ocho para los funcionarios de los niveles F1- Jefes, F2 - Gerentes, F3 - Gerente Municipal y F4 - Alcalde, y generaron un perjuicio económico a la Municipalidad agraviada, en el periodo dos mil ocho al dos mil diez, que ascendió a la suma de quinientos siete mil setecientos sesenta y seis soles. Respecto al incremento de las remuneraciones al Alcalde y de las dietas a los Regidores otorgados durante el periodo de dos mil ocho al dos mil diez, detectó un perjuicio de setecientos noventa y dos mil setecientos ochenta y tres soles. Del mismo modo, en los años dos mil nueve y dos mil diez se incrementó la remuneración a los funcionarios F1, F2 y F3 que asciende a la suma de treinta y un mil novecientos soles. Todos esos montos hacen un total de un millón trescientos treinta y un mil novecientos cuarenta y nueve soles.

CUARTO. Que el encausado Acurio Tito en su recurso de casación de fojas ochocientos cuarenta y cuatro, de doce de agosto de dos mil dieciséis, introduce tres motivos: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material y quebrantamiento de doc-

trina jurisprudencial. Alega que se interpretó y aplicó incorrectamente los alcances del tipo legal de exacción ilegal al no mediar, según los cargos, exigencia alguna -el concierto de voluntades no integra el verbo típico-; que no se han cumplido dos requisitos de la prueba indiciaria.

El encausado Revilla Fernández en su recurso en su recurso de casación de fojas ochocientos treinta y tres, de doce de agosto de dos mil dieciséis, incorpora tres motivos de casación: vulneración de precepto material, inobservancia de la garantía de motivación y quebrantamiento de doctrina jurisprudencial. Sostiene que se aplicó incorrectamente las normas sobre prescripción de la acción penal; que se vulneró los criterios jurisprudenciales sobre el principio de congruencia; que se infringió la presunción de inocencia y la motivación.

El encausado Calderón Pacohuanca en su recurso de casación de fojas ochocientos sesenta y uno, de doce de agosto de dos mil dieciséis, plantea cuatro motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, quebrantamiento de la garantía de motivación e infracción de doctrina jurisprudencial. Arguye que no se respetó el principio de legalidad; que se interpretó erróneamente el artículo 383 del Código Penal pues no se actuó con abuso de autoridad; que no se siguió la doctrina jurisprudencial respecto a dos requisitos de la prueba indiciaria.

QUINTO. Que, conforme a los recursos de casación de los recurrentes y, esencialmente, a la Ejecutoria Suprema de fojas ciento treinta y uno del cuadernillo de casación, de dieciséis de diciembre de dos mil dieciséis, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- A. El único motivo de casación aceptado está referido a la causal de vulneración de precepto material (artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal).
- B. Por consiguiente, la casación está circunscripta al estricto alcance del tipo legal de exacción ilegal, a los elementos que integran el tipo objetivo de esa figura penal (artículo 383 del Código Penal).

SEXTO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior -sin la presentación de alegato adicional alguno, salvo el escrito ampliatorio, de carácter previo al auto admisorio de la defensa del encausado Acurio Tito, de fojas ciento siete-, se expidió el decreto de fojas ciento cuarenta y ocho, de trece de marzo de dos mil diecisiete, que señaló fecha para la audiencia de casación el día treinta de marzo último.

SÉPTIMO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de los señores letrados José Cabel Noblecilla, abogado defensor de Miguel Edmundo Revilla Fernández, Carlos Andrés García Asenjo, abogado defensor de Jorge Isaac Acurio Tito, y Patrick Enmanuel Pérez Deza, abogado defensor de José Rosendo Calderón Pocohuanca (partes recurrentes), así como del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Mario Alcides Chinchay Castillo (parte recurrida). Concluida la audiencia, a continuación se celebró el acto de la deliberación y votación de la causa en sesión privada en fecha treinta de marzo y diecisiete de abril. Efectuada, tras el preceptivo debate, la votación respectiva y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el artículo 383 del Código Penal, bajo el rótulo de exacción ilegal o cobro indebido, estatuye lo siguiente: “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido...”.

La sentencia de vista afirma la ilegalidad del proceder del Alcalde, del Gerente de Planeamiento y Presupuesto y del Gerente Municipal, de la Municipalidad Distrital de San Sebastián. Los tres altos funcionarios municipales, abusando del cargo que detentaban, en concierto, no obstante su ilegalidad, se hicieron y/o hicieron pagar montos

dinerarios indebidos por tales conceptos a diversos altos funcionarios municipales y a los regidores (remuneraciones y dietas, respectivamente). Esos aumentos vulneraron tanto el Decreto Supremo número cero veinticinco guion dos mil siete guion PCM, de veintiuno de marzo de dos mil siete -que determinaba los ingresos por todo concepto de los Alcaldes Provinciales y Distritales-, como la Ley número 29142, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal dos mil ocho, publicada el diez de diciembre de dos mil siete (véase, al respecto, el texto de la sentencia de vista en el folio ochocientos diecinueve -posición de la Fiscalía- y el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de vista en los folios ochocientos veinticinco y ochocientos veintiséis -calificación del Tribunal Superior-).

SEGUNDO. Que el delito de exacción ilegal, en lo pertinente al asunto examinado, presenta las siguientes notas características:

- A. El objeto de protección. Tutela, en lo inmediato, el correcto funcionamiento de la Administración Pública -actuación conforme a la legalidad- y, de forma mediata, el patrimonio de los ciudadanos frente a los abusos de los funcionarios en las relaciones de servicio público o el patrimonio público cuando el afectado es el propio Estado [parcialmente: ASUA BATARRITA, ADELA: *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, San Sebastián, 1997, página. 221].
- B. La acción típica. Comprende tres conductas específicas: (i) exigir, (ii) hacer pagar, y (iii) hacer entregar -existe una clara distinción entre cada una de ellas: así, RAMOS MEJÍA, ENRIQUE: *El delito de concusión*, Depalma, Buenos Aires, 1963, página 64-. El objeto de la acción es, entre otros, los emolumentos, (no incorporados, por cierto, en la legislación argentina, base de la peruana), en tanto no debidos (elemento normativo).

Como se trata de conductas alternativas, en el presente caso la única que, en principio, sería aplicable es la de hacer pagar, que consiste en dar en pago dinero con poder cancelatorio [CREUS,

CARLOS: Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, página 304]. A diferencia de la “exigencia” -en cuanto demanda imperiosa (reclamo, pedido o demanda imperativa o forzosa), es decir, con violencia psicológica-, este supuesto -al igual que el de “hacer entregar”- descarta el uso de la referida violencia psicológica e importa la utilización de medios fraudulentos, mentidos, engañosos, que captan la voluntad del sujeto pasivo: determinación mediante error, el sujeto activo oculta la arbitrariedad de su demanda [DONNA, EDGARDO ALBERTO: Delitos contra la Administración Pública, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, páginas 395-396].

- C. El emolumento. Significa honorarios, sueldos o remuneraciones que recibe determinada persona a cambio de su trabajo [SALINAS SICCHA, RAMIRO: Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, 2014, página 253] -en ese concepto sin duda se incluyen las dietas que reciben los Regidores por asistencia a sesiones del Concejo Municipal-. El aumento de las remuneraciones y de las dietas era, como quedó establecido, objetivamente ilegal; y, de otro lado, los imputados actuaron abusivamente pues no solo violentaron la legalidad sino que actuaron desviando su concreta función al decidir u opinar torcidamente en el curso de la tramitación de un pedido o propuesta contra lo que la legislación establecía.

TERCERO. Que, ahora bien, es claro que la acción típica hacer pagar no solo puede dirigirse contra particulares, también contra la propia Administración Pública para obtener de ésta un emolumento no debido -con el provecho propio que ello origina, pero que, en todo caso, no es elemento del tipo legal-. En consecuencia, por su propia naturaleza, estos actos consistirán mayormente en una acción de engaño, no de violencia psicológica [ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, Palestra, Lima, 2003, página 304].

A los efectos del juicio de subsunción, en el presente caso, es de rigor determinar si los imputados utilizaron medios fraudulentos, mentidos o engañosos para lograr el aumento de remuneraciones y dietas materia de cuestionamiento en sede penal. La conducta engañosa, según doctrina conteste, consiste en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas; puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos [MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal - Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, página 406].

CUARTO. Que, en el presente caso, en el marco de un pliego de reclamos, que importaba un aumento de remuneraciones de todas las categorías y que se comprenda en él al conjunto de los servidores y funcionarios municipales, se procedió a aumentar las remuneraciones al personal de servidores municipales, incremento que también se extendió a los funcionarios municipales -de carrera, de confianza y políticos-, y que, acto seguido, a pedido de los Regidores, se les incluyó fijándose nuevos montos respecto de las dietas que percibían. Se cumplió, formalmente, con los pasos necesarios para ello y luego se emitieron Acuerdos Municipales y Resolución de Alcaldía concretando esos aumentos -imprescindibles dentro de las competencias municipales-, cuya ilegalidad no está en discusión. Este punto no ha sido cuestionado; el relato de los hechos no lo niega.

Lo que debe dilucidarse, entonces, es si se trató de una maniobra engañosa. Es de rigor precisar que, en todo caso, el concierto no es elemento típico del delito de exacción ilegal, pero define una lógica de co-delincuencia, de intervención delictiva de varias personas en el hecho típico.

Los funcionarios competentes del área de finanzas y tesorería actuaron al amparo de las normas emitidas por los órganos competentes. Pero, esos informes, acuerdos municipales y resoluciones de Alcaldía, ¿fueron engañosos, revelaban una maniobra fraudulenta que determinó que incurran en error?

QUINTO. Que si se tiene en cuenta que se siguió el trámite regular para una decisión como la que se adoptó, Acuerdo del Concejo Municipal y Resolución de Alcaldía, previos informes técnicos, es decir, se emitieron decisiones formalmente adecuadas, no es posible sostener que persiguieron engañar a los funcionarios competentes del área de finanzas y tesorería. Es verdad que, materialmente, los Informes, Acuerdos y Resoluciones vulneraron la legislación presupuestal, pero no toda ilegalidad presupuestal constituye delito. En el caso del delito de exacción ilegal, dentro del marco fáctico enjuiciado, se requiere una actividad engañosa de la autoridad para obtener un emolumento por un monto no debido. Al haberse realizado informes técnicos, Acuerdos del Concejo Municipal y Resoluciones de Alcaldía -en cumplimiento de la Ley Orgánica de Municipalidades-, a mérito de lo cual se concretó el aumento cuestionado, no es posible sostener que medió engaño en esos Informes y Decisiones; no se afirmó, en su emisión, hechos falsos ni se disimuló o desfiguró los verdaderos. Su base jurídica era errónea pero no los procedimientos de formación de los actos administrativos cuestionados.

Distinto sería el caso si tales pasos administrativos no se hubieren dado, si se ordenó llanamente -sin base fáctica ni procedimiento previo- un aumento indebido, o si se invocó para el aumento Acuerdos y Resoluciones falsas -inexistentes-, engañando en todos los casos a los funcionarios competentes para lograr su cumplimiento.

