James Reátegui Sánchez

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL

SEGUNDA EDICIÓN

JURISTA editores

© JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL

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

Segunda edición: Mayo 2017

Tiraje: 1,000 ejemplares

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2017-05498

ISBN: 978-612-4366-17-8

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

A mis padres.

ÍNDICE GENERAL

A modo de introducción ... 39

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Capítulo Primero
EL DELITO DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES

I. Consideraciones generales ... 71
II. Bien jurídico protegido ... 74
III. El delito de Usurpación de Autoridad ... 78
1. Descripción típica ... 78
2. Generalidades ... 78
3. El primer supuesto: cuando el agente, sin título o nombramiento, usurpa una función pública ... 79
3.1. Sujeto activo ... 79
3.2. Conducta típica ... 79
3.2.1. Usurpar ... 79
3.2.2. Ausencia de medios típicos ... 80
3.2.3. La función pública ... 81
3.2.4. La ilegitimidad de la función pública ... 83
3.2.5. Las clases de ilegitimidad que prevé la Ley penal ... 85
4. Tipicidad subjetiva ... 87

5. Error de prohibición ... 88
6. El segundo supuesto: cuando el agente, sin título o nombramiento, usurpa la función de dar órdenes militares o policiales. 88
6.1. Conducta típica ... 88
6.2. Tipo subjetivo ... 90
6.3. Grados de desarrollo del delito ... 90
7. El tercer supuesto: El que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúe ejerciéndolo ... 90
7.1. Sujeto activo ... 90
7.2. Conducta típica ... 91
7.3. Tipicidad subjetiva ... 93
7.4. Grados de desarrollo del delito ... 93
8. El cuarto supuesto: ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene ... 93
8.1. Sujeto activo ... 93
8.2. Conducta típica ... 94
8.3. Tipicidad subjetiva ... 96
8.4. Grados de desarrollo del delito ... 96
9. Circunstancia agravante del artículo 361° del Código penal: "Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años" ... 97

IV. El delito de ostentación indebida y pública de función, cargo o título ... 98
1. Consideraciones generales y bien jurídico tutelado ... 98
2. Descripción legal ... 99
3. Tipicidad objetiva ... 100
3.1. Sujeto activo ... 100
3.2. Sujeto pasivo ... 101
3.3. Conducta típica ... 101
3.4. Ostentar públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce ... 101
3.5. Arrogarse públicamente grado académico, título profesional u honores que no le corresponden ... 104
3.5.1. Grado académico ... 106
3.5.2. Título profesional ... 107

3.5.3. Honores oficiales.. 108
4. Tipo subjetivo.. 109
5. Grados de desarrollo del delito 109
6. Imputación objetiva 109

V. El delito de ejercicio ilegal de la profesión (Artículo 363°).. .. 110
1. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado 110
2. Descripción legal 111
3. Tipicidad objetiva 112
3.1. Sujeto activo 112
3.2. Sujeto pasivo 113
3.3. Primer supuesto: el que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos 113
3.3.1. Conducta típica 113
3.4. Segundo supuesto: ejercer profesión con título falso 115
3.5. Tercer supuesto: si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual 116
4. Tipo Subjetivo 117
5. Grados de desarrollo del delito 117

VI. El delito de participación en ejercicio ilegal. (Artículo 364°) 117
1. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado 117
2. Descripción legal 118
3. Tipicidad objetiva 119
3.1. Sujeto activo 119
3.2. Sujeto pasivo 119
3.3. Conducta típica... 119
3.4. Tipo subjetivo.. 120
3.5. Grados de desarrollo del delito. 120

Capítulo Segundo
DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

I. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado... 123
II. El delito de violencia contra la autoridad para obligarle a algo (Artículo 365°). 125

1. Descripción legal ... 125
2. Tipicidad objetiva ... 126
2.1. Sujeto activo ... 126
2.2. Sujeto pasivo ... 126
2.3. Conducta típica ... 127
2.4. Ejercer violencia o amenaza, pero sin alzamiento público 127
2.4.1. Violencia ... 127
2.4.2. Amenaza ... 128
2.4.3. Los actos deben realizarse sin alzamiento público 129
2.5. Impedir a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones ... 129
2.6. Obligar a practicar un determinado acto de sus funciones 131
2.7. Estorbar en el ejercicio de la función pública ... 132
3. Tipicidad subjetiva ... 133
4. Grados de desarrollo del delito ... 133

III. El delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones (Artículo 366°) ... 134
1. Bien jurídico tutelado ... 134
2. Descripción legal ... 135
3. Tipicidad objetiva ... 135
3.1. Sujeto activo ... 135
3.2. Sujeto pasivo ... 135
3.3. Conducta típica: violencia o intimidación contra un funcionario público ... 135
3.3.1. Violencia ... 135
3.3.2. Intimidación ... 136
3.4. Violencia o intimidación contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel ... 137
3.5. Finalidad de la conducta: impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones 138
4. Tipicidad subjetiva ... 139
5. Grados de desarrollo del delito ... 139

IV. Formas agravadas de los delitos de violencia y resistencia a la Autoridad ... 140
1. Descripción legal ... 140

2. El hecho se realiza por dos o más personas. 141
3. El autor es funcionario o servidor público 141
4. El hecho se comete a mano armada 142
5. El autor causa una lesión grave que haya podido prever... .. 143
6. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular en el ejercicio de sus funciones. 144
7. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas 147
8. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas 148
9. Si, como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona, y el agente pudo prever este resultado 149
10. Análisis del Acuerdo Plenario N° 01-2016/CIJ-116 referido a la determinación de la pena en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad.. 150

V. El delito de resistencia o desobediencia a la autoridad. 157
1. Descripción legal 157
2. Tipicidad objetiva 158
   2.1. Sujeto activo 158
   2.2. Sujeto pasivo 159
   2.3. Conducta típica... 159
   2.4. La conducta de desobediencia 159
   2.5. La conducta de resistencia. 160
   2.6. La orden debe estar dirigida hacia una persona 161
   2.7. La orden impartida en ejercicio de sus funciones.. 163
   2.8. Sobre las particularidades de orden impartida según la jurisprudencia peruana.. 165
   2.9. El desobedecer o resistirse la "propia detención" como causal de exoneración de responsabilidad penal 167
3. Tipicidad subjetiva.. 170
4. Grados de desarrollo del delito 171
5. Tipo penal agravado por desobedecer la orden de realizar un

análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas. 172

VI. El delito de violencia de autoridades elegidas en el Código Penal. La reforma producida a través de la Ley N° 29519 de fecha 16-04-2010 173

1. Consideraciones y problemática 173
2. Descripción legal 177
3. Criterio de Derecho comparado.. 177
4. El actual artículo 369° del Código penal de 1991 y su relación con la actual Constitución Política de 1993 178
5. Sobre la nueva versión del actual artículo 369: "violencia" o "amenaza" 180
6. Criterio de indicación en el tipo penal de los procesos electorales: "General, parlamentario, regional o municipal" 183
7. Criterio de aumento de la pena abstracta en el marco mínimo en el artículo 369° del Código penal.. 184

VII. El delito de destrucción de envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad (artículo 370° del Código penal) 185

1. Consideraciones generales. 185
2. Descripción legal 185
3. Tipicidad objetiva 186
   3.1. Sujeto activo 186
   3.2. Sujeto pasivo 186
   3.3. Conducta típica 186
4. Tipicidad subjetiva.. 188
5. Grados de desarrollo del delito 188

VIII. El delito de negativa a colaborar con la Administración de Justicia (artículo 371° del Código penal)... 188

1. Bien jurídico penal. 188
2. Descripción legal 189
3. Tipicidad objetiva 190
   3.1. Sujeto activo 190
   3.2. Sujeto pasivo 191
   3.3. Conducta típica... 191
      3.3.1. Los sujetos auxiliares de la administración pública 191

3.3.2. Requerimiento previo ... 192
3.3.3. La abstención de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo ... 193
4. Tipicidad subjetiva ... 196
5. Grados de desarrollo del delito ... 196

IX. El delito de atentado contra los medios de prueba en el proceso. (artículo 372° del Código penal) ... 197
1. Consideraciones generales ... 197
2. Descripción legal ... 199
3. Tipicidad objetiva ... 200
3.1. Sujeto activo ... 200
3.2. Sujeto pasivo ... 200
3.3. Conducta típica ... 200
3.4. El objeto material ... 202
3.5. La sustanciación de un proceso ... 202
3.6. Que la sustancia del proceso sea ante una autoridad competente ... 203
3.7. Confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona 203
4. Tipo subjetivo ... 205
5. Grados de desarrollo del delito ... 205
6. El delito de atentado contra los medios de prueba en el proceso de manera culposa ... 207

X. Delito de sustracción de objetos requisados ... 209
1. Descripción legal ... 209
2. Comentarios ... 209

Capítulo Tercero
LAS INFRACCIONES PENALES VINCULADAS AL CONTROL DE SEGURIDAD EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS COMO DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

I. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado ... 213

II. El delito de ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión ... 216

1. Descripción legal ... 216
2. Tipicidad objetiva ... 216
2.1. Sujeto activo ... 216
2.2. Sujeto pasivo ... 217
2.3. Conducta típica ... 217
3. Tipicidad subjetiva ... 219
4. Grados de desarrollo del delito ... 220
5. Circunstancia agravante ... 221

III. El delito de ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión ... 222
1. Descripción legal ... 222
2. Tipicidad objetiva ... 222
2.1. Sujeto activo ... 222
2.2. Sujeto pasivo ... 223
2.3. Conducta típica ... 223
3. Tipicidad subjetiva ... 223
4. Grados de desarrollo del delito ... 224

IV. El delito de sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios ... 225
1. Descripción legal ... 225
2. Tipicidad objetiva ... 225
2.1. Sujeto activo ... 225
2.2. Sujeto pasivo ... 225
2.3. Conducta típica ... 225
3. Tipicidad subjetiva ... 227
4. Grados de desarrollo del delito ... 227

V. El delito de posesión indebida de teléfonos celulares o armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios ... 229
1. Descripción legal ... 229
2. Tipicidad objetiva ... 229
2.1. Sujeto activo ... 229
2.2. Sujeto pasivo ... 229

2.3. Conducta típica del primer párrafo: posesión o portación de armas de fuego o armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos 230
2.4. Conducta típica del segundo párrafo: posesión, portación, utilización o traficación de teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios no expresamente autorizados. .. 231
2.5. Conducta típica del tercer párrafo: si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal 232
3. Tipicidad subjetiva.. 233
4. Grados de desarrollo del delito 233

VI. El delito de ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios. 234
1. Descripción legal 234
2. Tipicidad objetiva 235
2.1. Sujeto activo 235
2.2. Sujeto pasivo 235
2.3. Conducta típica... 235
2.4. Circunstancia agravante: si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público.. 235
3. Tipicidad subjetiva.. 237
4. Grados de desarrollo del delito 237

Capítulo Cuarto
EL DELITO DE DESACATO EL DELITO DE PERTURBACIÓN EN LUGARES DONDE LA AUTORIDAD EJERCE FUNCIÓN PÚBLICA
(ARTÍCULO 375º DEL CÓDIGO PENAL)

1. Consideraciones generales... 241
2. Sobre el bien jurídico tutelado 243
3. Descripción legal... 244
4. Tipicidad objetiva.. 244
4.1. Sujeto activo... 244

4.2. Sujeto pasivo ... 245
4.3. Conducta típica ... 245
4.3.1. El causar desorden ... 245
4.3.2. Perturbación en Salas de Sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas ... 246
4.3.3. Perturbación en las Asambleas Regionales o Perturbación en los Concejos Municipales ... 246
4.3.4. Perturbación en los Tribunales de Justicia ... 246
4.3.5. Perturbación en otros lugares donde se ejerza funciones públicas ... 247
4.3.6. Que, el sujeto activo haya ingresado armado en los lugares antes mencionados ... 247
5. Tipicidad subjetiva ... 248
6. Grados de desarrollo del delito ... 249

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Capítulo Quinto
ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DE ABUSO DE AUTORIDAD

I. El delito de abuso de autoridad ... 255
1. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado ... 255
2. Sobre el bien jurídico tutelado ... 259
3. ¿Puede seguir sosteniéndose actualmente el carácter genérico del delito de abuso de autoridad en el Derecho peruano? ... 261
4. Descripción legal ... 264
5. Tipicidad objetiva ... 264
5.1. Sujeto activo ... 24
5.2. La problemática del dujeto pasivo en el delito de abuso de sutoridad ... 265
5.3. Conducta típica ... 267

5.3.1. Sobre la naturaleza jurídica del término "abuso" funcional: ¿Se trata de un abuso de "autoridad" o de un abuso de "atribuciones"?.. 267
5.4. Modalidades conductuales: cometer u ordenar. 272
5.5. Sobre el resultado típico: acto arbitrario en perjuicio de alguien.. 276
5.5.1. Se trata de un tipo penal de resultado lesivo 276
5.5.2. Sobre el acto arbitrario 277
5.5.3. Sobre el perjuicio a alguien 278
6. Tipicidad subjetiva.. 280
7. Grados de desarrollo del delito 282

II. Circunstancia agravante en función al procedimiento de cobranza coactiva. 284
1. Descripción legal 284
2. Comentarios 284