En este orden de ideas, es menester invocar, en cuanto a sus conclusiones, la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número ochocientos sesenta y uno guion dos mil uno oblicua Cusco, de veintitrés de enero de dos mil dos, dictada de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal de fecha treinta y uno de octubre de dos mil uno, que niega el delito de exacción ilegal cuando media Acuerdo Municipal para un aumento de diversos rubros que integran las remuneraciones, lo que importa que no se obligó -o, mejor dicho, no se engañó- a los funcionarios públicos competentes para hacerse dar este aumento.

SEXTO. Que, en tal virtud, como el Tribunal Superior consideró delito de exacción ilegal lo que constituye una infracción administrativa que incide en el Derecho Presupuestal, interpretó indebidamente el artículo 383 del Código Penal (error de interpretación jurídica que afectó a la premisa menor del juicio). La conducta declara probada si bien es ilícita -injusto administrativo- no es delictiva.

Siendo así, debe ampararse el recurso de casación por el motivo invocado y, actuando como instancia -al no necesitarse de nueva audiencia o debate para resolver el fondo del asunto (artículo 433, apartados 1 y 2, del Código Procesal Penal)-, corresponde dictar la respectiva sentencia absolutoria. Esta conclusión torna innecesario examinar el título de intervención delictiva: si la conducta no es penalmente relevante no puede afirmarse supuestos de autoría o complicidad.

DECISIÓN

Por estas razones: declararon **FUNDADOS** los recursos de casación por vulneración de precepto material interpuestos por los encausados MIGUEL EDMUNDO REVILLA FERNÁNDEZ, JORGE ISAAC ACURIO TITO y JOSÉ ROSENDO CALDERÓN PACOHUANCA. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas ochocientos trece, de veintisiete de julio de dos mil dieciséis, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas quinientos dos, de dos de febrero de dos mil dieciséis, condenó al segundo como autor y a los restantes como cómplices primarios del delito de exacción ilegal en agravio de la Municipalidad Distrital de San Sebastián a tres años de pena privativa de libertad para el segundo, tres años y seis meses de pena privativa de libertad para el tercero y un año de pena privativa de libertad para el primero, cuya ejecución se suspende condicionalmente por el plazo de dos años -salvo un año para Revilla Fernández-, así como al pago de cincuenta mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. Por tanto, reformando la primera y

revocando la segunda: **ABSOLVIERON** a MIGUEL EDMUNDO REVILLA FERNÁNDEZ, JORGE ISAAC ACURIO TITO y JOSÉ ROSENDO CALDERÓN PACOHUANCA de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de exacción ilegal en agravio de la Municipalidad Distrital de San Sebastián. **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente, y se **ANULEN** sus antecedentes policiales y judiciales, así como las medidas de coerción dictadas en su contra. **DISPUSIERON** se remitan los actuados al Tribunal Superior para los fines de ley, y se publique la presente Ejecutoria en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N.° 972-2017-ÁNCASH

Duplica del plazo de prescripción

Sumilla. No todos los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos; contemplan la afectación del patrimonio del Estado, por lo que la dúplica del plazo de prescripción que regula la Constitución Política no resulta de aplicación automática.

Lima, siete de septiembre de dos mil diecisiete

VISTO: el recurso nulidad interpuesto por el procesado **ROBERT POMPEO BENÍTEZ MEZA** contra la sentencia del diez de febrero de dos mil diecisiete, en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la administración pública-negociación incompatible, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Paucas, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, inhabilitación por tres años conforme con el numeral dos, del artículo treinta y seis, del Código Penal; y fijó en diez mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada. De conformidad, en parte, con lo opinado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal. Intervino como ponente el señor **PRÍNCIPE TRUJILLO**.

CONSIDERANDO

PRIMERO. El procesado BENÍTEZ MEZA, en su recurso formalizado (véase a fojas mil ciento diecinueve), señaló que:

1.1. La sentencia recurrida no precisó los medios probatorios que sustentan el fallo, por lo que existe una motivación aparente sobre la supuesta acreditación de la forma en que el encausado se habría interesado indebidamente.

1.2. La declaratoria de emergencia se sustentó en la necesidad expuesta por la población de Paucas en asamblea del veintiséis de agosto de dos mil siete y la decisión del Consejo Municipal se sustentó tanto en el informe técnico que emitió el ingeniero Reynaldo Reyes, como en el informe legal emitido por el abogado Samuel Yavar Pruderos, por lo que la decisión no fue arbitraria.

1.3. El contador Teodosio Paulino Ramírez no advirtió irregularidad normativa en las obras cuestionadas y expresó su conformidad con la declaratoria de emergencia en el distrito.

1.4. A la fecha de expedir la sentencio condenatoria la acción penal habría prescrito, al no operar la duplicidad del plazo de prescripción, en tanto no se afectó el patrimonio del Estado.

SEGUNDO. Según la acusación fiscal (a fojas seiscientos noventa y cinco), se tiene que:

2.1. El veintinueve de agosto de dos mil siete, en la sesión extraordinaria N.º 24, el Consejo Municipal conformado por Robert Pompeo Benítez Meza (alcaide) y Sixto Rodríguez Trejo, Esperanza Príncipe Huamán, Maximina Melgarejo Tarazona, Eleuterio Nemecio Collazos Gambini y Abraham Félix Rodríguez (regidores), declararon en estado de urgencia-emergencia para la adquisición de la maquinaria pesada, volquete y proyectos de inversión en el distrito de Paucas, lo que motivó la exoneración de procesos de selección, a fin de adjudicar la buena pro de forma directa.

2.2. Dicha exoneración fue plasmada en el Acuerdo de Concejo N° 24-2007-MDP, el cual fue publicado en el diario oficial El Peruano el diecinueve de setiembre de dos mil siete.

2.3. Dicha exoneración carece de motivación real porque se utilizó indebidamente la causal de situación de emergencia (conforme con los requisitos de fondo establecidos en los artículos diecinueve y veintiuno del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado¹), pues la alegada situación no fue acreditada.

2.4. Por lo tanto, la motivación de los procesados para la exoneración del proceso de selección tuvo por finalidad favorecer a los proveedores en la contratación de bienes y servicios.

TERCERO. Antes de realizar el análisis de fondo, respecto de los elementos de la condena contra el procesado, y en mérito a la solicitud de prescripción argumentada por el recurrente en su escrito de nulidad, se debe precisar que el delito investigado, según el artículo trescientos noventa y nueve, del Código Penal (vigente a la fecha de los hechos) sanciona la conducta de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo con una pena no menor de cuatro ni mayor de seis años de prisión privativa de la libertad.

CUARTO. Ahora bien, las reglas de prescripción establecidas en el Código Penal, establece en su artículo ochenta que: “La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad”. Asimismo, el artículo ochenta y tres señala que: “[...] Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”. En ese sentido, para el caso de autos la prescripción ordinaria ocurriría luego del transcurso de seis años, mientras que, la extraordinaria, luego del paso de nueve años.

1 Aprobado mediante Decreto Supremo N.° 83-2000.

QUINTO. No obstante, también debe recordarse que la última parte del artículo ochenta antes referido señala que: “En el casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este; el plazo de prescripción se duplica”.

Al respecto, esta Corte Suprema precisó en el Acuerdo Plenario N.º 01-2010, en su fundamento jurídico catorce que: “Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí² tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados, vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan el correcto funcionamiento de la administración pública propiamente dicha [...]”.

SEXTO. El bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. Así, se debe precisar que “el objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administración pública. 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”³.

Por lo tanto, queda claro que el delito de negociación incompatible no contempla afectación al patrimonio que conlleve automáticamente a extender la duplica del plazo que autoriza tanto el Código Penal como la Constitución Política.

2 En referencia a los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, contenidos en el Capítulo II, del Título XVIII, del Libro Segundo, del Código Penal.

3 Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Lima: Editorial Grijley, 2007, p.818.

SÉTIMO. Resulta pertinente analizar si en el caso de autos, pese a que el delito instruido y juzgado no contempla afectación patrimonial, se hubiera configurado igualmente, pues ello sí daría pie a considerar la posibilidad de extender la dúplica del plazo de prescripción.

En ese sentido, se verificó el Dictamen Pericial Contable (véase a fojas cuatrocientos diecisiete), que concluyó:

7.1. Respecto a la obra de construcción de la carretera Paucas-Vizcas, existió un ahorro de recursos por el importe de ciento nueve mil setecientos once soles con cincuenta y ocho céntimos a favor de la entidad.

7.2. Respecto a la Construcción del Centro Educativo Inicial N.º 298 de Paucas, el ahorro fue de trece mil setecientos cincuenta y dos soles con noventa y cuatro centavos.

7.3. Respecto a la construcción del Centro de Salud de Paucas-Primera Etapa, se concluyó que el adicional presupuestado de la obra se encuentra dentro del margen del diez por ciento autorizado por la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto.

7.4. En la evaluación presupuestaria de gastos por fuentes de financiamiento, se determinó que los gastos de viáticos y asignaciones están considerados en el presupuesto institucional modificado y corresponden a gastos corrientes. Por tanto, las autorizaciones de viajes y rendición de gastos están sustentados.

7.5. No se pudieron analizar los gastos respecto de las obras de construcción del Estadio de Paucas y la culminación del servicio higiénico de la Institución Educativa Carlos Mariátegui, por falta de la documentación respectiva.

OCTAVO. En mérito a lo señalado en el considerando precedente, se aprecia que las acciones atribuidas al acusado en su calidad de alcalde de la Municipalidad Distrital de Paucas, independientemente de si estas configuran o no delito de negociación incompatible, no

ocasionaron perjuicio patrimonial que haya sido determinado objetivamente, por lo que no existe ninguna justificación para aplicar la duplicidad de plazos, al no ser un delito que resguarde al patrimonio del Estado como bien jurídico.

NOVENO. Por lo tanto, la acción penal para el presente caso durará como máximo nueve años desde la fecha de comisión de los hechos, los cuales se consumaron con el acuerdo de Consejo Municipal con el que decidieron declarar la situación de emergencia, ello ocurrido en agosto de dos mil siete, por lo que la acción penal se encontró vigente hasta agosto de dos mil nueve. Motivo por el cual, la sentencia recurrida expedida el diez de febrero de dos mil diecisiete, se encontró fuera de dicho plazo, por lo que se deberá dejar sin efecto dicha decisión y declarar prescrita la causa.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **HABER NULIDAD** en la sentencia del diez de febrero de dos mil diecisiete, en el extremo que condenó a **ROBERT POMPEO BENÍTEZ MEZA** como autor del delito contra la administración pública-negociación incompatible, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Paucas, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, inhabilitación por tres años conforme con el numeral dos, del artículo treinta y seis, del Código Penal; y fijó en diez mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada; y, **REFORMÁNDOLA**, declararon **PRESCRITA** la presente causa y, en consecuencia, extinguida la acción penal seguida contra **ROBERT POMPEO BENÍTEZ MEZA** por la comisión del delito contra la administración pública-negociación incompatible, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Paucas.