III. El delito de abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios. 287
1. Consideraciones generales y bien jurídico tutelado. 287
2. Descripción legal 287
3. Tipicidad objetiva 288
3.1. Sujeto activo 288
3.2. Sujeto pasivo 288
3.3. Conducta típica... 288
3.3.1. Valerse de su condición de funcionario o servidor público... 288
3.3.2. Condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social 289
3.3.3. Con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral. 290
4. Tipicidad subjetiva.. 290
5. Grados de desarrollo del delito 290

IV. El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (artículo 377° del Código penal)... 291
1. Consideraciones generales y bien jurídico protegido 291

2. Descripción legal ... 293
3. Tipicidad objetiva ... 293
3.1. Sujeto activo ... 293
3.2. Sujeto pasivo ... 294
3.3. Conducta típica ... 294
4. Tipicidad subjetiva ... 295
5. Grados de Desarrollo del delito ... 296

V. El delito de denegación o deficiente apoyo policial (artículo 378° del Código penal) ... 297
1. Consideraciones generales y bien jurídico protegido ... 297
2. Descripción legal ... 298
3. Tipicidad objetiva ... 299
3.1. Sujeto activo ... 299
3.2. Sujeto pasivo ... 299
3.3. Conducta típica ... 299
4. Tipicidad subjetiva ... 300
5. Grados de desarrollo del delito ... 300

VI. El delito requerimiento indebido de la fuerza pública (artículo 379° Código penal) ... 301
1. Consideraciones generales y el bien jurídico protegido ... 301
2. Descripción legal ... 302
3. Tipicidad objetiva ... 302
3.1. Sujeto activo ... 302
3.2. Sujeto pasivo ... 302
3.3. Conducta típica ... 302
3.3.1. Requerir la asistencia de la fuerza pública ... 302
3.3.2. Oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial ... 302
4. Tipicidad subjetiva ... 303
5. Grados de desarrollo del delito ... 303

VII. El delito de abandono de cargo (Artículo 380° Código Penal) 304
1. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado ... 304
2. Descripción legal ... 304
3. Tipicidad objetiva ... 305

3.1. Sujeto activo ... 305
3.2. Sujeto pasivo ... 305
3.3. Conducta típica ... 305
3.3.1. Abandonar cargo ... 305
3.3.2. No haber cesado legalmente ... 307
3.3.3. Causar perjuicio o daño al servicio público ... 309
3.3.4. Tipicidad subjetiva ... 310
3.3.5. Grados de desarrollo del delito ... 310

VIII. El delito nombramiento o aceptación ilegal (Artículo 381° Código penal) ... 311
1. Sobre el bien jurídico protegido ... 311
2. Descripción legal ... 313
3. Tipicidad objetiva ... 313
3.1. Sujeto activo ... 313
3.2. Sujeto pasivo ... 314
3.2.1. Conducta típica ... 314
4. Tipicidad subjetiva ... 317
5. Grados de desarrollo del delito ... 317

CAPÍTULO SEXTO
EL DELITO DE CONCUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL
ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 382°

1. Consideraciones generales ... 321
2. Sobre el bien jurídico tutelado ... 326
3. Tipicidad objetiva ... 328
3.1. Descripción legal ... 328
3.2. Legislación penal nacional y comparada ... 329
3.3. Sujeto activo ... 330
3.4. Sujeto pasivo ... 331
3.5. Conducta típica ... 332
3.5.1. Abusando del cargo funcional ... 332
3.5.2. Modos de ejecución: obligar o inducir ... 335
3.5.2.A. Obligar a dar o prometer ... 336
3.5.2.B. Inducir a dar o prometer ... 340

3.5.3. Objeto de la ejecución: para dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial ... 345
3.5.4. Lo "indebido" en dar o prometer un bien o beneficio patrimonial ... 348
3.5.5. Destinatarios: "para sí" o para "otro" ... 348
4. Tipicidad subjetiva ... 349
5. Grados de ejecución del delito ... 351
6. Relaciones concursales ... 352
6.1. Con el delito de coacción ... 352
6.2. Con el delito de abuso de autoridad ... 354
6.3. Con el delito de cohecho pasivo ... 356

Capítulo Séptimo
EL DELITO DE COBRO INDEBIDO O EXACCIÓN ILEGAL
ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 383º DEL CÓDIGO PENAL

I. Consideraciones generales y bien jurídico tutelado ... 361
II. Tipicidad objetiva ... 367
1. Descripción legal ... 367
2. Legislación comparada ... 367
3. Sujeto activo ... 367
4. Sujeto pasivo ... 369
5. Abusando del cargo como elemento común a los delitos de concusión ... 370
6. Sobre las modalidades conductuales ... 372
6.1. Exigir ... 372
6.2. Hacer pagar o entregar ... 373
7. Los objetos materiales del delito ... 375
8. El destino de lo pagado o entregado indebidamente: el monto de lo pagado debe ingresar a la administración pública. 379
9. Tipicidad subjetiva ... 380
10. Grados de desarrollo del delito ... 382

CAPÍTULO OCTAVO
EL DELITO DE COLUSIÓN
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 384º DEL CÓDIGO PENAL

1. Consideraciones generales ... 387
2. La tipicidad en el delito de colusión ... 391
   - 2.1. Antecedentes ... 391
   - 2.2. El artículo 384º del Código Penal. Evolución legislativa del delito de colusión ... 392
   - 2.3. El Proyecto de la Ley Nº 26713 descriminaliza la colusión ilegal en el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta ... 394
   - 2.4. Según la Exposición de Motivos de la Ley Nº 26713 se des penaliza la colusión ilegal en el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta ... 394
   - 2.5. Según el Dictamen de la Comisión de Justicia recaído en el Proyecto de la Ley Nº 26713 que despenaliza la colusión ilegal para los funcionarios de empresas públicas y sociedades de economías mixtas ... 395
   - 2.6. Modificación expresa del artículo 425° inciso 3) del Código Penal ... 396
   - 2.7. Modificación expresa del artículo 384° del Código Penal ... 397
   - 2.8. Texto legal actual ... 398
3. Tipicidad objetiva ... 398
   - 3.1. El sujeto activo ... 398
   - 3.2. Los requisitos de la concertación ... 400
     - 3.2.1. El concepto de concertación ... 400
       - *3.2.1.a.* La concertación tiene que ser clandestino ... 405
       - *3.2.1.b.* La concertación tiene que ser defraudatoria y no permitido por ley ... 407
   - 3.3. La vinculación funcional del funcionario/servidor público ... 413
     - 3.3.1. Exposición jurisprudencial ... 414
     - 3.3.2. Exposición doctrinal ... 415
     - 3.3.3. Exposición legal ... 418
   - 3.4. El resultado típico en el delito de colusión ... 419
     - 3.4.1. El perjuicio potencial ... 422
     - 3.4.2. El perjuicio efectivo ... 424

3.4.3. Opción mixta ... 427
4. Tipicidad subjetiva ... 428
5. Sobre el delito de colusión ilegal y el proceso de reforma producida por las Leyes Nros. 29703 y 29758 ... 428
6. Sobre algunos puntos problemáticos en el delito de colusión ... 435
6.1. La colusión como tipo penal de encuentro ... 435
6.2. ¿Existe la figura del "interesado-cooperador necesario"? Sobre el tipo penal ampliado en el delito de colusión desleal 438
6.3. El delito de colusión y su realización por la omisión impropia 441
6.4. Sobre la pericia valorativa como prueba idónea en el delito de colusión ... 443

Capítulo Noveno
EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES PRIVADOS

I. Consideraciones generales y sobre el bien jurídico protegido 447
II. Tipicidad objetiva. ... 451
1. Fuentes extranjeras. ... 451
2. Descripción legal ... 452
3. Sujeto activo. Autoría y participación. ... 452
4. Conducta típica ... 454
4.1. Valerse del cargo funcional. ... 455
4.2. Patrocinar intereses de particulares ante la administración pública. ... 458
IV. Tipicidad subjetiva. ... 463
V. Grados de consumación del delito ... 464
VI. Continuidad delictiva. ... 464
VII. Relaciones concursales ... 467
VIII. Penalidad ... 472
IX. Extensión del tipo penal a colusión y a patrocinio ilegal de intereses privados. ... 472
1. Descripción legal. ... 472
2. Comentarios. ... 472
X. Casos judiciales analizados ... 474

Capítulo Décimo
EL DELITO DE PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL

I. Aspectos históricos y el objeto protegido en el delito de peculado ... 479

II. Aspectos esenciales del art. 387° del Código Penal peruano: el peculado doloso por apropiación-utilización ... 487

1. Evolución legislativa del delito de peculado en el Perú ... 489
2. Sujeto activo ... 490
3. Conducta típica ... 492
4. Equiparación entre el hurto y el peculado: La sustracción ... 493
5. La apropiación en el peculado ... 495
6. La apropiación y el ánimus de aprovechamiento ... 496
7. El elemento "por razón del cargo" como presupuesto objetivo. Vinculación funcional ... 501
   - 7.1. La vinculación funcional en el delito de peculado y el fallo judicial de absolución de Alberto Fujimori en el caso "diarios chicha" ... 506
8. Los bienes que administra el funcionario público: ¿En qué momento los bienes adquieren la calidad de "públicos"? ... 513
9. Tipicidad subjetiva ... 515
10. La consumación típica ... 516
    - 10.1. Cuestiones generales ... 516
    - 10.2. La etapa "ejecutiva" del peculado doloso se inicia con la sustracción y culmina con la mínima disposición-pérdida relativa de los caudales públicos ... 520

III. Sobre la problemática del "para sí o para otro" en el delito de peculado doloso ... 526

1. La sentencia del Tribunal anticorrupción de fecha 29 de mayo considera un elemento objetivo "para sí o para otro" 527
2. La doctrina y jurisprudencia indican que el elemento "para sí o para otro" es un elemento subjetivo ... 528
3. Cuando el tipo penal de peculado alude al "otro" no se está refiriendo a que dicho sujeto beneficiario sea "coautor" ... 534

IV. La intervención de terceras personas en el delito de peculado 536

V. Las consecuencias de admitir la tesis de administrador de "hecho" y de "derecho" en el delito de peculado 539
1. Cuestiones generales 539
2. La admisión del "administrador de derecho" 542

VI. Algunas consideraciones finales sobre el delito de peculado .. 548

VII. La modificación contenida en la Ley N° 29703 y 29758 553

VIII. Respecto a la modificatoria del delito de peculado de uso Art. 388° en la Ley N° 29703 555

Capítulo Décimo Primero
EL DELITO DE PECULADO DE USO
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 388° DEL CÓDIGO PENAL

1. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado 557
2. Tipicidad objetiva 559
2.1. Descripción legal 561
2.2. Sujeto activo 561
2.3. Sujeto pasivo 562
2.4. Conducta típica 565
2.5. El uso de objetos o instrumentos de propiedad del Estado con fines ajenos al servicio público 569
2.6. El objeto material del delito: que el vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenezcan a la administración pública o que se hallan bajo su guarda 570
2.7. Grados de desarrollo del delito 572
2.8. Cláusula de exoneración típica prevista en el último párrafo del artículo 388° del Código penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N° 04298-2012-PA/TC Lambayeque en el Caso "Roberto Torres Gonzales" 573
3. Tipicidad Subjetiva 581
4. El error de prohibición y el principio de subsidiariedad del Derecho penal en el peculado de uso según la jurisprudencia penal peruana 582
5. ¿Es conveniente la incorporación de una cláusula de gravedad de los bienes o instrumentos utilizados en el peculado de uso? 584

Capítulo Décimo Segundo
LA INFRACCIÓN PENAL POR PECULADO CULPOSO
ANÁLISIS A PARTIR DEL ARTÍCULO 387° CUARTO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL

1. Consideraciones generales ... 589
2. Bien jurídico tutelado ... 592
3. Modelos de tratamiento jurídico de la "culpa" o "imprudencia" según la intervención o no de personas en un evento delictivo 592
4. Tipicidad objetiva ... 594
   - 4.1. Descripción legal ... 594
   - 4.2. Sujeto activo ... 594
   - 4.3. Sujeto pasivo ... 595
   - 4.4. Conducta típica ... 595
     - 4.4.1. La culpa generada por el funcionario o servidor público 595
     - 4.4.2. La vinculación funcional del funcionario-servidor respecto de los causales-efectos públicos. ... 605
     - 4.4.3. La intervención del tercero extraneus en el proceso de sustracción de bienes o efectos del Estado ... 606
     - 4.4.4. La afectación patrimonial al Estado como requisito concurrente de tipicidad ... 615
   - 4.5. Ley N° 29703 de fecha 26 de mayo del 2011 y su incorporación del delito de peculado doloso por omisión del funcionario con respecto de la sustracción de terceros, y su posterior modificación por la Ley 29758 de fecha 21 de julio del 2011 618
   - 4.6. Tipicidad subjetiva ... 620
   - 4.7. Grados de desarrollo del delito ... 620
   - 4.8. Circunstancia agravante si los caudales o efectos, estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social ... 621

Capítulo Décimo Tercero
EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

1. Consideraciones generales y el bien jurídico-penal ... 625
2. Descripción legal ... 631
   - 2.1. Legislación penal comparada ... 632

3. Tipicidad objetiva.. 633
3.1. Sujeto activo y sujeto pasivo 633
3.2. Aspectos generales sobre la conducta típica.. 634
3.3. Facultades de administración en relación al dinero o bienes por parte del funcionario/servidor. 637
3.4. El objeto material del delito. 638
3.5. La relación funcional del dinero o bienes.. 639
3.6. La aplicación pública definitiva diferente de los bienes o dinero por parte del funcionario o servidor público 640
4. Tipicidad subjetiva 643
5. Grados de desarrollo del delito.. 643
6. Circunstancia agravante por aplicación definitiva de dinero o bienes de programas de apoyo social, de desarrollo o asistencia 648
7. El delito de malversación de fondos y su diferencia con el delito de peculado 649
7.1. Consideraciones generales... 649
7.2. Jurisprudencia en procesos por delito de malversación de fondos 652

Capítulo Décimo Cuarto
EL DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO

1. Consideraciones generales... 657
2. Sobre el bien jurídico tutelado 660
3. Descripción legal... 661
4. Tipicidad objetiva.. 662
4.1. Sujeto activo... 662
4.2. Sujeto pasivo 663
4.3. Conducta típica 663
4.3.1. Sobre el verbo rector "demora" 664
4.3.2. Teniendo fondos expeditos... 665
4.3.3. Pagos ordinarios. 666
4.3.4. Pagos decretados 666
5. Tipicidad subjetiva 667
6. Grados de desarrollo del delito.. 668

7. El concurso de delitos.. 669
8. Conclusiones 669

Capítulo Décimo Quinto
EL DELITO DE REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES DEPOSITADOS O PUESTOS EN CUSTODIA

1. Consideraciones generales... 673
2. Sobre el bien jurídico tutelado 675
3. Descripción legal... 676
4. Tipicidad objetiva.. 676
   4.1. Sujeto activo... 676
   4.2. Sujeto pasivo 677
   4.3. Conducta típica 677
      4.3.1. La existencia del depósito, custodia o administración 678
      4.3.2. Rehusar la entrega de dinero, cosas o efectos. 678
      4.3.3. Requerimiento 680
5. Tipicidad subjetiva 681
6. Grados de desarrollo del delito.. 682
7. Concurso de delitos.. 683

Capítulo Décimo Sexto
PECULADO POR EXTENSIÓN

I. Consideraciones generales y bien jurídico protegido. 687
II. Tipicidad objetiva.... 695
   1. Descripción legal. 695
   2. Conducta típica... 695
      2.1. Personas que pertenecen a entidades de beneficencia o similares... 696
      2.2. Personas que son ejecutores coactivos. 697
      2.3. Personas que son administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.... 699
      2.4. Personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.... 704

Capítulo Décimo Séptimo
EL DELITO DE COHECHO PASIVO

I. Consideraciones generales sobre la corrupción 709
II. Corrupción y administración pública 717
1. Cuestión previa 717

III. Aspectos esenciales de los delitos de corrupción de funcionario. A propósito de la reforma producida por la N° Ley 28355 del 04-10-2004 720
1. Apuntes preliminares. 720
2. Sistemática legislativa: el caso de Argentina y Perú 725
3. Configuración típica del cohecho y la Ley 28355 729
3.1. Cohecho pasivo propio 732
3.2. Cohecho pasivo impropio 742
3.3. Cohecho pasivo específico. 744

IV. El delito de cohecho como forma de "encuentro" en los tipos pluripersonales 746
V. La corrupción de funcionario en el contexto de la criminalidad organizada 750
VI. A modo de conclusión 752
VII. Algunos aspectos en torno a la consumación en el delito de cohecho pasivo propio (art. 393° del Código penal) 755
1. Lo que se reprime en el delito de cohecho (activo y pasivo) es el "pacto venal" 755
2. Los supuestos típicos del delito de cohecho pasivo propio del artículo 393° del Código penal. Especial mención al medio corruptor "aceptar" 758
3. El iter criminis del delito de cohecho pasivo (propio como impropio). A la vez una fundamentación a través del delito de mera actividad 763
4. Subjetivamente el delito de cohecho pasivo (propio e impropio) es un delito de tendencia interna trascendente, o llamado también delitos de intención 768
5. Tipos congruentes y tipos incongruentes 769
6. Algunas conclusiones. 769

VIII. El agraviado/parte civil por excelencia en los delitos de corrupción de funcionarios públicos es el "Estado" y no los particulares afectados por el delito. ... 772

Capítulo Décimo Octavo
EL DELITO DE SOBORNO INTERNACIONAL PASIVO

I. Consideraciones generales. ... 777

II. Las modificatorias sobre el soborno internacional pasivo y algunos casos de renombre internacional. ... 787

1. ¿Qué es Petrobras? ... 788
2. ¿Cómo comenzó esta investigación? ... 788
3. ¿Cómo funcionaba esta red de sobornos y corrupción? ... 789
4. ¿Cuánto dinero fue robado? ... 789
5. ¿Qué políticos de Brasil han sido involucrados? ... 789
6. ¿Qué políticos de Perú han sido involucrados? ... 790

III. Sobre el bien jurídico tutelado. ... 792

IV. Sobre la tipicidad objetiva. ... 793

1. Tipo penal ... 793
2. Sujeto activo ... 793
3. Sujeto pasivo ... 794
4. Modalidades típicas ... 794
   - 4.1. El agente internacional acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar un acto en violación de sus obligaciones ... 796
   - 4.2. Ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligaciones ... 797
   - 4.3. El agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber para omitir un acto en violación de sus obligaciones ... 798

V. Tipicidad subjetiva ... 802

VI. Grados de desarrollo del delito ... 802

Capítulo Décimo Noveno
EL DELITO DE COHECHO ACTIVO (GENÉRICO Y ESPECÍFICO) EN EL CÓDIGO PENAL

1. Consideraciones generales y el bien jurídico-penal ... 807
2. Semejanzas y diferencias del comportamiento típico "activo" en función al delito de cohecho ... 811
3. El delito de cohecho (activo) como delito de encuentro ... 813
4. El delito de cohecho activo genérico ... 814
   - 4.1. Descripción legal. Evolución legislativa ... 814
   - 4.2. Legislación penal comparada ... 816
5. El delito de cohecho activo genérico (propio) ... 818
   - 5.1. Tipicidad objetiva ... 818
     - 5.1.1. Sujeto activo ... 818
     - 5.1.2. Sujeto pasivo ... 819
     - 5.1.3. Conducta típica ... 819
       - 5.1.3.a. Sobre los verbos rectores ... 819
     - 5.1.4. Sobre la propiedad de la conducta del cohechante activo 822
     - 5.1.5. Los medios corruptores ... 823
   - 5.2. Tipicidad subjetiva ... 825
   - 5.3. Grados de desarrollo del delito ... 827
6. Tipicidad objetiva del cohecho activo genérico (impropio) ... 829
   - 6.1. Descripción legal ... 829
   - 6.2. Conducta típica ... 829
     - 6.2.1. Sujeto activo y sujeto pasivo ... 829
     - 6.2.2. Sobre los verbos rectores ... 829
     - 6.2.3. La impropiedad de la conducta del cohechante activo 829
     - 6.2.4. Sobre los medios corruptores ... 831
   - 6.3. Tipicidad subjetiva ... 831
7. El delito de cohecho activo específico dirigido al magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo (artículo 398°, primer párrafo, del Código penal) ... 832
   - 7.1. Descripción legal ... 832
   - 7.2. Comentarios ... 833
   - 7.3. Tipicidad subjetiva ... 836

8. El delito de cohecho activo específico dirigido al secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo (artículo 398°, segundo párrafo, del Código penal) ... 836
8.1. Descripción legal. Evolución legislativa ... 836
8.2. Sujeto activo y sujeto pasivo ... 838
8.3. Conducta típica ... 838
8.4. Tipo subjetivo ... 840
8.5. Grados de desarrollo del delito ... 841
9. Tipicidad objetiva del cohecho activo específico mediante abogado o estudio de abogados ... 841
9.1. Descripción legal. Evolución legislativa ... 841
9.2. Sujeto activo y sujeto pasivo ... 844
9.3. Conducta típica ... 844
9.4. Tipicidad subjetiva ... 846
10. Sobre el tratamiento jurídico-procesal del cohechante activo ... 846

Capítulo Vigésimo
EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

I. Consideraciones generales. ... 855

II. La corrupción como mal endémico ... 858

III. Sobre la tipicidad objetiva. ... 870
1. El sujeto activo ... 872
2. El sujeto pasivo ... 872
3. Conductas típicas ... 877

IV. Tipicidad subjetiva ... 889

V. Grado de desarrollo del delito ... 890

Capítulo Vigésimo Primero
EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 399° DEL CÓDIGO PENAL

I. **Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado** ... 893
II. **¿El interés particular debe ser simplemente "incompatible" a la administración pública?** ... 906
III. **La negociación incompatible como delito de infracción del deber** ... 910
IV. **Sobre el Derecho penal comparado** ... 913
V. **Antecedentes legales** ... 916
VI. **Tipicidad objetiva** ... 916
1. Descripción legal ... 916
2. Sujeto activo ... 918
3. Sujeto pasivo ... 920
4. Conducta típica ... 920
4.1. El verbo rector "interesarse" ... 920
4.1.1. El interés del funcionario o servidor público debe ser de manera indebida ... 931
4.2. Las modalidades específicas, según el Código penal, de negociación incompatible ... 934
4.2.1. El interés, indebido, del funcionario o servidor público de manera directa sobre contratos u otra operación ... 935
4.2.2. El interés, indebido, del funcionario o servidor público de manera indirecta sobre contratos u otra operación ... 936
4.2.3. El interés, indebido, del funcionario o servidor público, por acto simulado, sobre los contratos u otra operación ... 938
4.3. Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones ... 938
4.4. La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser por razón de su cargo ... 943

4.4.1. Sobre la competencia funcional como requisito para configurar por "por razón del cargo".... 947

VII. Tipicidad subjetiva... 949

VIII. Grados de desarrollo del delito.... 954

IX. Problemas de aplicación concursal entre el delito de negociación incompatible y el delito de colusión.. 960

X. La participación en el delito de negociación incompatible... .. 966

XI. La prescripción en el delito de negociacion incompatible 968

XII. La prueba en el delito de negociación incompatible.. 969

CAPÍTULO VIGÉSIMO SEGUNDO
EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 400° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado... 977
2. Tipicidad objetiva.. 990
   - 2.1. Descripción legal del artículo 400° del Código penal.. 990
   - 2.2. Legislación comparada. 992
   - 2.3. Sujeto activo... 994
   - 2.4. Sujeto pasivo 996
   - 2.5. Conducta típica 996
   - 2.6. Las influencias pueden ser "reales" o "simuladas" 997
     - 2.6.1. Las influencias reales 997
     - 2.6.2. El regreso de las influencias "simuladas" mediante la Ley N° 29758... 999
     - 2.6.3. La influencia tiene que ser ejercido mediante el verbo "invocar" o "tener la influencia"... 1001
     - 2.6.4. Objetos corruptores en el tráfico de influencias: donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. 1005
     - 2.6.5. Ofreciendo interceder ante un funcionario o servidor público 1008
     - 2.6.6. Se tiene que influenciar en un caso judicial o un caso administrativo 1011
3. Tipicidad subjetiva 1013
4. Grado de desarrollo del delito 1013

5. Circunstancia agravante del segundo párrafo del artículo 400° C.P. por razón del cargo especial del autor. ... 1015
6. La problemática jurídico-penal del sujeto "interesado" en el artículo 400° del Código penal.. ... 1016

Capítulo Vigésimo Tercero
EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL

1. Consideraciones generales... ... 1025
2. Sobre el bien jurídico tutelado... ... 1030
3. El delito de enriquecimiento ilícito y su versión original de no justificación del enriquecimiento por parte del funcionario o servidor público. ... 1033
4. Antecedentes y evolución legislativa en el Perú del delito de enriquecimiento ilícito. ... 1039
5. Descripción legal: Evolución legislativa ... 1040
   5.1. El texto original del Código penal de 1991 ... 1041
   5.2. Primera modificación: Ley N° 27482, con fecha 15-06-2001 .. 1041
   5.3. Segunda modificación: Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004 .. 1042
   5.4. El Anteproyecto del Código penal peruano (2008-2010), presentado por la Comisión Especial del Congreso de la República, Revisora del Código penal.. ... 1043
   5.5. Legislación penal comparada.. ... 1045
      5.5.1. Colombia. ... 1045
      5.5.2. Argentina. ... 1046
6. Tipicidad objetiva.. ... 1046
   6.1. Sujeto activo... ... 1047
   6.2. Sujeto pasivo.. ... 1048
   6.3. Conducta típica. ... 1048
      6.3.1. Sobre el término "enriquecimiento" ... 1048
      6.3.2. La sustitución del término "durante el cargo" por el de "abuso del cargo" ... 1051
      6.3.3. El momento temporal del enriquecimiento ilícito 1054