Intervino el juez supremo Ventura Cueva, por licencia de la jueza suprema Barrios Alvarado. Y los devolvieron.

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CHÁVES ZAPATER

CALDERÓN CASTILLO

VENTURA CUEVA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 231-2017-PUNO

Recurso de casación fundado

Sumilla: El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal es uno de peligro concreto y, de acuerdo con el principio de lesividad, su configuración está condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, sino que serán típicas aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de septiembre de dos mil diecisiete.-

VISTOS: En audiencia pública, los recursos de casación interpuestos por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, y José Haytara Carreón; contra la sentencia de 26 de octubre de 2016, emitida por la Sala Penal de

Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, que confirmó la sentencia de primera instancia de 11 de julio de 2016, que los condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad, así como la pena conjunta de inhabilitación por un periodo de tres años; y fijó, en diez mil soles, el monto que por concepto de reparación civil, deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Cevallos Vegas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Formulado el requerimiento acusatorio, de fecha veintiséis de junio de dos mil trece, subsanado en el escrito de fecha treinta de julio de dos mil catorce, el Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de veintidós de julio dos mil quince, dictó auto de enjuiciamiento en contra de los acusados como autores por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública-delitos cometidos por funcionarios públicos, en la forma de corrupción de funcionarios- negociación incompatible, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Melgar, representada por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Puno, habiendo el Ministerio Público solicitado las siguientes penas: Bernardo Natividad Meza Álvarez, cinco años de pena privativa de libertad; José Haytara Carreón, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; José Domingo Choquehuanca Soto, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y Helard Huamán Mamani, cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, además de tres años de inhabilitación para los acusados y el pago de diez mil soles por concepto de reparación civil.

SEGUNDO. A través de la resolución de treinta y uno de agosto de dos mil quince, el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno,

dispuso la citación a juicio oral, realizándose las sesiones en los meses de marzo, mayo, junio, julio de dos mil dieciséis.

TERCERO. Mediante sentencia de once de julio de dos mil dieciséis, el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, condenó a Bernardo Natividad Meza Álvarez, a cinco años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad y a José Haytara Carreón, José Domingo Choquehuanca Soto, y Helard Huamán Mamani, a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad efectiva; así como la pena conjunta de tres años de inhabilitación de los acusados y el pago de diez mil soles de forma solidaria por concepto de reparación civil, y reglas de conducta.

CUARTO. Los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón apelaron dicha sentencia y su recurso fue concedido. En segunda instancia, la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, mediante sentencia de veintiséis de octubre dos mil dieciséis, confirmó la sentencia de primera instancia de once de julio de dos mil dieciséis, en todos sus extremos.

QUINTO. Contra dicho fallo, las defensas técnicas de los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, interpusieron sus respectivos recursos de casación. Mediante resolución de dieciocho de noviembre de dos mil diecisiete, la Sala Penal de Apelaciones- Sede Penal Juliaca, concedió los recursos de casación interpuestos.

SEXTO. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha doce de abril de dos mil diecisiete, que declaró: i) Inadmisibles los recursos de casación interpuestos por los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por las causales 1

y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal, por inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal (debido proceso y derecho de defensa), así como por la inobservancia de normas procesales y de manifiesta ilogicidad de la motivación. ii) Bien concedidos los recursos de casación interpuestos por los sentenciados José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

SÉPTIMO. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública -con las partes que asistan-, en concordancia con los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día doce de septiembre de dos mil diecisiete, a las once de la mañana.

CONSIDERANDO

ASPECTOS GENERALES

PRIMERO. De conformidad con la Ejecutoria Suprema de doce de abril de dos mil diecisiete -calificación de casación-, obrante en fojas doscientos veintitrés del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, fueron declarados bien concedidos los recursos de casación excepcionales, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; interpuestos por los sentenciados José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón, por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, referida a la errónea interpretación de la Ley penal-artículo 399 del Código Penal-delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

1. IMPUTACIÓN FÁCTICA

SEGUNDO. El Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Melgar, mediante informe especial N° 004-

2011-2-0462-MPM/OCI, detectó irregularidades en el proceso exonerado de adquisición de semillas de alfalfa, dactilys e inoculante; así, mediante informe de 04 de mayo de 2010, Walter Colque Agramonte, director encargado de desarrollo agropecuario del área usuaria, habría remitido las cantidades y especificaciones técnicas a la Gerencia Municipal para la formulación del expediente de contratación de Proyecto de Inversión Pública, fortalecimiento de la asistencia técnica a productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar, indicó las cantidades y especificaciones técnicas; sin embargo, este no fue incorporado al proceso de selección para la compra de los productos señalados, se transgredió el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala que el expediente de contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria, que debe contener las características de lo que se va a contratar, estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, disponibilidad presupuestaria y el tipo de proceso de selección.

El 12 de noviembre de 2010, el acusado Helard Huamán Mamani, presidente del Comité Especial del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 028-2010, en la segunda convocatoria derivado del proceso de la Licitación Pública 02-2010, emitió un informe dirigido al Alcalde de la Municipalidad Meza Álvarez; indicando que los postores no cumplieron con las especificaciones técnicas mínimas requeridas en las bases, por lo que el comité llegó al acuerdo unánime de declararlo desierto, solicitando al jefe del pliego la cancelación definitiva del proceso de selección, agudizándose más el proceso de adquisición de las semillas, en el que el comité especial incluyó requisitos técnicos adicionales de los insumos, sin consentimiento del área usuaria.

El 23 de noviembre de 2010, Efraín Zapana Apaza, asistente de abastecimiento, remitió a Helard Huamán Mamani, jefe de abastecimiento, las cotizaciones realizadas el 15 de noviembre de 2010, para la elaboración del expediente de contratación, a la empresa Agro veterinaria el Altiplano de la ciudad de Ayaviri, Alabama S.A. y la empresa

Favetza S.A.C por un valor referencial de S/1,517, 592.00 soles; cabe preciar que la empresa Agro veterinaria el Altiplano, ofreció los precios más bajos de alfalfa e inoculante, a pesar que no consignaba actividades de comercio exterior importador o exportador, como sí lo hacían las empresas Favetza S.A.C. y Alabama S.A. y a quienes se requirió la cotización vía oficio, resaltándose que esta última cotizó los precios más altos.

Con memorando de 24 de noviembre de 2010 el alcalde de la Municipalidad comunicó al economista Helard Huamán Mamani, la aprobación del expediente de contratación, mediante Decreto de Urgencia 78-2009, el mismo que no resultaba ser aplicable porque contemplaba la adquisición de bienes hasta por el monto de S/550,000.00 y valor referencial de la adquisición de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante por el monto de S/1, 592,000.00 soles. El 3 de diciembre de 2010 se realizó la sesión de concejo municipal extraordinario, en el que no se tomó en cuenta que la situación de desabastecimiento inminente sólo puede ser en forma parcial para resolver el periodo corto de desabastecimiento y luego se proceda con los procesos normales que corresponden de acuerdo a ley.

El exalcalde Bernardo Natividad Meza Álvarez, a través de la resolución de alcaldía 766-2010 de 06 de diciembre de 2010, resolvió aprobar la exoneración del proceso para la adquisición de los insumos, dispuso la adquisición de semilla alfalfa mediante un proceso exonerado, y se resolvió designar al comité especial para llevar a cabo la exoneración del proceso, este fue integrado por el economista Helard Huamán Mamani (presidente), José Haytara Carreón (primer miembro titular) y el ingeniero José Domingo Choquehuanca Soto (segundo miembro titular). A pesar que los artículos 21 y 22 del Decreto Legislativo 1017 y el artículo 129 y 133, 134 del Decreto Supremo 184-2008, establecían que el proceso debía ser convocado en forma regular; sin embargo, se llevó a cabo a sabiendas de que tal modalidad era irregular.

En conclusión, se atribuye a Bernardo Natividad Meza Álvarez, haberse interesado directa e indebidamente en violación del princi-

pio de imparcialidad, en el proceso de exoneración número 001-2010 MPA, en su condición de alcalde y presidente del Concejo Municipal de la provincia de Melgar que presidía del 2007 al 2010 por haber emitido la resolución de alcaldía de 6 de diciembre de 2010 aprobando el proceso exonerado y autorizar a la unidad de abastecimiento la preparación del expediente de contratación mediante un comité especial, para la adquisición de la semilla de alfalfa, dactylis e inoculante para los proyectos de fortalecimiento de la asistencia técnica de productores agropecuarios del distrito de Ayaviri, provincia de Melgar e instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades, pese a que no procedía la exoneración por desabastecimiento.

Se imputó a los investigados Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón y José Domingo Choquehuanca Soto, ex miembros del comité especial, haberse interesado directa e indebidamente, en violación al principio de imparcialidad en el proceso exonerado 001-2010-MPM-A en provecho de la Empresa Alabama S.A. al haber suscrito el acta de apertura de sobre-proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A (primera convocatoria) de 14 de diciembre de 2010, otorgándole la buena pro para la adquisición de semillas de alfalfa, dactylis e inoculante para los proyectos antes referidos, vía proceso de exoneración, pese a que de acuerdo con el informe técnico 185-2010-DDAE-MPM, anteriormente, se convocó el proceso de adquisición hasta en cuatro oportunidades hecho que desvanece la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible que exige el primer párrafo del artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado para considerar desabastecimiento y el primer párrafo del artículo 129 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017.

2. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

TERCERO. El Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno,

condenó a los sentenciados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, señalando lo siguiente: i) Se encuentra acreditado que Bernardo Meza Álvarez era alcalde de la Municipalidad de Melgar el año dos mil diez, mientras que Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, funcionarios de la citada Municipalidad. ii) El Comité Especial impuso requisitos técnicos adicionales en las bases, sin el consentimiento del área usuaria, transgrediéndose el artículo cuarenta y uno del Reglamento de Ley de Contrataciones que establece que cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria. iii) En los cinco procesos de selección que se llevaron a cabo, deliberadamente, se mantuvo la modificación irregular de las bases a pesar de las observaciones de los postores, provocando el retraso premeditado, conduciendo la adquisición vía proceso exonerado, para ello, prepararon un nuevo expediente de contratación, incluyendo los requerimientos adicionales. iv) A pesar de no existir documento formal alguno para la adquisición adicional de semilla de alfalfa, dactylis e inoculante para el distrito de Santa Rosa, dio opinión favorable sobre la disponibilidad presupuestal. v) La OCI (Oficina de Control Institucional) cuestionó que el Comité en tiempo récord (el mismo día de instalado el comité especial), solicitó al Gerente Municipal, la elevación y aprobación de las bases del proceso exonerado, cuando habitualmente es solicitado al titular del pliego (alcalde). vi) La OCI determinó que existió un perjuicio económico hasta por el importe de doscientos catorce mil doscientos cuarenta y seis soles con veinte céntimos. vii) No se dio la situación de desabastecimiento toda vez que no podía existir este en el mercado de los insumos, sino que los acusados pedían requisitos que no podían cumplir los proveedores como que la semilla sea del año. viii) No era necesario nombrar un comité para el proceso de exoneración, debido a que tratándose de este tipo de proceso bastaba que el titular del pliego designe a una empresa para que provea los insumos. xi) El día catorce de diciembre de dos mil diez, se generó la orden de compra, sin embar-

go, los documentos demostraron que el consentimiento de la buena pro, fue publicado en el SEACE el diecisiete de diciembre de dos mil diez, además, no se había firmado aun el contrato entre la entidad y el proveedor lo que demuestra el interés de favorecer a la empresa. x) Los acusados en su condición de funcionarios se interesaron para favorecer a la empresa ALABAMA S.A., al considerar especificaciones técnicas no requeridas por el área usuaria.

3. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

CUARTO. La sentencia de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román, confirmó la sentencia de primera instancia, señalando los siguientes fundamentos: i) Respecto al delito de negociación incompatible, basta que el funcionario público se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que este se entienda consumado. Interesarse indebidamente conlleva a la gestión de actos que no corresponden con el rol de un funcionario público. ii) En el caso del procesado Helard Huamán Mamani, quien era presidente del comité especial del proceso de exoneración, se interesó directa e indebidamente, al haber suscrito el acta de apertura de sobre proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A, dándole la buena pro a la empresa ALABAMA, que habría cotizado los precios más altos para la adquisición de semillas, y se convocó hasta en cuatro oportunidades lo que desvanece la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, además, si bien negó que haya existido modificación a las bases, tampoco se acreditó que no haya existido, el procesado tenía conocimiento que por la cuantía de los bienes a adquirirse no procedía a realizar exoneración sino un proceso de licitación, tenía pleno conocimiento que no se presentó la situación de desabastecimiento inminente y extraordinaria, en conclusión demostró interés indebido en el proceso de exoneración, incumplió su deber de imparcialidad al otorgar la buena pro a una empresa que incumplió con las especificaciones requeridas. iii) Respec-

to al impugnante José Domingo Choquehuanca Soto, debe precisarse que al haber sido contratado como asesor externo de la Municipalidad Provincial de Melgar tenía un vínculo laboral con dicha entidad, fue elegido por el Alcalde como segundo miembro del comité especial para el proceso de exoneración, tenía poder de decisión, no le es aplicable el principio de prohibición de regreso, tenía conocimiento que el proceso no se encontraba permitido, sabía que la empresa ALABAMA S.A., fue postora en anteriores procesos de licitación pero no se otorgó la buena pro al no cumplir con las especificaciones técnicas, sin embargo, la invitaron para que participe en el proceso exonerado, ello corrobora su interés de favorecer a la empresa citada. iv) En cuanto al procesado José Haytara Carreón, primer miembro del comité especial, tuvo participación en el segundo y tercer proceso de licitación no ejecutados, la defensa señaló que la imputación no fue clara, concreta y precisa sino genérica, no definiéndose su grado de participación, sobre ello, debe precisarse que la imputación fue en calidad de autor directo, no existiendo ningún tipo de vulneración, además, al igual que los miembros del proceso, se interesó de manera directa e indebidamente, en otorgarle la buena pro a la empresa. v) Los sentenciados tienen la calidad de funcionarios públicos con competencia directa sobre el proceso exonerado, se interesaron de forma directa e indebida violando el principio de imparcialidad, favoreciendo a la empresa ALABAMA S.A.

4. AGRAVIOS DE LOS RECURRENTES

RECURSO DE CASACIÓN DEL SENTENCIADO JOSÉ DOMINGO CHOQUEHUANCA SOTO

QUINTO. Este procesado alega como causales, las previstas en los incisos 1, 3 y 4 del Código Procesal Penal. Invocando, además, el inciso 4 del artículo 427 del mismo cuerpo normativo, sobre el desarrollo de doctrina jurisprudencial. Refiere como argumentos lo siguiente: i) La finalidad indebida, como elemento subjetivo del tipo penal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previs-

to en el artículo 399 del Código Penal, no ha sido materia de prueba en el proceso penal: la Sala Superior no identificó ni valoró lo referido a la tipicidad subjetiva, es decir, el elemento adicional al dolo, que es el interés particular indebido con el firme objetivo de un provecho indebido para sí o para un tercero. Todos los elementos, deben ser materia de prueba en el proceso penal, en el caso de autos no se identificó el verbo rector “interés indebido”; tampoco el elemento de “provecho propio o de tercero”, que es uno de tendencia interna trascendente y la ventaja patrimonial. Por ello, la Corte debe desarrollar los alcances del tipo subjetivo del delito de negociación incompatible. ii) Se vulneró el principio de imputación necesaria, por la falta de adecuación correcta de su conducta al tipo penal; no se acreditó el elemento del “provecho para sí o para un tercero”, además, de no establecerse el aporte esencial y la ejecución efectuada por el impugnante.

RECURSO DE CASACIÓN DEL SENTENCIADO HELARD HUAMÁN MAMANI

SEXTO. El procesado en su recurso de casación refiere lo siguiente: i) Se debe determinar si el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo requiere del elemento subjetivo adicional al dolo, y si está referido a que el autor tenga como finalidad el obtener un provecho económico para sí o para terceros. ii) No se realizó una correcta interpretación del Decreto Legislativo N.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, el que debe ser interpretado. En el proceso de exoneración, el imputado Huamán Mamani ha participado como Presidente en el Comité Especial del Proceso de exoneración N.º 001-2010-MPM-A, designado mediante Resolución de Alcaldía N.º 767-2010-MPM/A, actuó conforme con sus competencias según lo establecido en el artículo 24 de la Ley de Contrataciones del Estado. iii) Debe interpretarse el apartado a) del inciso 2 del artículo 422 del Código Procesal Penal, determinando los criterios de admisión de prueba nueva, en el procedimiento de apela-

ción de sentencias, a la luz de los derechos fundamentales de defensa eficaz y prueba.

RECURSO DE CASACIÓN DEL SENTENCIADO JOSÉ HAYTARA CARREÓN

SÉPTIMO. El impugnante alega lo siguiente: i) Se afectó su derecho de defensa y al debido proceso, en tanto que, se le atribuyó la condición de autor directo del delito, de manera genérica, cuando el artículo 23 del Código Penal, señala las categorías de autor mediato, inmediato y coautoría. En este sentido, es necesario desarrollar si en las etapas del proceso penal se puede considerar a un imputado la calidad de autor de manera genérica, sin precisar si es mediato, inmediato o coautor, y si en el delito de negociación incompatible y tratándose de varios imputados quienes se han repartido roles, debería imputárseles como coautores. ii) Debe desarrollarse doctrina jurisprudencial en cuanto al delito de negociación incompatible, por cuanto existen vacíos en su interpretación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. SOBRE ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

OCTAVO. El recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistémica con el ordenamiento jurídico.

NOVENO. Como se ha dejado anotado en los considerandos precedentes, el aspecto sobre el cual este Supremo Tribunal debe efectuar precisiones a fin de resolver el recurso de casación interpuesto, es si en el presente caso se ha realizado una interpretación errónea del artículo 399 del Código Penal-delito de negociación incompatible; concretamente sobre: i) Los elementos normativos del tipo de negociación incompatible: “interesarse” y “provecho propio o de tercero”. ii) La

relación funcional del funcionario o servidor público con el contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo.

2. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

DÉCIMO. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, está ubicado en la sección IV del Código Penal - Delito de corrupción de funcionarios, por lo que se constituye en una modalidad de corrupción, lo que significa que la conducta del agente debe poseer dicha orientación, por ello, se descarta, prima facie, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa¹.

DÉCIMO PRIMERO. El artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, lo regula del siguiente modo: “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 [...]”.

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y NATURALEZA DEL TIPO PENAL

DÉCIMO SEGUNDO. El bien jurídico que protege es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario². La norma busca evitar cual-

1 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Idemsa, Lima, 2007, p. 817.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, casación número 628-2015, Lima, fundamento jurídico segundo y tercero.

quier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella.

DÉCIMO TERCERO. Debido a que el tipo no exige un perjuicio efectivo para la administración, se constituye en un delito de peligro³, que importa un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública⁴. Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico⁵ - el correcto funcionamiento de la administración pública-.

DÉCIMO CUARTO. Como lo ha señalado un sector de la doctrina⁶, lo que también es acogido por este Supremo Tribunal, al constituirse el delito en uno de peligro concreto, debe respetarse el principio de lesividad, en ese sentido, la represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, el delito de negociación incompatible no debe sancionar cualquier tipo de acciones, que puedan significar el incumplimiento

3 SANCINETTI, Marcelo. "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas". Buenos Aires. Disponible en línea: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1986-30087700891_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Negociaciones_incompatibles_con_el_ejercicio_de_funciones_p%FABlicas>.

4 En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad número 2068-2012.

5 HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de derecho penal. Parte general. Tomo II. Cuarta edición. Idemsa, Lima, 2011, p. 68.

6 Ob. Cit. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. pp. 71-72.

de alguna normativa de carácter administrativo, del cual se deduzca la orientación de un “interés indebido”, sino solo aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública.

DÉCIMO QUINTO. En consecuencia, este ilícito penal, debe ser interpretado restrictivamente, en tanto que, el solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado -como se alega en la mayoría de casos en que se presume la comisión de este delito-, que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el correcto funcionamiento de la administración pública, no puede ser reprimido, una interpretación contraria a ello, significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio, de ahí que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, debe ser interpretado de conformidad con los principios de lesividad, ultima ratio (subsidiariedad y fragmentariedad y la proporcionalidad de la represión penal.

4. EL INTERESARSE INDEBIDAMENTE EN PROVECHO PROPIO O DE TERCERO

DÉCIMO SEXTO. La conducta típica de este ilícito penal está constituida por el “interés indebido”; el verbo rector “interesarse”, ha sido considerado por el sector mayoritario de la doctrina, como “volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste”⁷; y será indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Admi-

7 CREUS, Carlos. Delitos contra la administración pública, p. 371, lo llama “un interés de parte no administrativa”. Citado en CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de negociación incompatible. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 39.

nistración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Este actuar, no debe ser entendido como “parcializarse” por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo⁸.

DÉCIMO SÉPTIMO. Ello debe ser entendido así, por cuanto, con la modificación del artículo 399 del Código Penal, mediante la Ley N° 28355, de 6 de octubre de 2004, se incluyó adicional al “interés”, el elemento típico “provecho propio o de tercero”, es decir, el interés es sancionable siempre que implique un “provecho” para el funcionario público o tercero. A pesar que ha sido discutida la naturaleza de este provecho, debe aclararse que en definitiva, posee una connotación económica, ello, en tanto que el contrato u operación en el que interviene el agente también lo tiene; por ello, se señaló que a pesar que el tipo no exige un perjuicio - económico- efectivo, sí requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionada la conducta idónea para tal fin.