6.3.4. Las fuentes generadoras de enriquecimiento ilícito: ¿Donativos, dádivas o presentes? ... 1057
6.3.5. ¿Resulta necesario incorporar un "monto económico" al enriquecimiento en el modelo penal peruano? ... 1062
7. La tipicidad subjetiva. Sobre la problemática de la concurrencia del elemento subjetivo distinto del dolo en el enriquecimiento ilícito ... 1063
8. Grados de desarrollo del delito ... 1065
9. El delito de enriquecimiento ilícito agravado por razón del cargo o antejuicio o prerrogativa constitucional ... 1068
10. Tercer párrafo del artículo 401° del Código penal: "Indicio tasado" en la forma de cómo se debe entender el término enriquecimiento indebido. El concepto de indicio de enriquecimiento regulado en el último párrafo del artículo 401° del Código penal 1069
11. Entre el delito de cohecho pasivo y el delito de enriquecimiento ilícito existe una relación de subsidiaridad tácita ... 1071

Capítulo Vigésimo Cuarto
EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y SU VINCULACIÓN CON LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
CONSIDERACIONES A PARTIR DEL ARTÍCULO 425° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. La administración pública y su protección mediante el Derecho penal ... 1079
1.1. En el ámbito de la administración pública rige el principio de división del trabajo y jerarquización de funciones ... 1089
2. Sobre el concepto de funcionario público ... 1091
2.1. El funcionario de facto o de hecho ... 1095
3. Sobre el concepto de servidor público ... 1098
4. La problemática del funcionario público por elección y la perspectiva de la Convención Americana contra la Corrupción ... 1099
5. El concepto de funcionario o servidor público en las normas extra-penales ... 1103

6. Los delitos de infracción del deber y los delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública. Especial mención a los deberes éticos y administrativos de los funcionarios ... 1106
7. El funcionario como portador de deberes especiales de garantía 1113
8. El principio de incorporación del sujeto funcionarial desde el punto de vista del Derecho penal ... 1117
8.1. El título o fundamento jurídico ... 1118
8.2. La investidura o juramentación o asunción del cargo ... 1119
8.3. La función pública ... 1120
8.4. Remuneración ... 1125
9. Análisis jurídico-dogmático del artículo 425° del Código penal peruano ... 1125
9.1. Descripción legal ... 1125
9.2. Antecedentes legales y perspectiva de lege ferenda ... 1126
9.3. Los que están comprendidos en la carrera administrativa ... 1130
9.4. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular ... 1132
9.5. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos ... 1136
9.5.1. Contexto histórico-legal del inciso 3 del artículo 425° del Código penal ... 1136
9.5.2. Regulación del inciso 3 del artículo 425° del Código penal a partir de la Ley N° 30124 ... 1141
9.6. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares ... 1149
9.7. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional ... 1151
9.8. Los demás indicados por la Constitución Política o por la ley 1153
10. Sobre el régimen sancionatorio (penal - administrativo) de los funcionarios o servidores públicos ... 1161
11. La modificación en el artículo 425° del Código penal a través de la Ley N° 30124: La incorporación nuevamente del funcio-

nario/servidor proveniente de economía mixta y el concepto de funcionario/servidor "adelantado" ... 1165
11.1. Descripción típica ... 1165
11.2. Resumen de las modificaciones más importantes en la Ley N° 30124 ... 1166
11.3. Definición de funcionario/servidor público en el ámbito penal – internacional ... 1167
11.4. Sobre el funcionario/servidor público proclamado, electo o designado en la Ley N° 30124 ... 1171

Capítulo Vigésimo Quinto
LA PENA DE INHABILITACIÓN PARA LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS
A PROPÓSITO DE PUBLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1243

I. Consideraciones generales. ... 1177
II. Los cambios producidos a través del Decreto Legislativo N° 1243 en el artículo 426° del Código penal. La incorporación de la llamada "inhabilitación perpetua" para los delitos cometidos contra la Administración pública. ... 1182

COMENTARIOS A LAS MODIFICACIONES LEGALES PRODUCIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, A TRAVÉS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1351

I. Introducción ... 1187
II. La ampliación de delitos para la prohibición de pena condicional cuando se trate de los delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública ... 1188
III. Sobre la creación del delito de cohecho pasivo propio e impropio en el ejercicio de la función policial ... 1190
IV. Sobre la creación del delito de cohecho activo propio e impropio en la función policial ... 1192
V. Sobre la pena de inhabilitación para el agente activo que corrompa a un miembro policial ... 1194

BIBLIOGRAFÍA GENERAL 1195
CUADRO COMPARATIVO 1223

ÍNDICE GENERAL DE ANEXOS

(Anexos, ver en CD adjunto)

I. **Informe Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción (Felipe Villavicencio Terreros Lima, mayo del 2000)** 1241

II. **Acuerdos Plenarios Jurisdiccionales con incidencia en los delitos cometidos por funcionarios públicos** 1289

A MODO DE INTRODUCCIÓN

I

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

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

(1) Descubierta la red de corrupción liderada por Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos Torres la investigación siguió los conductos regulares. De esta manera se derivó al 41° Juzgado Penal de Lima. En ese despacho se empezaron a visualizar los famosos "vladivideos" en coordinación con el Congreso de la República, la Procuraduría Ad-hoc y el Ministerio Público. El 28 de enero de

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

---

2001, el entonces Presidente de la Corte Superior de Lima, Dr. Sergio Salas Villalobos, solicitó al Consejo Transitorio del Poder Judicial se le permita designar a seis jueces ad-hoc para que conozcan de estos casos de corrupción, dicha instancia absolvió dicho pedido autorizándole la designación de "...seis jueces Especializados en lo Penal para atender adecuadamente los procesos ya instaurados y los que se instauren como consecuencia de las investigaciones que se están realizando en diversos niveles en torno al ciudadano Vladimiro Montesinos Torres".

Si bien el Derecho penal no solo se trata de prohibiciones y órdenes dirigidas a los ciudadanos, se trata también de regular la actuación de los funcionarios estatales ante la sospecha de la comisión de un hecho punible. Estas normas procesales son de carácter técnico: estas normas establecen la posición del inculpado, del testigo, del perito o del perjudicado. Estas normas permiten, bajo determinados presupuestos, la revisión de sentencias revisadas conforme a Derecho, prohíben tribunales de excepción y subordinan la designación del juez competente a un mecanismo abstracto, mezcla de automatismo y casualidad, pretenden evitar un castigo por duplicado, establecen el derecho a guardar silencio y delimitan la frontera a la curiosidad pública. En definitiva, no solo organizan el proceso penal; antes bien, establecen derechos y obligaciones, cuidan de su realización y ciñen la búsqueda de la verdad y la justicia a reglas y principios.

El Derecho penal resulta más barato, en el caso concreto resulta una respuesta dura, y en lo que se refiere al problema de la globalidad, promete cierta eficacia. Lo que defendemos es una actitud crítica y vigilante. El aseguramiento de las normas fundamentales a través de un proceso y una sanción pública necesita de una especial fidelidad a determinados principios que se manifiestan tanto en la amenaza de la pena, como el proceso penal y en la fase de ejecución de la pena.

(2) Véase, en este sentido: ALCOCER POVIS, Eduardo; "*El actual sistema penal anti-corrupción peruano. ¿Acaso un Derecho procesal penal del enemigo?*", en: Libro de ponencias, XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho penal y Criminología, Universidad Nacional de Córdoba, 2003, p. 11. Fue JAKOBS quien lo introdujo al debate penal en dos etapas: en 1985 estaba vinculado a aquellos delitos que representaban una puesta en

como consecuencia inmediata la adopción de un sistema penal de *autor*, en contraposición a un sistema de comisión delictiva, donde el procesamiento y aplicación de la pena criminal tienen como fundamento las condiciones y características personales: eres terrorista de tal militancia, eres traficante de drogas de tal banda, eres funcionario público de tal agrupación, etc. Esto no hace más que confirmar que en el marco del modelo político criminal de los funcionarios públicos existe un "Neo-punitivismo" que se caracteriza por el recrudecimiento y exacerbación del poder punitivo en forma desmesurada, siendo afín a modelos político criminales autoritarios, como la administrativización del Derecho penal, el Derecho penal de Emergencia[3], la Tolerancia Cero[4], el Panpe-

---

peligro y a delitos económicos; y en 1999 asignándolo a los delitos graves contra los bienes jurídicos individuales, especialmente vinculados al terrorismo. El concepto mismo de "enemigo" resulta sumamente amplio, porque lo que lo justifica es la presunta necesidad de un Derecho penal dirigido contra los enemigos del sistema. Todo esto es muy peligroso, porque además no hay límites en la definición del concepto de enemigo: ¿quién es el enemigo?, ¿los asociales en el nacionalsocialismo, los judíos?, ¿los inmigrantes ilegales?, ¿los talibanes?, ¿son enemigos los somalíes para el sistema norteamericano? Lo que conduce a que, según la coyuntura política, definamos como enemigos a quienes nos convenga. MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el "Derecho penal de enemigo". Buenos Aires, Hammurabi 2005, p. 69ss

(3) CESANO, José Daniel; *"La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)"*, Derecho Penal Contemporáneo, Serie Azul, Editorial Mediterránea, Córdoba 2004.

(4) "Desde Nueva York, la doctrina de la tolerancia cero, instrumento de la legitimación de la gestión policial y judicial de la pobreza que molesta –la que se ve, la que provoca incidentes y desagrados en el espacio público y alimenta por lo tanto un sentimiento difuso de inseguridad e incluso, simplemente, de malestar tenaz e incongruencia–, se propagó a través del planeta a una velocidad fulminante.". Así es como pronto surgieron sus matices a lo largo de todo el mundo y "del otro lado del Atlántico, a principios de diciembre de 1998,"... se puso "en práctica una tolerancia cero a la francesa"... en Alemania surgiría la "Null Toleranz", en la región de Francfort...que apresuradamente asimilada a la presencia indeseable de inmigrantes clandestinos ("Null Toleranz für straffälige Ausländer"), en Italia, "el alcalde de Nápoles, Antonio Bassolino, hace suya la "Toleranza Zero"", y así se le suman Sudáfrica, Nueva Zelanda, Brasil y la República Argentina, en *La mundialización de la tolerancia cero*,

nalismo[5], la Expansión del Derecho Penal o Derecho Penal de Segunda Velocidad[6], el Derecho penal del Enemigo o Derecho Penal de Tercera Velocidad[7]. En definitiva, no queda duda que la existencia de un Derecho penal del enemigo, en la que bajo ciertos parámetros existe una legitimidad constitucional, podría ser reconducido el "sistema penal anticorrupción peruano" porque precisamente apunta a encarcelar a un grupo de autores especialmente determinados (funcionarios públicos).

3. El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo[8]. Puesto que el Estado no habla con sus ciudadanos,

---

en WACQUANT LOÏC. *Las cárceles de la miseria*, Título original: *Les prisons de la misère*, 1ª Edición, 2ª Reimpresión, Editorial Manantial, Buenos Aires, 2006, pp. 32/40.

(5) FERRAJOLI, Luigi; *"Derecho y razón"* Traducido por Andrés Ibañez, Editorial Trotta, Buenos Aires, 1995, p. 702.

(6) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

(7) JAKOBS, Günther - CANCIO MELIÁ, Manuel; *Derecho Penal del enemigo"*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, MUÑOZ CONDE, Francisco; *"De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005. RIQUERT FABIAN L - PALACIOS P. Leonardo; *"El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes"* publicado en La Ley Revista Universitaria, Año V, nro 3, Buenos Aires, junio 2003. MARIN FRAGA, Facundo J.; *"Derecho penal del enemigo"* , Editorial La Ley, Suplemento Act 15 de febrero de 2005, AGUIRRE, Eduardo; *"Consideraciones criminológicas sobre el Derecho penal del enemigo"* publicado por Editorial Fabian Di Placido 10/12/2004, ITURBIDE, Alejandro R. *"Derecho penal del enemigo. Cíclico retorno al Derecho penal de autor"*, Editorial La Ley Gran Cuyo, julio de 2006.

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

sino que amenaza a sus enemigos. El mismo Jakobs ha dicho que "... el Derecho penal de enemigos tiene que ser separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de los ciudadanos"[9]. Este concepto de "enemigo" lleva implícito el tratamiento del imputado considerado como sujeto peligroso y no por su calidad de persona. La asignación de Derecho penal del enemigo es una violación masiva de los Derechos Humanos.

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

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

5. La corrupción necesita dos personas. La criminalidad de la corrupción es bilateral, siempre necesita alguien que tiene poder de decisión sobre algo y que quiere ser corrompido y alguien que quiere utilizar ese poder de decisión en su favor, que es el corruptor. Sin los dos polos no se consigue evitar el problema. Si los funcionarios son probos, por mucho corruptor que haya no habría corrupción o potencial corruptor o, viceversa, si no hubiera alguien dispuesto a pagar a funcionarios venales tampoco habría corrupción[10]. La criminalidad de corrupción ha agregado una variante: la criminalidad económica, donde los delitos que se cometen en el ámbito de la administración pública deben estar sometidas a esa estructura, a ese método de análisis del aparato organizado de poder[11]. Un aparato organizado de poder no es una banda, es mucho más que una banda, para tener un aparato organizado de poder tiene que cumplirse con una serie de elementos, tiene que haber una estructura jerárquica con división funcional, donde además se opere siempre al margen del Derecho, bajo apariencias heterojurídicas, donde se den todos esos elementos. No podemos

---

(10) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *"Aspecto dogmático y político-criminales de la lucha contra la corrupción"*, en: Jus Doctrina & Práctica, Setiembre, 9, 2007, p. 47. Este mismo autor ha dicho lo siguiente: "A mí personalmente me parece que la corrupción en el sector privado merece la pena que hoy por hoy sea objeto de regulación penal, por lo que decíamos que lo ideal sería que ya la ética de los negocios estuviese lo suficientemente internalizada en las relaciones interpersonales, para que esto no hiciera falta, pero en este momento es necesario la intromisión del Derecho penal en una misión que no le corresponde. Yo soy muy crítico en esto, lo que pasa a veces es que no hay más remedio que el Derecho penal adopte una función social de 're-moralización', es decir, que el Derecho penal acabe siendo el punto de referencia donde radica la moralidad y la inmoralidad de las conductas, porque normalmente en este punto sería la propia sociedad la que tendría que generar recursos suficientes, pero en una sociedad moralmente desarmada, como cada vez más lo son las sociedad es contemporáneas, probablemente el Derecho penal debe dar un toque de atención insisto en lo que no es su papel para avanzar en este sentido" (p. 49).