DÉCIMO OCTAVO. El Código Penal, establece tres formas en que se manifiesta el interés indebido: a) Directamente, que significa que el sujeto activo, exteriorice su interés mediante conductas activas, actos externos y objetivos. b) Indirectamente, se produce cuando el sujeto activo, realiza su conducta a través de otras personas o intermediarios⁹. c) Por acto simulado, en este supuesto el agente, aparenta que su accionar es imparcial y en pro de la Administración Pública, cuando no es así realmente.

8 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 513-514.

9 Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria, recurso de nulidad número dos mil seiscientos cuarenta y uno-dos mil once, de diez de agosto de dos mil doce.

5. VINCULACIÓN FUNCIONAL DEL AGENTE CON EL CONTRATO U OPERACIÓN

DÉCIMO NOVENO. La regulación de la norma exige como requisito típico el estatus formal de funcionario o servidor público, y que la actuación realizada deba estar en razón al ejercicio de su cargo, ello implica una relación específica vinculada al ámbito de su competencia funcional, el agente actúa en función a las prerrogativas de su cargo. De ahí que su intervención en los contratos que realice el Estado siempre los realiza por imperio de la Ley.

VIGÉSIMO. En ese sentido, la Corte Suprema, en diversos pronunciamientos ha establecido que dicha relación funcional, debe ser entendida no solo cuando el funcionario tenga esta condición, sino que: “es necesario que cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos u operaciones, es decir, posea el poder para participar en ellos”¹⁰, también se define como “aquel funcionario que tiene legítimamente a su cargo el contrato u operación”.

VIGÉSIMO PRIMERO. En consecuencia, el agente activo debe ser un funcionario con competencia para intervenir en los contratos u operaciones estatales, ello, por cuanto, solo es posible que se interese indebidamente, en provecho propio o de tercero, si es que se encuentra dentro de su ámbito funcional, las decisiones que materializarán su interés indebido, que recaerá en su propio provecho o de otro.

6. SOBRE EL CASO CONCRETO MATERIA DEL PRESENTE RECURSO DE CASACIÓN

VIGÉSIMO SEGUNDO. La Sala Penal de Apelaciones condenó a los recurrentes Helard Huamán Mamani, José Domingo Choquehuanca Soto y José Haytara Carreón, como autores del delito de

10 Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, recurso de nulidad número doscientos cincuenta y tres-dos mil doce, de trece de febrero de dos mil trece.

negociación incompatible, imputando que se interesaron directa e indebidamente vulnerando el principio de imparcialidad en el proceso de exoneración número 001-2010-MPM-A, en provecho de la empresa Alabama S.A. Cabe señalar que los impugnantes actuaron como funcionarios públicos de la Municipalidad de Melgar, miembros del comité de adjudicación del proceso de exoneración, en cumplimiento de la orden emanada mediante Resolución de Alcaldía N.º 767-2010-MPM-A, del exalcalde de la Municipalidad de Ayaviri - Melgar, Bernardo Natividad Meza, quien los designó, por lo que la actuación se circunscribió en ese ámbito. La sentencia de segunda instancia, indicó que: interesarse indebidamente’, conlleva a la gestión de actos que no se corresponden con el rol del funcionario, quien muestra preocupación por un interés privado”; ello no es correcto, pues este Tribunal aclaró, que siempre el interés se manifestará dentro del ámbito funcional, y por ende, del rol del sujeto activo, la Sala confunde “rol” e “interés en la función pública”.

VIGÉSIMO TERCERO. Tanto la imputación como la sentencia materia de grado dan cuenta de las presuntas irregularidades en las que habrían incurrido los encausados, por lo que, para demostrar el “interés indebido”, se adujo la infracción del artículo 10 el primer párrafo del artículo 22 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como y el primer párrafo del artículo 129 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017; referidos específicamente a la formación del expediente de contratación con el requerimiento del área usuaria, el proceso de selección y los casos en los que se configura la situación de desabastecimiento, supuesto en el cual es posible exonerar el proceso de selección y que el Estado realice una contratación directa, como se hizo en el presente caso.

VIGÉSIMO CUARTO. Para la configuración del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, se requiere que los agentes se interesen indebidamente en provecho de un tercero, este Supremo Tribunal advierte lo siguiente:

- A. Respecto al proceso de exoneración, el 9 de diciembre de 2010, el comité conformado por los impugnantes, realizó una reunión con el fin de evaluar los requerimientos técnicos y seleccionar a la empresa que se invitará para la exoneración -de conformidad con el artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado-, como consta de fojas cuatrocientos cuarenta y dos, para lo cual analizaron las ofertas de cada empresa postora (Corpagro S.A.C., AGP S.A.C., Asociación Granja Don Bosco Prelatura de Ayaviri y Alabama S.A.); los motivos por los que se descartaron a las primeras tres empresas, fueron por la existencia de un intento de corrupción a uno de los funcionarios de la Municipalidad, la segunda por incumplimiento de un contrato en un proceso de 2008, la tercera porque no reportaba importación de semillas; por lo que, finalmente, se acordó invitar a la empresa Alabama S.A., pues cumplió con presentar todos los documentos exigidos en las bases del proceso. Se aprobó la elevación al titular de la entidad la propuesta de las bases y la convocatoria al proceso de exoneración N.º 001-2010-MPM.A., indicándose el cronograma para la convocatoria, registro de participantes, recepción de propuestas y otorgamiento de la buena pro, que se realizaría desde el 10 hasta el 14 de diciembre de 2010.
- B. En cuanto a la situación de desabastecimiento, obra de fojas quinientos cuarenta y seis, la opinión N.º 017-2010-MPM-A/AVLE, de 2 de diciembre de 2010, realizada por el asesor legal externo que, determinó que es procedente la exoneración del plazo de convocatoria del proceso de selección, así también, se adjuntó el informe N.º 185-2010-DDAE-MPM, de 30 de noviembre de 2010, donde se especificó los gastos en los que incurrieron los beneficiarios para la siembra de las semillas requeridas -cuya distribución debía efectuarse a partir del 15 de octubre hasta el 30 de noviembre de 2010 y la instalación desde el 15 de noviembre de 2010 al 15 de enero de 2011- en 1 500 hectáreas del dis-

trito de Ayaviri, y a nivel provincial a los distritos de Cupi, Llalli, Santa Rosa y Antauta, los cuales ascendían a S/330,000.00 soles.

- C. La especificación técnica que modificó el comité especial, se refirió a los porcentajes de germinación y pureza de las semillas, al respecto los impugnantes han sostenido que se hizo, en función del apartado 6 del artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece entre las competencias del comité, el integrar las bases, la misma normativa, en el artículo 60, refiere que: “Las Bases Integradas que se publiquen en el SEACE incorporarán obligatoriamente las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones y/o Pronunciamiento”; es decir, las bases estándar, establecidas originalmente podrían incorporar requisitos técnicos adicionales que considere el comité especial, como se hizo en el presente caso.
- D. La variación de cantidades se produjo en razón a que los insumos fueron requeridos para dos proyectos: “Fortalecimiento de la asistencia técnica de Productores Agropecuarios del distrito de Ayaviri, Provincial de Melgar” e “Instalación de pastos cultivados y forrajes en las comunidades de la Provincia de Melgar”, ello, a mérito del informe N.º 172-2010-DDA-MPM, de 10 de noviembre de 2010, de fojas quinientos setenta y dos, de José Haytara Carreón, quien comunicó que por acuerdo se incorporó a dichos distritos.
- E. Mediante acta de 30 de noviembre de 2010, indicaron que no es posible convocar mediante el Decreto de Urgencia N.º 078-2009, a una licitación pública, por lo que a través de la Resolución de Alcaldía N.º 766-2010-MPM/A. de 6 de diciembre de 2010, se aprobó la exoneración del proceso para la adquisición de semillas de alfalfa, dácylis e inoculante para los proyectos: “Fortalecimiento de la asistencia técnica de Productores Agropecuarios del distrito de Ayaviri, Provincial de Melgar” e “Instalación

de pastos cultivados y forrajes en las comunidades de la Provincia de Melgar”.

VIGÉSIMO QUINTO. La interpretación que sostuvo la Sala, para condenar a los impugnantes, fue la siguiente: “El tipo no solo exige que el beneficio sea a título personal o tercero sino lo relevante es que su actuación haya infringido los deberes especiales positivos que favorecen los intereses de la administración pública [...] basta que el funcionario encause su conducta más allá de lo debido, poniendo en riesgo su imparcialidad”. “Es suficiente que el funcionario se interese indebidamente en los actos de la administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado”.

VIGÉSIMO SEXTO. Al respecto, se requiere dar contenido a estos elementos normativos, por lo que se ha establecido en los fundamentos anteriores que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no se configura con el solo incumplimiento de normas de carácter administrativo, que si bien podrían constituir una conducta ilegal, no siempre será delito; sino que es necesario que el interés indebido, sea en provecho propio o de tercero -este último es el que se acusa- y, principalmente, que no es suficiente que el sujeto activo “encause su conducta más allá de lo debido”, como lo ha citado la Sala, pues no es un delito de peligro abstracto sino uno de peligro concreto, por ende, el actuar de los sujetos activos, debe ser de tal entidad que signifique un riesgo inminente para el Estado, en el caso, para la Municipalidad provincial de Ayaviri - Melgar.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. No obstante, de lo expuesto, se advierte que la sentencia que condenó a los recurrentes, se basó fundamentalmente en el incumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como de su Reglamento y atribuyó el provecho de tercero, bajo el hecho que el comité especial atribuyera la buena pro a la empresa Alabama S.A., ante ello, los impugnantes han respondido, en sus recursos así como en el informe oral de 23 de agosto del año en curso,

que sus decisiones se fundamentaron en diversas estipulaciones de dicha norma, citada en el considerando vigésimo cuarto. De ahí, que para la configuración del citado ilícito penal, no basta, la realización de acciones contrarias a la normativa administrativa que rige el contrato u operación, sino que es necesario que ese interés constituya un peligro concreto para el correcto funcionamiento de la Administración Pública y no como uno de peligro abstracto, que solo implicaría que se configure la conducta con el solo “interés”, sin tomar en cuenta el elemento “en provecho de tercero”.

VIGÉSIMO OCTAVO. En ese sentido, revisados los autos se aprecia, que el proceso de exoneración mediante el cual se contrató a la empresa ALABAMA S.A., no significó un peligro efectivo para el patrimonio del Estado, tampoco obra pericia que así lo haya establecido; por el contrario, la suma egresada por la Municipalidad se justificó con la adquisición de los insumos ofrecidos por la empresa Alabama S.A., a quien se le exoneró del proceso de selección, con el fin de satisfacer una necesidad para la comunidad de Ayaviri y demás distritos, en caso de no hacerlo habría ocasionado un perjuicio a los pobladores quienes habrían invertido en la preparación de la tierra para la siembra de las señaladas semillas.

VIGÉSIMO NOVENO. Asimismo, si bien se cuestiona que la base jurídica de dicho proceso era errónea, no lo son los procedimientos de formación de los actos administrativos cuestionados, y si lo fueran, la conducta sería ilícita -injusto administrativo- pero no delictiva.

TRIGÉSIMO. En consecuencia, la conducta de los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Haytara Carreón, no es típica, por lo que de conformidad con el principio constitucional de presunción de inocencia; debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta.

TRIGÉSIMO PRIMERO. De otro lado, el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal, establece que

cuando en un proceso hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde, no sean exclusivamente personales. En el caso de autos, el procesado Bernardo Natividad Meza Álvarez -a quien esta Suprema Sala, declaró inadmisble su recurso de casación, mediante ejecutoria de doce de abril de dos mil diecisiete- se encuentra en la misma situación jurídica que los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón por cuanto, como indicó la acusación fiscal y la sentencia recurrida, este en su calidad de Alcalde de la Municipalidad, conjuntamente con los procesados impugnantes José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Haytara Carreón, se interesaron indebida y directamente en provecho de la empresa Alabama S.A., incurriendo en la comisión del ilícito de negociación incompatible.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Al respecto, como se ha establecido en los considerandos décimo tercero y décimo cuarto, el delito de negociación incompatible es uno de peligro concreto, que implica la idoneidad de la conducta del sujeto activo para poner en riesgo a la Municipalidad, lo que en el caso concreto no se ha determinado, en consecuencia, debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta; por lo que corresponde extender los efectos de la decisión de este recurso de casación al citado procesado Meza Álvarez.

TRIGÉSIMO TERCERO. Finalmente, dicho ilícito penal tipifica que el interés debe ser en provecho propio o de tercero, este último se habría configurado según la Fiscalía, no obstante, en el expediente no obra indicio que acredite de forma indubitable que el actuar de los agentes se habría realizado para obtener un provecho en tanto que, como se aprecia, la empresa Alabama S.A., cumplió finalmente, con la adquisición de semillas. Por lo que, el tipo penal no debe considerarse realizado si del comportamiento no se dieron las circunstancias propias para poner en peligro la administración pública.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **POR MAYORÍA** declararon: **I. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los procesados José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la Ley Penal: artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal - delito de negociación incompatible; en consecuencia **CASARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 26 de octubre de 2016, que confirmó la de primera instancia de 11 de julio de 2016, que los condenó por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad, así como la pena conjunta de inhabilitación por un periodo de tres años; y diez mil soles, como monto por concepto de reparación civil, que deberán abonar en forma solidaria a favor de la parte agraviada.

II. Actuando en sede de instancia: REVOCARON la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 11 de julio de 2016, y reformándola: absolvieron a José Domingo Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani, José Haytara Carreón, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado.

III. EXTENDIERON la fundabilidad de la presente decisión en todos sus extremos, respecto al procesado Bernardo Natividad Meza Álvarez, de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal; en consecuencia, **CASARON** la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la sede San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 26 de octubre de 2016, que confirmó la de primera instancia de 11 de julio de 2016, que lo condenó por el delito contra la administración pública - negociación

incompatible, en agravio del Estado; a cinco años, cuatro meses y un día de pena privativa de libertad. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Mixto Unipersonal y Penal Liquidador de la Provincia de Melgar de la Corte Superior de Justicia de Puno, de 11 de julio de 2016, y reformándola; absolvieron a Bernardo Natividad Meza Álvarez, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública - negociación incompatible, en agravio del Estado.

IV. ORDENARON la inmediata libertad de los citados encausados siempre y cuando no subsistan contra ellos, orden de detención emanada de autoridad competente. Oficiándose para tal efecto vía Fax a la Sala Penal Superior respectiva.

V. MANDARON la anulación de los antecedentes judiciales y policiales que se hubieren generado en contra de los citados encausados, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso.

VI. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

VII. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas por licencia de la señora Jueza Suprema Pacheco Huancas.

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI
FIGUEROA NAVARRO
CEVALLOS VEGAS
CHÁVEZ MELLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA

CASACIÓN N.º 231-2017- PUNO

VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO
SEQUEIROS VARGAS

VISTOS: los recursos de Casación interpuestos por José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytara Carreón; con los recuados que se adjuntan al cuaderno de casación; y OÍDO el informe oral.

FUNDAMENTOS DISCORDANTES

PRIMERO. MATERIAS PARA EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Las materias para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial propuestas por los recurrentes, se hallan genéricamente enfocadas en la necesidad de desarrollo de los elementos normativos del tipo de negociación incompatible “interesarse” y “provecho propio o de tercero”, y sobre la relación funcional del funcionario o servidor público con el contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo.

SEGUNDO. LOS MOTIVOS CASACIONALES

El motivo invocado se halla previsto en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, abarca tres supuestos:

- Indebida aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- Errónea interpretación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

- Falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

El planteamiento casacional, se enfoca en la errónea interpretación asignada a dos elementos del injusto penal de negociación incompatible. Esta causa de casación se produce únicamente cuando, por antonomasia, existe una interpretación correcta de los mencionados elementos; sin embargo dicho supuesto de fundabilidad no se puede afirmar, dado que sobre la materia no existe un fundamento que vincule a uno u otro órgano jurisdiccional a seguir determinada línea o interpretación.

TERCERO. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

El tipo penal sometido a juicio abarca múltiples supuestos típicos o proposiciones fácticas, que se hallan determinados por elementos normativos.

El interés mostrado por los ahora sentenciados, que fue reconocido por el Tribunal Superior, conlleva a la gestión de actos que no se corresponden con su rol del funcionario o servidor público. La muestra de un interés particular, ajeno a la función que cumple para la celebración de determinado contrato conlleva a la conclusión de un afán adicional al correcto desempeño de los funcionarios del Estado.

Si el interés se muestra durante el cumplimiento de sus funciones, existe una doble infracción, tanto administrativa, así como penal toda vez que se está aprovechando el ejercicio de la función para un interés personal. La naturaleza de la previsión legislativa de los delitos contra la administración pública radica en la protección de múltiples bienes jurídicos, entre ellos el correcto desempeño de los funcionarios Públicos a favor de quienes el Estado delega representación.

En el delito de negociación incompatible sanciona a un funcionario o servidor público que se interesa por un contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo. Por ello, sostener que un

funcionario se interesa por un contrato sin infringir sus funciones constituiría una apariencia. Lo concreto es que ningún funcionario o servidor público, a corto, mediano o largo plazo se puede beneficiar personalmente con las decisiones que asuma, toda vez que ello distaría del interés de la función pública.

Los funcionarios que se hallan a cargo de la dirección o elección de las adquisiciones del Estado, más allá de los fines políticos que tenga una entidad, debe cumplir el principio de legalidad estipulado en el apartado 1.1 del artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General que obliga a las autoridades administrativas a actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo a los fines para los que fueron conferidas. La generación de excepciones a partir de las normas constituye una mala justificación para alcanzar los fines políticos de una entidad. El funcionario público encargado de los órganos de línea, asesoramiento y dirección siempre deben vincular su proceder con la norma administrativa.

No es adecuado en un Estado de Derecho, ni para el Estado que asumió múltiples decisiones de combate contra la corrupción justificar el quebrantamiento de la norma penal en meras infracciones administrativas, desde luego el reproche de estas últimas no es trascendente o equiparable a la infracción penal; sin embargo la diferencia entre una u otra, más allá del análisis objetivo que se brinde, debe ser evaluado desde el enfoque subjetivo con el que procedió el imputado.

Por ello, a nivel casacional, dadas las limitaciones de este recurso, no es posible aseverar que determinada conducta fue o no dolosa, toda vez que ello esencialmente requiere actividad probatoria ya fue establecida por dos órganos jurisdiccionales con dicha capacidad. En ese sentido únicamente correspondería la confirmación del fallo proveniente de sede superior, o en su defecto fijar un criterio y bajo dichos alcances ordenar un nuevo juzgamiento en el que se actúe prueba en

función a las pautas metodológicas o de interpretación que brinde el tribunal Supremo.

En ese sentido, considero que la causa de fundabilidad prevista, no reúne la entidad suficiente para declarar que el Tribunal Superior de Puno incurrió en una errónea interpretación al evaluar el proceder de los sentenciados, pues dicho razonamiento estuvo justificado en base a pruebas actuadas en juicio oral, y a los siguientes indicios:

1. El oficio N° 241-2010, emitido por el Órgano de Control Institucional en el que advierte el riesgo de la contratación indica que la Resolución que aprobaba el proceso de exoneración, contravenía tanto el artículo veintidós de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo ciento veintinueve del Reglamento de la Ley de Contrataciones, toda vez que la cuantía de los productos exonerados superaban los límites previstos para la exoneración.
2. La Resolución de Alcaldía N° 766-2010-MPM/A, fue expedida el seis de diciembre de dos mil diez, aprobando el proceso exonerado y mediante Resolución de Alcaldía N° 767-2010-MPM/A, designó a los miembros del comité especial. Nótese que estas resoluciones se expidieron veinticinco días antes de que culminara el periodo de gobierno municipal.
3. Previa a la exoneración del proceso, se realizaron cinco procesos que de licitación cuyo final fue la declaratoria de desiertos o nullos. Estos antecedentes muestran la ausencia de necesidad para exonerar el proceso de selección por causal de desabastecimiento inminente.
4. Se designó como empresa proveedora, a Alabama S.A. la cual ofertaba diferencialmente mayores en comparación de las otras empresas como Agro Veterinaria “El Altiplano”; y no consideraron que dicha empresa también tuvo antecedentes de incumplimiento en la presentación de requisitos, como la licencia de funcionamiento. Sobre este último extremo la Sala Superior indica

que durante el proceso no se acreditó que la empresa Alabama hubiera cumplido con la presentación de todos sus requisitos o con subsanar esta observación.

5. El Comité no justificó las razones objetivas que conllevaron a elegir como proveedora a la Empresa Alabama; sino fueron meras especulaciones que no se subsumen en los supuestos de desabastecimiento por el cual exoneraron el proceso.

DECISIÓN DISCORDANTE

Por estas razones, **MI VOTO** es porque:

I. SE DECLARE NULO el concesorio de recurso de Casación expedido por Ejecutoria Suprema de doce de abril de dos mil diecisiete.

II. SE DECLAREN INFUNDADOS los recursos de casación, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial interpuestos por los sentenciados José Choquehuanca Soto, Helard Huamán Mamani y José Huaytará Carreón, por el motivo casacional previsto en el inciso 3 del artículo 429 del NCPP, errónea interpretación del artículo 399 del Código Penal; y en consecuencia ratificar en todos sus extremos la Sentencia de Vista N.º 106-2016, expedida por los integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román, de la Corte Superior de Justicia de Puno que los condenó como autores del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado.

III. DISPONER el archivo definitivo de lo actuado, y se remitan los autos al Tribunal de origen para los fines correspondientes, sin perjuicio de leer estos fundamentos en la Audiencia de Lectura de Sentencia Casatoria.

S.S.