(11) SILVA SÁNCHEZ; *"Aspecto dogmático y político-criminales de la lucha contra la corrupción"*, cit., p. 53.

descartar que una Administración Pública llegue a organizarse de esta manera, en cuyo caso se podría establecer una imputación a título de aparato organizado de poder[12].

6. En la actualidad, ningún país es inmune a la corrupción y muchos son especialmente vulnerables como consecuencia de la debilidad de su legislación o de sus instituciones. En el Perú, la percepción ciudadana considera que la corrupción es un grave problema. En la búsqueda de mecanismos para enfrentar a la corrupción, la Organización de las Naciones Unidas ha aprobado el Código de Conducta para los Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, la Declaración de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, además del Manual de Medidas Prácticas contra la Corrupción. En América, la Organización de Estados Americanos (OEA) viene promoviendo, además de la CICC, el Programa Interamericano de Cooperación para combatir la Corrupción.

7. En esta línea de pensamiento es que se emitió la Convención Interamericana contra la Corrupción con sus XXVIII artículos, suscrita por el Perú con fecha 29 de marzo de 1996, aprobada con fecha 05 de marzo de 1997 y ratificada el 21 de marzo de 1997, pasando a constituir ley interna al cumplirse con lo señalado por el Art. XXV de la Convención en cuanto a que "la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento de ratificación". En el contexto peruano se realizó un trabajo titulado *"Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción"* (del Profesor Dr. Felipe Villavicencio Terreros) que constituye un estudio de carácter técnico-jurídico que evalúa, identifica, compara y analiza la legislación peruana en relación

(12) SILVA SÁNCHEZ; *"Aspecto dogmático y político-criminales de la lucha contra la corrupción"*, cit., p. 53.

con las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción. Este estudio busca señalar acciones y propuestas para ser desarrolladas en el ámbito de la legislación penal y procesal penal en el Perú, en los casos que correspondan (tipificando o modificando), los delitos de corrupción contemplados en la Convención.

8. Por tanto, es correcto pretender una modernización del Derecho penal peruano, y ello concretado en propuestas legislativas como la presente; sin embargo, esta expansión y modernización del Derecho penal debe ser acorde con los principios constitucionales[13] y político criminales que garanticen un no exceso e intromisión del Derecho penal en esferas que no son de su competencia, dado que vivimos en un Estado social y democrático de Derecho y son inaceptables políticas intervencionistas, volviendo al Derecho penal como mecanismo de *primera ratio*, y entender la sociedad como un sistema auto político, en aplicación de un Derecho penal del enemigo, cuando la evolución social, política y cultural exige una vuelta a los principios liberales del Derecho penal[14]. Por lo

---

(13) Véase, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte general*, Tomo I. Editorial Moreno S.A., Lima, 2013 p. 219. GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho penal. Parte general.* Jurista Editores E.I.RL, Lima, 2012 p. 140. Este mandato constitucional materializa dos aspectos de la forma de organización política asumida: "1) Expresión del Sistema Democrático en el ámbito específico de la determinación de las conductas punibles y las penas aplicables, pues la aprobación de la ley penal por un Congreso democráticamente elegido confirma el principio constitucional que establece que la administración de justicia emana del pueblo. 2) Es un mecanismo que tiene por finalidad evitar el abuso del poder estatal, en tanto que solo mediante una ley del Congreso se expresa la voluntad general y se considera también los puntos de vista de las minorías".

(14) BRAMONT ARIAS, Luis A.; *Derecho penal. Parte general*, Editorial San Marcos, Cuarta edición, 1989, p. 21 sostiene que "el derecho solo tiene sentido dentro de una sociedad y, esta se basa en las relaciones que se dan entre sus miembros,...pues la misión del derecho es proteger la convivencia humana en comunidad"; en ese sentido, los estados democráticos a través de sus diversos órganos ejercen control, tal es así que el poder judicial ejerce el *ius puniendi*, es decir "la potestad penal del estado de declarar punibles determinados hechos

que se debe luchar sí contra la corrupción, pero no mediante propuestas irracionales de la realidad que generarían un precedente de flexibilización de garantías que podrían afectar posteriormente a los ciudadanos[15].

9. En los delitos contra la administración pública, quizá los de mayor protagonismo en la administración de justicia sean los delitos de corrupción de funcionarios públicos; y de esto han dado cuenta los distintos medios de comunicación social, radial, escrito, televisivo en el Perú en los últimos años, cubriendo las noticias de aquellos presidentes (gobernadores) regionales o alcaldes de una ciudad que, abusando de su cargo funcional, sustraían dinero y bienes de las arcas de sus respectivas jurisdicciones para uso exclusivamente personal.

10. El Perú, como todo país latinoamericano, ha tenido múltiples problemas en los últimos años, lo que no ha permitido el desarrollo progresivo en todos los aspectos; sin embargo, siempre debe haber una prioridad para encarar dichos problemas; ahora bien, el problema del Perú no es su progresivo crecimiento económico, no es tampoco el tema del desempleo en la población, tampoco es el tema de la seguridad ciudadana que se vive; en nuestra opinión, y sin temor de equivocarnos, el tema principal de la agenda nacional es la corrupción gubernamental de corte nacional, regional y

---

a las que impone penas o medidas de seguridad", BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho penal*, editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. N° 39. El mismo autor: *Obras Completas*. Tomo I Lima. ARA Editores, 2004, p. 509. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; "*Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*", en: Temas de Derecho penal. Lima, Cultural Cuzco Editores, 1993, p. 51. El citado autor agrega que: "La tutela que el Derecho penal dispensa al sistema social se lleva a cabo intentando evitar que se produzcan aquellas conductas que suponen una grave perturbación para la existencia y evolución del sistema social y asegurando de este modo las expectativas de los integrantes de esa comunidad" (p. 5).

(15) Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

local, y su característica, en todos los casos, de una criminalidad organizada[16].

11. En otras palabras, el problema son los grandes sobornos de los funcionarios públicos que se realizan, a vista y paciencia, en las altas esferas del poder, y que obviamente no permite que una ciudad, que una región, en definitiva, un país progrese en su verdadera dimensión; porque, por ejemplo, si un Alcalde o Presidente Regional comete delito de peculado doloso, es decir, sustrae dinero perteneciente a la Municipalidad o de la Región para irse de viaje de placer con su familia, y no lo invierte en obras o programas sociales, entonces está perjudicando enormemente a la población; por consiguiente, el delito de peculado o cualquier otro delito contra la administración pública, no solo afecta seriamente a la "administración pública" como bien jurídico-penal, sino también a la sociedad en general.

12. Por ello, el análisis de las connotaciones que enfrentan las infracciones penales cometidas por funcionarios públicos, no solo debe ser de índole legal-jurídico, que sería a nuestro juicio, la parte menos importante del problema, sino que también su análisis principal es de índole sociológico-material, en la cual debe abarcar toda política social de cualquier gobierno de turno, en ese sentido, debe abarcar políticas que tienen que ir desde el ámbito familiar-personal, de los valores que se aprenden en el hogar (por ejemplo

(16) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *El crimen organizado: una categoría frustrada,* Bogotá, Gustavo Ibáñez 1995, pp. 51-52. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal.* Granada. Editorial Comares, 2009, p.156. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; *"Criminalidad organizada y procedimiento penal: La colaboración eficaz".* En: La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004, p. 239. ALCÓCER POVIS, Eduardo; ¿Superación del pasado a través del Derecho penal? Tendencias legislativas y jurisprudenciales de un Derecho penal del enemigo en el "sistema anticorrupción peruano". Tesis para optar el grado de Abogado por la PUCP, Lima 2005, passim.

a ser justo, equilibrado y honrado con los miembros de la casa), también que van desde el aspecto educacional-formativo del individuo (por ejemplo, de los valores de neutralidad e imparcialidad que desde el inicio y progresivamente uno lo aprende en el colegio, escuela, instituto, o universidad).

13. En tal línea de pensamiento, nos preguntamos ¿cuál ha sido, desde siempre, el papel del Derecho penal al momento de reprimir este tipo de conductas? Bueno, simple y llanamente eso, el de "reprimir", "sancionar" con una pena las conductas de aquellos malos funcionarios públicos que cometen delito de abuso de autoridad, delito de concusión, delito de peculado, o delito de corrupción de funcionarios públicos. Pedir que nuestro Derecho penal haga algo "diferente" a lo ya mencionado, que prevenga desde el hogar o desde su centro de labores la corrupción o la coima de un funcionario, es como pedir "peras al olmo" como reza un argot criollo. Quizá sea el papel de las otras ramas de las ciencias penales, como la Criminología o la Sociología criminal, o los programas concerniente a la Política criminal.

14. Como es sabido, el día 26-11-2013 se publicó la Ley N° 30111, ley que incorpora la aplicación de la pena de multa para todos los delitos cometidos por funcionarios públicos; con lo cual nuevamente se pone en discusión si es conveniente o no la multa en aquellas personas que ostentan un cargo público, y que en virtud de dicho cargo, se cometen las infracciones penales en contra la administración pública, pues antes, la pena de multa solo se focalizaba en aquellos agentes que participan en los delitos económicos. Históricamente, Jescheck decía que "el avance triunfal de la multa comienza en el cambio de siglo como consecuencia de la lucha contra la pena de prisión" siendo "los dirigentes de esta campaña Franz von Liszt en Alemania y Bonneville de Marzangy en Francia"[17].

---

[17] JESCHECK, Hans Heinrich; *Tratado de Derecho penal. Parte general,* 4ta. Edición completamente corregida y ampliada/ traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares-Granada, 1993, p. 704.

15. El artículo 41° del Código penal peruano conceptúa a la pena de multa de la siguiente manera: "La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada a días-multa". Desde nuestro punto de vista, la pena de multa reviste una serie de ventajas a saber entre las que pueden enunciarse[18]: su gradualidad, posibilidad de pago en cuotas y por último frente a la ausencia de capacidad económica del condenado, se prevé su reemplazo por la pena de trabajos de utilidad pública. Es así que Jescheck expresa que "la ventaja decisiva de la multa respecto de la pena privativa de la libertad consiste en que al condenado no se lo separa de su familia, ni de su profesión. La multa comparte con la pena carcelaria la ventaja de ser graduable permitiendo adecuar justamente la cuantía de la pena al injusto y a la culpabilidad y también, más allá, a las condiciones económicas del delincuente." Finalmente, "a favor de la multa cuenta además la posibilidad de repartirla en el tiempo en un largo periodo de tiempo mediante la concesión de pago a plazo".[19] Por su parte, Righi sostiene que "la multa com-

---

[18] Por consiguiente, luego de haber efectuado una revisión de las ventajas que presenta la pena de multa para los distintos autores, podemos dar lugar a la sistematización y síntesis de estas ventajas:

1) ***Gradualidad:*** La multa comparte con la pena carcelaria la ventaja de ser graduable. Permite adecuar la cuantía de la pena al injusto y la culpabilidad admitiendo criterios de individualización específicos vinculados a la consideración de las condiciones económicas del delincuente.
2) ***Adaptabilidad:*** A los delitos leves con la ventaja de no aumentar la población carcelaria.
3) ***Al condenado no se lo separa de su familia ni de su profesión:*** Con lo cual no se priva a la familia del condenado de su asistencia espiritual y material.
4) ***No constituye una carga para el Estado.***
5) ***Bajo nivel de estigmatización o etiquetamiento:*** La multa no es deshonrosa.
6) ***Divisibilidad:*** La posibilidad de repartirla en un largo periodo de tiempo mediante la concesión de pago a plazo.
7) ***No genera hábito en el condenado:*** En una sociedad con alta estima de los valores económicos y bienes materiales, el hombre como producto social de la misma no suele resignarse a la pérdida de dinero.

[19] JESCHECK, Ob. cit., p. 706.

parte con la prisión la cualidad de ser graduable y admite asimismo criterios de individualización de las condiciones económicas del delincuente".[20] Por su parte, Quintano Ripollés hace referencia a las múltiples ventajas que reportan las penas pecuniarias en comparación con las privativas de la libertad, entre ellas las más destacadas son: " a) no constituir una carga para el Estado y b) no engendrar hábito en el condenado, ya que a todo suele resignarse y acostumbrarse el hombre salvo a perder dinero."[21]

16. Bajo este punto de vista, consideramos que la multa, como pena acumulada a la privación de la libertad y la inhabilitación de derechos, prácticamente a todos los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, resulta ser una herramienta punitiva que si se le utiliza solo y en la medida para fines netamente de prevención, estaría correcto. Estaría bien dicha pena de multa, en la medida en que la mayoría de los delitos cometidos por funcionarios públicos, como por ejemplo, el peculado doloso o culposo, malversación de fondos públicos, colusión desleal, concusión, entre otros, donde todos tienen, por parte del autor, un interés de corte económico, de lucro en su accionar, y la aplicación de la pena de multa, por parte del Juez penal, resulta proporcional al hecho cometido.