SEQUEIROS VARGAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 683-2018/NACIONAL

Delito de tráfico de influencias y prescripción

Sumilla. 1. Los hechos objeto de imputación son los fijados en la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Interesa a los efectos de la dilucidación de la excepción de la prescripción: (i) el relato fáctico, como elemento esencial de carácter objetivo a tomar en cuenta; y, en principio, pero de modo relativo, (ii) el título de imputación, esto es, el delito o delitos materia de subsunción jurídico penal, las formas de intervención delictiva -principal o secundaria, según los casos-, las fases de realización del delito y las reglas concursales correspondientes. Solo en los casos de error patente y claridad evidente de los hechos postulados será posible que el órgano jurisdiccional pueda apartarse del aspecto normativo (título de imputación) de la disposición fiscal. 2. Para definir si la acción penal ha prescrito o no, debe examinarse el cuadro de hechos o suceso histórico global planteado por la Fiscalía, en especial la fecha de su comisión, y aplicar las reglas sobre prescripción establecidas en el Código Penal.

El criterio de análisis es, pues, formal. 3. El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcional y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de “influencia real” el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública. Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia de que la misma forme parte o no de un plan delictivo que lleva a la constatación de una empresa criminal. 4. No rige la regla de la dúplica del plazo de prescripción, prevista en el párrafo final de dicho precepto, porque el delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, en función a la aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada al autor. No es propiamente un delito contra el patrimonio del Estado. 5. El artículo 26 del Código Penal es aplicable en el presente caso, pues la conducta del recurrente (*extraneus*) ha sido calificada de instigación del delito de tráfico de influencias. En el caso concreto la condición de funcionario público del autor (*intraneus*) solo agrava la punibilidad -la afecta, en todo caso, pero no la fundamenta-, pues se erige en una circunstancia agravante específica. La cualidad de funcionario público del autor es un elemento personal especial, que en el caso del delito de tráfico de influencias, como ya se anotó, agrava la pena pero no la fundamenta -en cuyo caso, si la fundamentaría, la solución necesariamente sería distinta-. Entonces, si se no se da en el partícipe este elemento personal especial no puede ser penado por el tipo agravado sino por el básico.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de julio de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa del encausado NICOLAY CASTILLO GUTZALENKO contra el auto de vista de fojas ciento veinticinco, de cinco de abril de dos mil dieciocho, que confirmando el auto de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de trece de marzo de dos mil dieciocho, declaró infundada la excepción de prescripción que dedujo; con lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de tráfico de influencias en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la disposición fiscal número cinco, de fojas siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, el colaborador eficaz con clave número 06-2017 dio cuenta de la existencia de un pacto entre empresas peruanas y extranjeras, mediante el cual conformaron una organización criminal denominada “El Club”. Las citadas empresas eran representadas por un lobista, Rodolfo Edgardo Prialé de la Peña, quien fungía de intermediario o representante de las mismas ante Carlos Eugenio García Alcázar, funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de distribuirse el otorgamiento de las buena pro en diversas obras de carreteras en Provías Nacional, previos pagos ilícitos al referido funcionario público. Los hechos en mención ocurrieron entre los años dos mil once al dos mil catorce, fechas en las que este último ostentaba el cargo de Asesor II del Despacho Viceministerial de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Específicamente se imputa al encausado recurrente, Nicolay Castillo Gutzalenko, como representante de la empresa constructora

“Graña y Montero”, haber formado parte o integrado la organización criminal “El Club”. En tal virtud, realizó tres consumos en las fechas en que se reunían las empresas para concretar el reparto de obras. Como consecuencia de estas reuniones logró la adjudicación de dos obras a favor de “Graña y Montero”: (i) LP N° 1-2011-AATE, de fecha ocho de julio de dos mil once, según contrato adjuntado en el expediente; y, (ii) LP N° 06-2011-MTC/20, con firma de contrato el veintitrés de noviembre de dos mil once.

Los delitos atribuidos al encausado Castillo Gutzalenco son los de (i) tráfico de influencias agravado -en calidad de inductor- y (ii) de organización criminal -en calidad de autor-, ambos en concurso real. Cabe precisar que el señor Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios - Equipo Especial en la audiencia respectiva, de fojas noventa y tres, de ocho de marzo de dos mil dieciocho, precisó que el delito de tráfico de influencias es el agravado previsto en el segundo párrafo del artículo 400 del Código Penal.

SEGUNDO. Que, en cuanto a la excepción de prescripción deducida, materia del recurso, se tiene lo siguiente:

1. En el escrito de excepción de prescripción de fojas uno, de nueve de febrero de dos mil dieciocho, presentado por la defensa del encausado Castillo Gutzalenco, se argumentó que los hechos atribuidos por instigación al delito de tráfico de influencias ya habrían prescrito; que, en efecto, razonó que si se toma en cuenta, para los plazos de prescripción, el día veintitrés de noviembre de dos mil once, fecha en que se firmó el último contrato del LP N° 06-2011-MTC/20, “Ejecución de la obra de rehabilitación y Mejoramiento de la carretera Quinua-San Francisco, Tramo 2: km 78+500-km 172+200 (San Francisco), postor ganador: Consorcio Vial Quinua (GyM SA-ICCGSA-EIVI SAC), la acción penal por el delito de tráfico de influencias ya habría prescrito, puesto que el plazo ordinario de prescripción venció el veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete, antes de la emisión de la disposición fiscal número cinco, de fojas siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho.

2. El auto de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de trece de marzo de dos mil dieciocho, proferido por el Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria, empero, declaró infundada la referida excepción. Apuntó que se debe de considerar el marco temporal de la imputación formulada por la fiscalía en la disposición número cinco, de fojas siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho; que, según la imputación, los representantes de las empresas constructoras, conformantes del denominado “Club de la Construcción”, entre ellos el investigado, habrían incurrido en los delitos de tráfico de influencias y de organización criminal, en concurso real, operando la prescripción de manera individual.

Agregó que la imputación fiscal atribuyó a los representantes de las empresas constructoras el delito instigación al tráfico de influencias en forma grupal y no de forma individual, porque todos ellos de manera conjunta habrían establecido el orden de prelación en la adjudicación de obras durante los años dos mil once a dos mil catorce, fechas en las que el funcionario público implicado trabajó en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; que dicho marco temporal es el que sirve para el computo de la prescripción, por lo que, a la fecha, han transcurrido menos de cuatro años desde el periodo mencionado hasta la formalización de investigación preparatoria, que se produjo el diecinueve de enero de dos mil dieciocho, consecuentemente, el delito no ha prescrito.

3. En mérito al recurso de apelación de fojas ciento cinco, de diecinueve de marzo de dos mil dieciocho, interpuesto por el abogado del citado acusado, y culminado el trámite impugnativo, la Sala Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios emitió el auto de vista de fojas ciento veinticinco, de cinco de abril de dos mil dieciocho, que confirmó el auto de primera instancia.

Consideró el Tribunal Superior que, según los términos de la imputación fiscal, el Ministerio Público postuló una co-inducción, lo que impide escindir la participación de los representantes de las empresas a

cada obra lícitada, como pretende la defensa, por tratarse de acuerdos conjuntos que beneficiaban indistintamente a cada uno de sus miembros; que, en consecuencia, la imputación también tiene que ser atribuida en forma conjunta, como se señala en la resolución impugnada; que, siendo así, en los casos de una investigación contra varias personas por instigación al delito de tráfico de influencias, cuya conducta es atribuida como parte de un acuerdo en conjunto (co-inducción), materializado en diferentes momentos y en beneficio indistinto de las empresas que representan, el inicio del plazo de prescripción se debe de computar desde el momento en que se materializó el último acuerdo; que como el hecho final habría acontecido, según la imputación, con el cese del cargo de funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Carlos García Alcázar, en el mes de julio del año dos mil catorce, entonces, el plazo de prescripción de la acción penal no ha operado porque para que esto suceda tienen que haber transcurrido ocho años desde el suceso indicado, pero en realidad ni siquiera han pasado cuatro años; que si se tiene en cuenta la tesis de la defensa, en el sentido de que el inicio del cómputo debe efectuarse desde el dos mil once (antes del veintitrés de noviembre de dos mil once), tampoco habría operado la prescripción por no haber transcurrido los ocho años que se requiere, de conformidad con los artículos 24, 80 y 400, segundo párrafo, del Código Penal.

4. Contra este auto de vista la defensa del encausado Nicolay Castillo Gutzalenko promovió recurso de casación.

TERCERO. Que la defensa del encausado Castillo Gutzalenko [fojas ciento treinta y dos, de nueve de mayo de dos mil dieciocho] mencionó el acceso excepcional al recurso de casación y citó, al efecto, el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal. Invocó como causal de casación: infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal).

Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se defina, en los casos de co-inducción, el inicio del plazo de prescripción.

Apunta que, en estos casos, tiene que vincularse el *dies a quo* con el momento del concreto aporte material que realiza el co-inductor para colaborar en la inducción, no con la fecha en que el autor llevó a cabo y consumó el tráfico de influencias.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ochenta y siete, de doce de octubre de dos mil dieciocho, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. La causal de infracción de precepto material: artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.
- B. El motivo de casación es postular un examen jurídico penal de la institución de la prescripción, en relación al comienzo del plazo y en función al título de intervención delictiva del instigador.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior -con la presentación de alegatos ampliatorios por la parte civil a cargo de la Procuraduría Pública Ad Hoc para los casos Odrebecht y conexos de fojas sesenta y ocho-, se expidió el decreto de fojas ciento dos, de veintitrés de mayo de dos mil diecinueve, que señaló fecha para la audiencia de casación el día diez de julio último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa del imputado, Doctor Luis Alejandro Vivanco Gotelli, y el abogado delegado de la Procuraduría Pública Ad Hoc para los casos Odrebecht y conexos, Doctor Iván Solís Turkoski.

SÉPTIMO. Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día y continuado el debate días posteriores, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. Que los hechos objeto de imputación, a estos efectos, son los fijados en la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria, que importan el sustento de la inculpación formal y la concreción de la promoción de la acción penal (artículo 336 del Código Procesal Penal). Interesa a los efectos de la dilucidación de la excepción de la prescripción: (i) el relato fáctico, como elemento esencial de carácter objetivo a tomar en cuenta; y, en principio, pero de modo relativo, (ii) el título de imputación, esto es, el delito o delitos materia de subsunción jurídico penal, las formas de intervención delictiva -principal o secundaria, según los casos-, las fases de realización del delito y las reglas concursales correspondientes. Solo en los casos de error patente y claridad evidente de los hechos postulados será posible que el órgano jurisdiccional pueda apartarse del aspecto normativo (título de imputación) de la disposición fiscal.

De otro lado, para definir si la acción penal ha prescrito o no, debe examinarse el cuadro de hechos o suceso histórico global planteado por la Fiscalía, en especial la fecha de su comisión, y aplicar las reglas sobre prescripción establecidas en el Código Penal. El criterio de análisis es, pues, formal. No es posible modificar los hechos imputados ni, por consiguiente, alterar las fechas postuladas por la Fiscalía. Si son varias las fechas designadas, por tratarse de múltiples acontecimientos acaecidos en diversos momentos -más allá de su conexión material o procesal-, cabe desde luego asumir aquellos momentos relevantes para dilucidar el caso concreto.

PRIMERO. Que contra el encausado Castillo Gutzalenko se sigue el presente proceso penal por dos delitos, en concurso real: organización criminal y tráfico de influencias agravado. La excepción deducida solo está referida al delito de tráfico de influencias agravado (artículo 400, segundo párrafo, del Código Penal). Luego, independiente de la suerte de esta excepción, el aludido imputado seguirá encartado por el delito de organización criminal.

Es axiomático que, más allá de la concreta conexión en el caso específico entre los delitos de tráfico de influencias (particularmente: influencia real) y de organización criminal, cada uno de ellos tiene su propia configuración típica, tutela distintos bienes jurídicos y las fechas de su comisión varían (no son las mismas).

El tipo delictivo de organización criminal es un delito plurisubjetivo y permanente -se mantiene la situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica-, así como de peligro abstracto. El fundamento de su criminalización es el peligro y la inestabilidad social que puede generar la sola existencia de un concierto criminal expresado en la conformación de colectivos cuya finalidad ha de infringir normas de contenido penal, siendo el sujeto pasivo la sociedad como ente colectivo indeterminado [PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Lavado de Activos y Organizaciones Criminales en el Perú*, Editorial IDEMSA, Lima, 2019, pp. 338 y 341]. Lo decisivo de este tipo penal es que el plan delictivo permanece más allá de las personas individuales -el fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una voluntad colectiva superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros (Sentencia del Tribunal Supremo Español STSE 178/2016, de tres de marzo)-. La nota característica de la organización criminal es que la actuación de sus integrantes se lleva a cabo dentro de una estructura organizada marcada por un actuar de decisiones y diversos niveles de ejecución (STSE 315/2017, de tres de mayo).

De otro lado, el delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcionarial y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de “influencia real” el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública. Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia de que la misma forme parte o no de un plan delictivo que lleva a la constatación de una empresa criminal. La conducta típica está radicada -al ser un delito de encuentro- no solo en la invocación

de una influencia a cambio de algo, sino que es indispensable, como compensación, que exista una aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada.

No puede, pues, confundirse las exigencias de ambos delitos más allá de su conexión material, lo que está relacionado sin duda con el tiempo de su comisión, cuya independencia es obvia.

SEGUNDO. Que el error de las resoluciones de instancia es, precisamente, dar un tratamiento jurídico único, priorizando el delito de organización criminal -su lógica comisiva- y su proyección en el tiempo, desconociendo que el delito de tráfico de influencias es autónomo e instantáneo -aunque, desde los hechos imputados, conexo materialmente al primero-, y que presenta exigencias típicas distintas y conductas delictivas específicas. Si se está, como así sucede, ante un concurso real de delitos (artículo 50 del Código Penal), entonces, el examen de la prescripción es autónoma, conforme al artículo 80, segundo párrafo, del citado Código. No puede confundirse el plan delictivo de la organización criminal con los concretos delitos cometidos como consecuencia del mismo.

Por lo demás, dado el carácter formal del examen de la excepción de prescripción no es relevante dilucidar si se está ante una coinducción, una instigación individualizada o una instigación en cadena -lo esencial, a estos efectos, es que el agente dolosamente realizó una aportación muy relevante para la ejecución del hecho delictivo al convencer, por diversos medios que importan un influjo psíquico, al autor o ejecutor a realizarlo, siendo obvio que la inducción precede a la decisión de cometer un delito concreto (artículo 24 del Código Penal)-. Solo es de resaltar que el imputado recurrente, desde los cargos, no fue calificado de autor del delito de tráfico de influencias, y que se señaló, a partir de lo que efectivamente habría realizado como interesado, que de uno u otro modo decidió la actividad delictiva del traficante de influencias (artículo 24 del Código Penal). Por lo demás, acerca de la “inducción en cadena”, más allá de los debates doctrinales, ésta es

aceptada en la doctrina alemana y en la jurisprudencia y en un sector de la doctrina española [véase: MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal - Parte General, 8va. Edición, Editorial Repertor, Barcelona, 2008, pp. 404-410].

TERCERO. Que, ahora bien, con independencia del delito de organización criminal -ajeno a esta excepción- y en orden a la autonomía del delito de tráfico de influencias, conforme se precisó en el fundamento jurídico precedente, se tiene -atento a los cargos imputados- lo siguiente:

1. Los dos actos presuntamente configuradores del referido delito se cometieron en el año dos mil once. El último acto continuado -así, artículo 82, numeral 3, del Código Penal- se habría agotado con la celebración del respectivo contrato el día veintitrés de noviembre de dos mil once, aunque el acuerdo delictivo tuvo lugar antes, pero en ese mismo año.
2. El delito imputado (artículo 400, párrafo final, del Código Penal, según la Ley 29758, de veintiuno de julio de dos mil once) está sancionado con una pena privativa de libertad máxima de ocho años, que es la regla que determina para el autor el examen de la prescripción de la acción penal (artículo 80, primer párrafo, del Código Penal, según la Ley 28117, de diez de diciembre de dos mil tres). Para el tipo básico -primer párrafo del citado artículo 400 del Código Penal- la pena privativa de libertad es no menor de cuatro años ni mayor de seis años.
3. No rige la regla de la dúplica del plazo de prescripción, prevista en el párrafo final de dicho precepto, porque el delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, en función a la aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada al autor. No es propiamente un delito contra el patrimonio del Estado. No se satisfacen, al respecto, las exigencias del Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, de dieciséis de noviembre de dos mil diez, Fundamentos Jurídicos decimocuarto y decimoquinto.

CUARTO. Que es de acotar, primero, que el sujeto activo del delito de tráfico de influencias -el autor- es el vendedor de influencias, mientras que el interesado (cobrador solicitante de influencias) solo puede ser considerado instigador, siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el “vendedor de influencias” mediante un influjo psíquico [Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-116, de dos de octubre de dos mil quince, Fundamento Jurídico undécimo]. Segundo, que como el rol atribuido al imputado Castillo Gutzalenko es el de instigador, resta determinar si el hecho de que el autor es funcionario público necesariamente lo vincula con esta circunstancia agravante específica, pese a que él no es funcionario público.

Al respecto, el artículo 26 del Código Penal es aplicable en el presente caso, pues la conducta del recurrente (extraneus) ha sido calificada de instigación del delito de tráfico de influencias. En el caso concreto la condición de funcionario público del autor (intraneus) solo agrava la punibilidad -la afecta, en todo caso, pero no la fundamenta-, pues se erige en una circunstancia agravante específica. Precisa, sobre el particular, el indicado precepto penal que: “Las circunstancias y cualidades que afecten ¡a responsabilidad de algunos de ¡os autores y partícipes no modifican ¡as de ¡os otros autores o partícipes del mismo hecho punible”.

La cualidad de funcionario público del autor es un elemento personal especial, que en el caso del delito de tráfico de influencias, como ya se anotó, agrava la pena pero no la fundamenta -en cuyo caso, si la fundamentaría, la solución necesariamente sería distinta-. Entonces, si no se da en el partícipe este elemento personal especial no puede ser penado por el tipo agravado sino por el básico -la cualidad personal del autor, como estatuye el citado artículo 26 del Código Penal, no modifica la del partícipe del mismo hecho punible-. Por consiguiente, el encausado Castillo Gutzalenko solo puede ser reprimido por el tipo básico: primer párrafo del artículo 400 del Código Penal. Luego, la pena privativa de libertad no puede ser superior a los seis años.

QUINTO. Que, en tal virtud, si el delito de tráfico de influencias se cometió en dos mil once, y si la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria se expidió el diecinueve de enero de dos mil dieciocho, se tiene lo siguiente. Primero, no se configuró la causal de suspensión de la acción penal a que se refiere el artículo 339, apartado 1), del Código Procesal Penal. Segundo, la acción penal, conforme al artículo 83 del Código Penal, recién se interrumpió al dictarse la disposición número uno, de cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, de iniciación de las diligencias preliminares (así se indicó en el numeral cinco, de la Sección II Antecedentes, de la disposición fiscal número cinco, de fojas siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho).

Los seis años transcurridos luego de cometido el delito de tráfico de influencias se cumplieron en dos mil diecisiete, necesariamente antes del mes de diciembre de ese año -recuérdese que el último acto de tráfico de influencias ocurrió antes de noviembre de dos mil diecisiete-; es decir, antes de la interrupción de la acción penal y, desde luego, con anterioridad a la inculpación formal. Consecuentemente, la acción penal por el delito de tráfico de influencias prescribió incluso previamente al inicio de las diligencias preliminares.

Es de aplicación, en suma, el artículo 6, numeral 2, del Código Procesal Penal: el proceso ha de ser sobreseído respecto del delito de tráfico de influencias, sin perjuicio de la continuación del proceso por el delito de organización criminal.

SEXTO. Que, en conclusión, el Tribunal Superior interpretó incorrectamente los alcances de las reglas de prescripción y las exigencias legales del delito de tráfico de influencias. Por tanto, el motivo casacional de infracción de precepto material debe ampararse y así se declara.

Por las propias características de la causal estimada la presente sentencia ha de ser rescindente y rescisoria: para decidir no es necesario un nuevo debate (artículo 433, apartado 1, del Código Procesal Penal). Debe procederse conforme al artículo 6, numeral 2, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación excepcional por la causal de infracción de precepto material interpuesto por la defensa del encausado NICOLAY CASTILLO GUTZALLENKO contra el auto de vista de fojas ciento veinticinco, de cinco de abril de dos mil dieciocho, que confirmando el auto de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de trece de marzo de dos mil dieciocho, declaró infundada la excepción de prescripción que dedujo; con lo demás que al respecto contiene. **II. CASARON** el auto de vista de fojas ciento veinticinco, de cinco de abril de dos mil dieciocho; y, actuando en sede de instancia: **REVOCARON** el auto de primera instancia de fojas noventa y cuatro, de trece de marzo de dos mil dieciocho, declaró infundada la excepción de prescripción por el delito de tráfico de influencias que dedujo el imputado; y, reformándolo: declararon **FUNDADA** dicha excepción. En consecuencia, sobreseyeron definitivamente el proceso respecto del delito de tráfico de influencias seguido contra el citado encausado, sin perjuicio de la continuación de la causa en su contra por el delito de organización criminal; y, **ORDENARON** el archivo de la misma en este extremo y la **ANULACIÓN** de sus antecedentes policiales y judiciales por el citado delito de tráfico de influencias. Sin costas. **III. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por licencia del señor juez supremo Príncipe Trujillo. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
FIGUEROA NAVARRO
CASTAÑEDA ESPINOZA
SEQUEIROS VARGAS
CHAVEZ MELLA

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA,
se imprimió en la República de Perú en el 2020.