17. Por otro lado, otro tema a dilucidar es el referido al bien jurídico protegido en estos delitos. Habrá que tener en consideración que la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la administración pública –a través de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos específicos de cada tipo penal– hace, a su

---

(20) RIGHI, Esteban *"Teoría de la pena"*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2001, p. 176.

(21) Jornadas de Derecho Penal, Buenos Aires 22-27 de agosto de 1960, Actas publicadas bajo la dirección de Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1962, p. 163, citado por FONTÁN BALESTRA Carlos;*"Derecho penal. Parte general"* 15ta Edición actualizada por Guillermo Ledesma, Editorial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 672.

vez, peligrar la función prestacional del Estado. Con respecto a la afectación de la función prestacional del Estado por parte de los delitos contra la administración pública, el Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012 señala que: "La persecución penal de los delitos contra la administración pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el correcto funcionamiento de la administración pública. A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. La intervención en derechos fundamentales que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código penal de la Función Pública". Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que ... los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación..., subyace el principio de "buena administración"".

En ese sentido, por ejemplo, en un delito de colusión agravada o simple, cuando el funcionario público, miembro del Comité de Selección, se colude dolosamente con el empresario-interesado, para sobrevaluar una obra pública de gran impacto en la Región (la construcción de un Hospital en una zona alto-andina), y en pleno proceso de contratación pública, apertura de sobre para evaluar al ganador de la buena pro, se descubre a través de los medios de comunicación que dicho funcionario actuó de manera desleal hacia el Estado; por lo tanto, las autoridades fiscales y judiciales deciden paralizar, suspender el proceso de construcción del citado Hospital. Esta situación descrita afecta no solo a la "administración pública" como sistema estatal, también afecta a los deberes específicos que subyacen al cargo funcional: "lealtad", "transparencia" en los procesos de contratación con el Estado, pero sobre todo, afecta a la "función prestacional del Estado" hacia la población, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional. En ese sentido,

sobre todo en este delito, se produce una pluriofensividad de afectaciones a bienes jurídicos de alta sensibilidad social que motiva una verdadera legitimidad en cuanto a la agravación de pena se refiere.

18. Por último, en esta segunda edición de la presente investigación titulada *Delitos contra la administración pública en el Código penal,* tiene como objetivo principal, en primer lugar, el de concientizar a la población de los enormes perjuicios que causan la consumación o el peligro de cualquiera de las infracciones penales que se analizan en la presente investigación; y en segundo lugar, concientizar a los operadores de la administración de justicia penal (jueces, fiscales, policías, abogados), de las dificultades en la interpretación de los tipos penales de los delitos contra la administración pública.

II

19. Sobre el tema del adelantamiento del Código procesal penal para delitos cometidos por funcionarios públicos, podemos decir que tenemos como antecedente el Proyecto de Ley N° 4002/2009 presentado por el Poder Ejecutivo[22], que resume su argumentación para justificar el adelantamiento de la vigencia del Código procesal penal –modificación del inciso 4 de la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 957, que promulga el Código procesal penal– en el ámbito nacional, en materia

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

de los delitos de concusión, peculado y corrupción (artículos 382 al 401 del Código penal)[23] en el éxito alcanzado por el sistema de justicia penal en los dieciséis Distritos Judiciales que han comenzado a aplicar las bondades del sistema acusatorio del que se halla inmerso el Código procesal penal, asimismo considera que es urgente ofrecer líneas legales y jurídicas de respuesta eficaz en la lucha contra la corrupción, siendo dicho cuerpo sistemático de normas el referente más idóneo en comparación con el Código de procedimientos penales, cuyo origen se remonta al año 1940, caracterizado por su trámite dilatado y escasa asertividad en la búsqueda de justicia material a los conflictos funcionales que deslegitiman las bases de la democracia, perjudican a la sociedad y colocan en grave riesgo la viabilidad del Estado peruano.

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

21. Asimismo, en la aplicación de los mecanismos de negociación de pena que brinda la sistemática normativa del Nuevo Código pro-

---

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

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

22. No obstante, es necesario tomar en cuenta que se está actuando e interviniendo en el centro del sistema inquisitivo (representado por el Código de procedimientos penales) al incluir el modelo acusatorio solo para los delitos de Concusión, Peculado y Corrupción de funcionarios, los que constituyendo Secciones del Título II del Libro XVIII del Código penal representan una ínfima gama de actos de relevancia penal, pero los más sustanciales y numerosos de la delincuencia funcional, varios de los cuales admiten naturaleza compleja[24]. Son así en total 23 artículos los que serían objeto

[24] Consideramos que los principales cambios que ha generado el Código procesal penal son de carácter ***procesal*** (por ejemplo, la modificación del calendario de aplicación progresiva del CPP genera diversas consecuencias procesales que deben ser tenidas en cuenta, no solo por el Legislador, sino por los operadores de justicia, entre otras cuestiones); y de ***carácter funcional*** (habrá que establecer despachos fiscales con una organización adecuada para dirigir la investigación, así los Fiscales Provinciales serán los que deberán intervenir

de adelantamiento y aplicación inmediata, dejando fuera de dicha perspectiva de cumplimento de plazos y oportunidad de sentencia a numerosos delitos de alta incidencia social, tales como los delitos de homicidio, patrimoniales, de omisión a la asistencia familiar entre otros, como oportunamente nos lo recuerda el informe de la Fiscalía de la Nación. Principio de igualdad en el acceso a la justicia y a la justicia material que se ve obviamente afectado, sin embargo de procederse en sentido distinto, esto es ampliando también la aplicación del Código Procesal a otros delitos, tendrían los efectos de hacer inmanejable las finalidades del Proyecto de Ley del Ejecutivo, dada la absoluta mayoritaria incidencia estadística de los delitos contra el patrimonio y contra la vida e integridad física.

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

24. Si bien los factores presupuestal, de capacitación y apoyo de especialistas, señalados en el informe de la Fiscalía de la Nación, a los que se agregan los de adecuación de nuevos despachos fiscales y judiciales y locales para las salas de juzgamiento, en propiedad

---

en las audiencias preliminares así como en los juicios orales). Asimismo, una vigencia abrupta del CPP en Lima generaría una serie de consecuencias procesales en la fase de investigación. Debe considerarse que según la experiencia de la reforma procesal en nuestro país, el "modelo de la adecuación", es decir, el de aplicación inmediata para los procesos en trámite, ha tenido diversas dificultades.

constituyen razones técnicas de peso que podrían objetar la implementación del Nuevo Código Procesal Penal a los delitos de concusión, peculado y corrupción de funcionarios; sin embargo, hay que advertir –como igualmente reconoce el Ministerio Público– que se trata de argumentos no esenciales y reversibles, si se determina líneas de apoyo presupuestal y establece un programa de preimplementación perentoria a fijar en la ley. El otorgar un tiempo mínimo razonable para la entrada en vigencia de los contenidos de la propuesta de reforma legal, en el que se adopte las decisiones presupuestales, de capacitación, personal y coordinación interinstitucionales, adviene así una opción razonable que se relaciona y encaja perfectamente con el artículo 4 del referido Proyecto que alude a las transferencias financieras a efectuar por el Poder Ejecutivo.

25. En definitiva, los delitos de corrupción, por tener una naturaleza distinta a las demás conductas penalizadas, requieren un mayor número de diligencias, variedad de pericias, y por lo tanto utilizan un mayor tiempo para investigar; no se trata de terminar rápido, sin interesarnos en el resultado, sino llegar a la verdad. El problema se agudizaría si es que coexisten los dos sistemas procesales (inquisitivo y acusatorio) en el mismo espacio temporal, lo que acarrearía mayor gasto, un mayor acondicionamiento de locales para el Poder judicial. Finalmente, se señala que el Nuevo Código Procesal Penal no puede ser utilizado como el arma definitiva contra la corrupción, pues esta debe ser combatida de otras formas; utilizar el Nuevo Código para estos fines llevaría a su descrédito ante la ciudadanía, pues la expectativa respecto al Nuevo Código es positiva.

III

26. El Perú ha suscrito la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante CICC), que ha sido aprobada por el Congreso de la República y ratificada por el Presidente de la República. Sin embargo, dichos actos solo generan la incorporación de dicho Tra-

tado a nuestro ordenamiento jurídico interno, mas no determinan la posibilidad de su aplicación inmediata por falta de modificación de nuestra legislación penal interna (Artículo 56°, último párrafo de la Constitución Política del Perú). Debe entenderse que los referidos actos de aprobación y ratificación no dan lugar a la superposición de tipos penales ni la modificación de ningún precepto contenido en nuestro Código penal, sino que generan para el Perú una expresa obligación que hasta la fecha no ha sido cumplida: la adecuación de nuestra legislación penal a los términos de la CICC.

27. La Organización de los Estados Americanos, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, en cada uno de los países signatarios de la CICC, en estrecha cooperación con las autoridades nacionales competentes, dispuso y financió la elaboración de un estudio[25] a cargo de una entidad especializada en investigación jurídica en cada país, para evaluar la adecuación de su legislación penal a las disposiciones de la CICC en lo que se refiere a la tipificación de los delitos de corrupción e identificar los modos de alcanzar los niveles de armonización satisfactorios entre ambas fuentes de derecho, tarea que la propia OEA denominó *"Apoyo a la Ratificación e Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción"*.

28. En nuestro país, el citado estudio lo elaboró el Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la que a su vez encargó la elaboración del informe respectivo al especialista en Derecho Penal, Dr. Felipe Villavicencio Terreros. En el informe se concluye que el artículo 425° del Código penal, en lo que se refiere al concepto de funcionario público debe ser adecuado al artículo I de la Convención, ya que su redacción contraviene lo dispuesto en el tratado internacional. La Organización de Estados Americanos (OEA) viene ejecutando –dado que así fue acordado por el Perú y otros 16 Estados signatarios de la CICC–,

[25] Vid., web de la OEA, www.oas.org/main/spanish/agendas/pub_oeabid.htm

un Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, cuya creación fue adoptada por los Estados Parte en la Conferencia de Buenos Aires realizada en el mes de mayo del 2,001, y posteriormente ratificada por la Asamblea General de la OEA mediante Resolución N° AG/RES. 1784(XXXI-0/01) de fecha 5 de junio de 2,001. El Perú firmó el acta de creación de dicho Mecanismo de Seguimiento y dio su voto a favor en el acto de ratificación de la Asamblea General.

Para tal efecto, precisamos la diferencia que existe entre:

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

29. En cuanto a la incorporación de la CICC a nuestro ordenamiento jurídico, precisamos que dicho Tratado fue aprobado por el Congreso de la República del Perú mediante Resolución Legislativa N° 26757 del 13 de marzo de 1997, y ratificado por el Poder Ejecutivo mediante D.S. N° 012-97-RE del 24 de marzo de 1997. En consecuencia, no es un hecho controvertido el que a la fecha la CICC se encuentra incorporada a la legislación interna peruana, pero como veremos a continuación, dicha incorporación tiene como única consecuencia para el Perú y los demás Estados parte de dicha convención el que todos ellos asumen la obligación de adecuar su legislación penal interna a los términos de dicha convención, con la finalidad que esta pueda ser aplicada en todos los Estados signatarios. Y, en cuanto a la posibilidad de aplicación de la CICC en sede jurisdiccional peruana, precisamos que los países signatarios de la CICC cumplieron con depositar los respectivos instrumentos de ratificación (conforme a la exigencia del artículo XXV de la Convención), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) desplegaron esfuerzos para apoyar a los Estados Parte en la tarea de adecuación de su legislación penal a las disposiciones de la CICC.

30. Es así que, con el financiamiento de ambas instituciones internacionales, y en estrecha cooperación con las autoridades nacionales competentes de cada Estado Parte, se dispuso la elaboración de un estudio[26] a cargo de una institución nacional de cada país dedicada a la investigación jurídica, para efectos de evaluar la adecuación de la legislación respectiva a las disposiciones de la CICC, en lo que se refiere a la tipificación de los delitos de corrupción e identificar los modos de alcanzar los niveles de armonización satisfactorios entre ambas fuentes de derecho, tarea que dio lugar al programa denominado "Apoyo a la ratificación e implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción".

31. En el caso del Perú, la OEA y el BID encargaron la elaboración del respectivo informe al Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú[27], la que a su vez comisionó a Villavicencio Terreros. Dicho trabajo consta de un estudio de la legislación peruana, un taller de especialistas sobre propuestas legislativas, y una conferencia al público general sobre los alcances de la CICC, el mismo que fue culminado en el mes de mayo del año 2,000 con la emisión del correspondiente Informe Final, que llevó por título *"Adaptando la legislación penal del Perú a la Convención Interamericana contra la Corrupción"*[28]

32. Dicho Informe Final, según lo expresa la propia Organización de Estados Americanos (OEA) en la "Presentación" (páginas 1 a 6, de esta obra), ".....ha contribuido a iniciar o consolidar, en cada uno de los Estados participantes, los procesos tendientes a promover la adecuación de la legislación penal a La Convención y, en consecuencia, a facilitar su efectiva aplicación en casos concretos...". Además se señala que "...en cada Estado, el estudio sirvió como

---

(26) Web de la OEA, www.oas.org/main/spanish/agendas/pub_oeabid.htm

(27) Web de la PUCP, www.pucp.edu.pe/invest/idei/2000.html

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

documento de base para las deliberaciones de un taller de carácter técnico en el cual participaron autoridades y expertos relacionados con la materia. Teniendo en cuenta las conclusiones y recomendaciones de los talleres nacionales, los consultores elaboraron una nueva versión tanto de los estudios como de las propuestas específicas de adecuación de la legislación penal a la Convención..."

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

    a) Derechos Humanos.
    b) Soberanía, dominio o integridad del Estado.
    c) Defensa Nacional.
    d) Obligaciones financieras del Estado.
    e) Los que crean, modifican o suprimen tributos.
    f) Los que exigen modificación o derogación de alguna ley, y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

34. Queda claro que las CICC no es un Tratado Internacional vinculado a ninguno de los primeros cinco supuestos, por lo que su aprobación por el Congreso mediante Res. Leg. 26757 del 13.03.1997 constituye el reconocimiento expreso de este Poder Legislativo de que la CICC es un Tratado que requiere una previa modificación de nuestra normativa interna para efectos de su aplicación.

35. Finalmente, cabe rescatar que el Perú no es el único país donde por encargo de la OEA y el BID se han realizado los estudios jurídicos

de adecuación legislativa, sino que dicha tarea ha sido igualmente desarrollada en la gran mayoría de los Estados Parte de la CICC, hecho que podemos constatar con las diversas publicaciones realizadas por la OEA respecto a los informes de diversos países acerca de la adaptación de sus legislaciones penales a los términos de la CICC. Ahora bien, esta tarea que fuera emprendida y financiada conjuntamente por la OEA y el BID constituye un acto de contribución de dichos organismos para que los Estados Parte de la CICC puedan ejecutar los estudios técnico-jurídicos necesarios para la adecuación de sus legislaciones penales internas, pero queda claro que dicha contribución se fundamentó en el hecho que la propia CICC establece en varios de sus artículos la obligación de los Estados parte de adecuar sus legislaciones penales, –véase el texto de su artículo VII–, asumiendo incluso el supuesto de que ciertas conductas previstas en la CICC como "actos de corrupción" no se encuentren tipificadas en la legislación interna de los Estados parte, supuestos en los cuales la propia CICC impone a los Estados la obligación justamente de tipificar dichas conductas, y disponiendo asimismo la obligación de los Estados parte de cumplir con determinadas obligaciones de asistencia y cooperación para los casos en que un Estado no tipifique como delito una conducta prevista en la CICC (Véase entre otros sus artículos VIII, IX, X, XI inc. 1 y 3).

36. Todo ello, demuestra palmariamente que la CICC no constituye un código penal alternativo o de aplicación simultánea al texto punitivo que rige en cada Estado parte, ni que las conductas que dicha convención contempla como actos de corrupción constituyan tipos penales vigentes y de uso obligatorio en la jurisdicción penal interna de los países –como equivocadamente lo ha interpretado el Ministerio Público, la vocalía suprema de instrucción, la Sala Penal Especial, y la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú–, ni mucho menos que la descripción de dichas conductas constituyan una modificación del código penal de un Estado parte, pues es claro que la propia

CICC declara expresamente que son los Estados los que asumen la obligación de tipificar estas conductas en su ordenamiento penal interno, dejándose incluso a salvo los casos en que un Estado Parte no cumpla con adoptar dicha tipificación.

37. Lo expuesto precedentemente aparece plenamente ratificado por la OEA en la antes mencionada publicación del Informe de Villavicencio Terreros, en la que se precisa que: ".....La Convención define una serie de actos de corrupción que, en diversos Estados del Hemisferio, no están tipificados como delitos en su legislación penal o que precisan reformas para adecuar dicha legislación a las definiciones establecidas en el tratado interamericano..."[29]. Resalta asimismo que tal situación: ".....pone de relieve la importancia de promover no solo la ratificación de este instrumento jurídico internacional, sino, también, de apoyar a los Estados en la adecuación de su legislación penal, tanto sustantiva como procesal, con el fin de facilitar la efectiva aplicación del mismo en casos concretos....."[30]

38. Ahora bien, en cuanto al contenido del Informe elaborado para el Perú por Villavicencio Terreros, este señala textualmente que: "... el objetivo principal del párrafo que define al funcionario público es la necesidad de extender el concepto de funcionario público, a los fines de La Convención, a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo, cuando todavía no lo hubieren ocupado.....", luego añade que ".....debe determinarse entonces, si la legislación peruana asigna al sujeto activo de los delitos de corrupción un alcance que se enmarque dentro de los requerimientos de la Convención..."[31]

39. Frente a tal interrogante, y haciendo un análisis de los alcances del inciso tercero del artículo 425° del Código penal, el Dr. Vi-

---

[29] Ob. cit., p. 3.

[30] Ob. cit., p. 3.

[31] Ob. cit., p. 11.

llavicencio Terreros concluye que: "...el texto de la norma resulta cuestionable tanto por defecto como por exceso. Así, al exigir que el sujeto ejerza 'funciones en dichas entidades u organismos', requiere la efectiva asunción de tales funciones. Esta restricción no es compatible con el objetivo buscado por el artículo I de La Convención, que, según se indicó, busca extender el concepto de funcionario público, a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo aun cuando todavía no lo hubieran ocupado, por lo que se impone la necesidad de modificar el alcance de la norma nacional en comentario, pudiéndose adoptar la fórmula del artículo I de la Convención incluyendo a "los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado....."[32]

40. Villavicencio Terreros acota finalmente proponiendo un proyecto de redacción del artículo 425° del Código penal adaptado a la normativa contenida en el artículo I de la CICC, propuesta que dicho autor plantea en los siguientes términos: *Artículo 425°.- Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1° Todo aquel que mantiene vínculo laboral, o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado o quienes desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, ya sea que la entidad pública esté sujeta al régimen laboral de la actividad pública o de la actividad privada, y que en virtud de ello ejerce funciones en interés del Estado. Se incluye a quienes han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, aun cuando no hubiesen asumido el cargo;.....*"[33].

41. El soborno transnacional es una figura ilícita recogida por la CICC; sin embargo, pese a que dicha norma internacional se encuentra aprobada por el Congreso y ratificada por el presidente de

[32] Ob. cit., pp. 12 y 13.

[33] Ob. cit., p. 16.

la República, a la fecha no es jurídicamente posible que en el Perú se aperture proceso penal y se imponga una pena por la comisión del llamado delito de "soborno transnacional", y ello dado que el Código penal aún no ha tipificado dicha conducta. Un proceder en contrario constituiría una flagrante violación del principio de legalidad, garantía judicial consagrada y expresamente reconocida por nuestro Código penal, nuestra Constitución Política, todos los tratados de derechos humanos de los que es parte el Perú y por la doctrina unánime en materia de Derecho penal.

42. Si la situación descrita en el párrafo anterior se produjera, estamos seguros que la deducción de un medio técnico de defensa como el nuestro en el presente proceso sería amparado, ya que *"no existe delito ni pena sin ley previa"*. Es por ese motivo que Villavicencio Terreros, en la elaboración de su Informe Final, concluye que se requiere la tipificación en nuestro Código penal de la figura del soborno transnacional, criterio que también ha asumido para el caso de la definición del funcionario público prevista en el artículo 425° del Código penal.

43. Un criterio similar es optado por el profesor argentino Carlos A. Manfroni, quien ha escrito la obra más importante respecto al contenido y alcances de la CICC. En su obra *"La convención interamericana contra la corrupción, anotada y comentada"*, al comentar justamente los alcances del artículo I de la CICC, dicho autor sostiene que: "...de hecho, hay un compromiso original que surge de la combinación del artículo VI con el artículo I de la CICC. El artículo I incluye en la categoría de funcionario público a "los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado...". Esto significa que un soborno otorgado a un funcionario que ha sido seleccionado, designado o electo, aunque todavía no haya tomado posición de su cargo, debe ser reprimido jurídicamente como tal. Los Estados signatarios han quedado obligados a incluir esta ampliación de la figura de funcionario público en sus

legislaciones penales..."[34]. A manera de conclusión, el citado autor argentino señala que: "...En los casos en los que la propia ley penal definiere, en su tipo, al funcionario público, creemos que la existencia de una ley que modifique esa definición sigue siendo necesaria, debido al principio de legalidad. El delito es una integridad y el tipo está integrado no solo por la descripción de la acción y de la pena, sino también por la descripción del sujeto..."[35]

Lima, Noviembre del 2016.

(34) MANFRONI, Carlos A. "La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y Comentada". Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997, pp. 112 y 113.

(35) Ob. cit. p. 114.

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO PRIMERO
EL DELITO DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Como es sabido, esta orientación jurídico-legislativa tuvo su origen en el antiguo Derecho Romano que castigó las usurpaciones públicas funcionales bajo el título de falsedades (*crimen falsi*) orientación que tomó fuerza en los diversos Códigos penales españoles sucedidos en los siglos XIX y XX.

En ese orden de ideas, las usurpaciones de funciones, atribuciones y títulos estuvieron asociadas a expresiones de falsedad o adulteración, es decir, como que el bien jurídico tutelado era la fe pública, y lo que se afectaba en realidad era la fe de la ciudadanía respecto de algunos actos o funciones que debería realizarlo o emitirlo solo el Estado (como por ejemplo: aquel que se irroga un grado académico que no le corresponde o aquel que realiza una función profesional cuando no tiene el título respectivo o peor aún lo hace utilizando un título falso).

Distinta sería la evolución jurídico legislativa de los códigos franceses e italiano del Siglo XIX que optaron por ubicar las figuras penales de usurpación bajo los ítems de los delitos contra la función pública (Francia) y contra la administración pública (Italia)[1].

---

[1] A fin de tener un mejor panorama de la evolución legislativa respecto a los delitos de Usurpación de funciones, describiremos las siguientes etapas, siguiendo a GARCÍA NAVARRO, Edward; *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial,* Lima, 2009, p. 367:

- El **Derecho Romano** primitivo sancionaba al delito de usurpación de funciones como uno de lesa majestad, llegando al extremo de describirlo como un delito de *ambitus*. Posteriormente, con la *Lex Cornelia de Falsis*,

Este artículo que tiene su origen en el numeral 320° del Código Penal peruano de 1924, hoy abrogado, originalmente era una transcripción casi exacta de su fuente, sin variar el contenido; posteriormente, por Decreto Ley N° 25444 del 23 de abril de 1992 se modifica ampliando la usurpación a la facultad de dar órdenes policiales y a la comisión del evento estando el agente cesado o subrogado así como aumenta la pena establecida, de uno a tres, a cuatro mínimo y máximo siete agrega una forma agravada, cuando el agente presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden, caso en el cual la pena será privativa de libertad de cinco a ocho años.

En suma, tal como se ha redactado la sección que venimos comentando, en el caso de que la fuente de autoridad es el Estado, la usurpación de función pública lesiona el interés de este en mantener el monopolio de la facultad de nombrar, titular y fijar competencias funcionales. Asimismo, la facultad de brindar identificaciones o símbolos de autoridad y calidades profesionales entre los ciudadanos.

---

la usurpación de funciones se adecua como delito de falsedad (crimen *falsi*), rescatándose también en el *Digesto* como modalidad de usurpación de las actuaciones militares dentro del grupo de falsedades personales.

- En la **Edad Media** imperaba en los diferentes catálogos de leyes un cierto grado de confusión en la precisión de la naturaleza delictiva, aunque el Derecho Canónico no mantuvo las vacilaciones para tratarlo como un delito de lesa majestad, un ambitus eclesiástico o crimen de simonia. La legislación española, por el contrario, mantenía la tradición romanista castigando la usurpación de función como falsedad, siendo ejemplo de ello su regulación en la séptima partida de Alfonso X (Título VII, Ley 2ª).
- Frente a la **tradición romanista**, algunas doctrinas y legislaciones modernas han optado por seguir el tratamiento de la usurpación de funciones como un **delito de función**. Así, el Código penal francés de 1810, El Código Penal italiano de 1930, entre otros; además solo la legislación española, pasando por los Códigos de 1822 y 1850 hasta el vigente Código de 1995 mantiene la línea romana en el Capítulo V "De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo" del Título XVIII "De la falsedad".
- La **legislación penal latinoamericana**, mayoritariamente sigue la tendencia francesa e italiana, entre ellos: el Código penal de Argentina, Bolivia entre otros. También nuestra legislación penal a través de los códigos de 1863, 1924 y 1991 han insistido en la identidad de la usurpación de funciones como delito contra la administración pública.

Como bien anota García Navarro[2] es distinto hablar de *usurpación de funciones* que *usurpación de autoridad*, aunque la relación entre ambas expresiones se entiende de género a especie, ya que cuando la usurpación recae en funciones públicas, estas pueden ser con o sin autoridad, mientras que una usurpación de autoridad excluye a las funciones que no impliquen autoridad. La redacción del texto legal responde a una usurpación de funciones; mientras que el título I que los agrupa identifica usurpaciones de autoridad. García Navarro[3] recomienda que de *lege ferenda*, hubiere sido mejor modificar dicho *nomen* para llegar a una expresión genérica de funciones públicas abarcando con ello a aquellas que no conllevan autoridad.

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [4], en el Capítulo VI, regula bajo el rubro "Delitos contra la Administración pública", el denominado delito de "usurpación de función pública", en el artículo 417º en los siguientes términos: "El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de seis años, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 35, incisos 1 y 2 del Código penal y de cien a doscientos días multa. Si para perpetrar la comisión del delito, el agente opone resistencia

---

(2) Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, Edward; *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2009, p. 376. CHIRINOS SOTO, Francisco; *Código penal*, Lima, Editorial Rodhas, 2012, p. 1214 nos dice que: "Los grandes usurpadores de los últimos tiempos han sido los militares golpistas que asaltaron el poder y lo ejercieron de modo más abusivo y prepotente".

(3) Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, 2009, p. 376.

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

o se enfrenta a las fuerzas del orden, la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, además de las penas de inhabilitación y multa previstas en el párrafo anterior".

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Debemos recordar –siguiendo a Abanto Vásquez– que el Derecho penal, hacía algunos años atrás, veía a la administración pública como si fuera un poder casi sacrosanto que debía ser protegido por sí mismo, como si se tratara de un ente superior a los ciudadanos. Debido a eso se pretendía proteger penalmente distintos aspectos de este "poder", tales como el "prestigio", el "honor", la "intangibilidad", ciertas facultades monopólicas, etc.[5]

Bajo esta concepción –decía Abanto Vásquez[6]– se legitimaba la existencia de tipos penales como la "usurpación de insignias, títulos y honores" (art. 362 C. P.), que penan el "atrevimiento" de los ciudadanos de ostentar públicamente insignias o distintivos propios de los funcionarios públicos, o el "desacato" (art. 374 y s. C. P.), por el cual un acto de injuria dirigido contra un funcionario público, más que un simple

---

(5) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *"Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios"*, en: Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública, Lima, 2014, p. 748.

(6) ABANTO VÁSQUEZ, *"Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios"*, cit., p. 748. La protección penal de este bien jurídico se da a través de diversos tipos penales que, en concreto, reprimen conductas que atenten contra alguno de los aspectos que posibilitan este correcto funcionamiento (o sea, los "objetos de protección"); p. ej. en el "cohecho pasivo propio" (art. 393 C. P.), se trata de proteger la "imparcialidad" y "legalidad" en el ejercicio de la función; en el "peculado" (art. 387 C. P.), el "patrimonio" de la administración pública; en la "usurpación de funciones" (art. 361), la "legalidad del ejercicio funcionarial", etc. Es decir, mientras existe un bien jurídico tutelado, propio de todos los delitos contra la administración pública, el cual alberga una serie de "objetos de protección" que son directamente atacados por las conductas ilícitas. Esta precisión se basa en una distinción entre "bien jurídico" y "objeto de protección" que, con algunas diferencias terminológicas, puede considerarse dominante en la doctrina actual que parte de la teoría de bienes jurídicos.

atentado contra la persona de este, era considerado un atentado contra el "honor" o el "decoro" de la función pública. Por esto también la sistemática de los delitos contra la administración pública tenía ciertas peculiaridades que hoy en día nos parecen inexplicables. Así, tendía a absolver una serie de figuras que ahora se consideran que atentan contra otros bienes jurídicos; p. ej. el "ejercicio ilegal de una profesión" (art. 363 y s. C. P.), figura que, en realidad, tiene que ver con el ejercicio de la profesión, aunque, bajo la lógica de la concepción antigüa, era vista como un atentado contra el monopolio de las instituciones públicas de reconocer el ejercicio de las profesiones con el otorgamiento de títulos, lo cual llevaba (y lleva aún de *lege lata* en el C. P. peruano) a la absurda situación de dejar impune a aquel que ejerce una profesión sin tener título alguno.

En la actualidad, se ha cambiado de concepción pues se considera incompatible con un Estado de Derecho que la administración pública merezca una protección por sí misma y no en cuanto a los servicios que debe prestar a los administrados. Por eso, modernamente solo interesa proteger el **correcto funcionamiento de la administración pública**. Es decir, se tiene que producir una reinterpretación en el sentido garantista indicado. Por ejemplo, los problemáticos tipos penales ya aludidos de "desacato" y "usurpación de insignias" tienen que interpretarse en el sentido de que solamente serían punibles aquellas conductas que muestren algún grado de lesividad para un "objeto de protección" del bien jurídico[7].

---

(7) ABANTO VÁSQUEZ, *"Vacíos en la legislación penal peruana sobre corrupción de funcionarios"*, cit., p. 748 manifestaba: "Luego, en el 'desacato' no bastará con un mero 'atentado contra el honor' de la persona del funcionario público (para tal caso ya existen los tipos de delitos contra el honor), sino que deberá ser de tal gravedad que afecten de algún modo el 'ejercicio ordenado y tranquilo' de la función pública. Y tampoco bastará con una mera 'ostentación pública' de distintivos propios de una función pública si esta no es idónea para sugerir en el público la legitimidad de tal ostentación. En el caso mencionado del 'ejercicio ilegal de la profesión', la interpretación solamente se puede dar en el sentido de que se trata de un atentado contra la 'fe pública'; por lo tanto, la lesividad de las conductas debe verificarse en el sentido de que el sujeto no

En tiempos actuales se habla de un bien jurídico *genérico,* el cual constituye el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. En efecto, según la jurisprudencia peruana, el bien jurídico es el evitar la arbitrariedad de la actividad funcional "Dado que el delito de usurpación de autoridad se encuentra comprendido en el rubro genérico de los delitos contra la administración pública, con el mismo se protege el buen funcionamiento de dicha actividad del Estado, reprimiéndose así la arbitrariedad de la actividad funcional como la ilegalidad de la misma"[8].

Por el lado de la *protección específica* es la exclusividad y legitimidad de la función pública, en el sentido de que los únicos que pueden acceder a la función pública son aquellos sujetos calificados que el Estado les ha dado esas atribuciones. Frente al Estado, esa exclusividad se traduce como fuente productora y delegadora de autoridad y función pública (*principio de autoridad*). A esta exclusividad como titularidad y competencia en el ejercicio de la función pública hay que ajustar la *legitimidad* requerida por vía de la Constitución y de la Ley.

La tutela de este interés –como apunta Manzini[9]– está dirigido a "asegurar la potestad pública el disponer en forma exclusiva de la titularidad y del ejercicio de las funciones públicas y de los servicios públicos, contra la invasión de actividades individuales arbitrarias en la esfera funcional reservada a los órganos públicos en general (usurpación por parte de particulares) o a determinados órganos públicos (usurpación por parte de oficiales o empleados públicos)".

---

reunía las cualidades 'materiales' para el ejercicio (y no solamente se trata de infracciones formales); el vacío existente (la impunidad del ejercicio de una profesión sin 'título' alguno) tiene que ser llenado por la vía legislativa".

(8) Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 13 de agosto de 1998, Exp. N° 1773-98. BACA CABRERA – ROJAS VARGAS – NEIRA HUAMÁN, *Jurisprudencia penal, procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 485.

(9) MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, tomo.IX, Editorial Editar, Buenos Aires, 1961, p. 269.

Según Rojas Vargas "El objeto jurídico específico de tutela reside en garantizar la exclusividad o monopolio estatal y/o democrático en la titularidad y ejercicio de las funciones públicas concedidas a los agentes públicos, lo cual implica asegurar su legalidad"[10].

Un punto de vista crítico es lo sostenido por Abanto Vásquez, quien al parecer discute "...que el bien jurídico tutelado sea aquí 'el funcionamiento de la administración pública'. Y es que, aunque se usurpen funciones, el ejercicio de ellas puede ajustarse a las leyes y no perjudicar a los administrados, a pesar de lo cual seguirá habiendo delito. Lo que sí resulta afectada, sin dudas, es la seguridad del tráfico jurídico en relación con la actividad funcional y el valor que esta posee".[11]

En otras palabras, el Estado es el titular del bien jurídico y asimismo, también los sujetos agraviados por el delito[12]. Pueden existir sujetos agraviados complementarios distintos al ente Estatal o público; así: particulares, asociaciones, personas jurídicas, etc., pero no constituyen los titulares del sujeto pasivo.

---

[10] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública,* Lima, 2007, p. 901.

[11] ABANTO VÀSQUEZ, Manuel; "Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano", Edit. Palestra Editores, Lima, 2001, p. 61.

[12] "El titular del bien jurídico protegido 'Administración Pública' es siempre el Estado; en tal sentido todo delito por acción u omisión siempre va a afectar a dicho titular, que viene a constituirse así en un sujeto pasivo genérico, sin perjuicio que puedan existir sujetos agraviados complementarios distintos al ente estatal, conforme se advierte del delito de usurpación de funciones". Ejecutoria Suprema del 23/02/2005, R.N. N° 383-2004-JUNÍN. Jurisprudencia penal II, Editora Norma Legales,Trujillo, 2005, p. 211.
Al respecto, GARCÍA NAVARRO, Edwad; *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial,* Lima, 2009, p. 377 señala que "Los *funcionarios* afectados por la usurpación de sus actividades no son sujetos pasivos del delito, ya que no tienen titularidad alguna sobre el bien jurídico, solo serán intermediarios para con los receptores del servicio de la administración, pero aun así, la usurpación afecta su desempeño y labor pudiéndose constituirse como agraviados".

III. EL DELITO DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD

1. DESCRIPCIÓN TÍPICA

El delito de usurpación de funciones se encuentra tipificado en el artículo 361° del Código Penal vigente:

> *"El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al Artículo 36°, incisos 1 y 2.*
>
> *Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las Fuerzas del Orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años".*

2. GENERALIDADES

El artículo 361° del Código penal peruano contiene cuatro supuestos típicos y una circunstancia agravante específica[13]:

- El primer supuesto típico está referido a la usurpación de la función pública propiamente dicha: *"Cuando el agente, sin título o nombramiento, usurpa una función pública..."*
- El segundo supuesto típico está referido específicamente a la usurpación de dar "...órdenes militares o policiales".
- El tercer supuesto típico se refiere a lo que un sector doctrinal ha denominado "prolongación ilícita de actividad funcional

---

[13] Aunque, valga la crítica de ABANTO VÀSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 64, cuando señala que: "El modelo escogido por el legislador nacional no parece ser el mejor. Debió haber evitado emplear el concepto 'usurpar', y referirse mejor directamente a las conductas supuestas en el particular (asumir y ejercer). Por otro lado, también debió diferenciar la penalidad según el grado de injusto de las conductas; por ejemplo, será más grave la 'usurpación' del particular que la 'continuación' ilegítima del ejercicio de la función por el funcionario".

pública": *"Cuando el agente, habiendo sido destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continua ejerciéndolo"*.

- La cuarta hipótesis típica de usurpación consiste "*...en el ejercicio de funciones correspondientes a cargo diferente del que se tiene...*".
- Finalmente, el último párrafo del art. 361 contiene una circunstancia agravante específica del delito de usurpación de autoridad, a saber: "*Cuando el agente, para perpetrar la comisión del delito, presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden*".

3. EL PRIMER SUPUESTO: CUANDO EL AGENTE, SIN TÍTULO O NOMBRAMIENTO, USURPA UNA FUNCIÓN PÚBLICA

3.1. Sujeto Activo

El sujeto activo en el artículo 361° del Código penal puede ser cualquier persona, por lo que se trata de un delito común o de sujeto activo indeterminado.

Lo normal será que se trate de un particular que no ha llegado, por cualquier motivo, a ser funcionario público por faltarle alguno de los requisitos exigidos por ley; empero, no debe pensarse que un funcionario público no pueda ser sujeto activo de este delito, cuando se trata de asumir "otro cargo" para el que carece de título o nombramiento.

3.2. Conducta típica

3.2.1. Usurpar

El término "usurpar" debe entenderse solamente en el sentido de que el sujeto activo ejerce, ilegítimamente (sin título ni nombramiento), funciones públicas, haya o no haya asumido previamente de manera oficial tales funciones.[14]

---

[14] ABANTO VÀSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 66.

3.2.2. *Ausencia de medios típicos*

En primer lugar, la acción típica consiste en "usurpar" funciones dentro de la Administración pública, y en ese sentido, al no quedar especificado en el texto penal el **medio delictivo**, se deja abierta la posibilidad de adecuarse cualquier medio idóneo para la perpetración de la asunción o ejercicio de funciones públicas (*delito de medio indeterminado*)[15]. Así, el agente puede valerse de engaño, falsedad, astucia, etc.; pero, en el supuesto de que el agente utilice *violencia* o *amenaza*, esta no deberá dirigirse contra integrantes del orden público (v. gr. policías, militares), pues se estaría ante la forma agravada del delito de usurpación de funciones.[16] Por ende, cualquiera de estos últimos medios utilizados en la comisión delictiva podrán adecuarse al tipo básico, siempre que sean dirigidas a funcionarios que no estén investidos del cargo de miembros del orden[17].

En otras palabras, no interesa la forma como realice el autor la usurpación, ya sea violentamente (situación que podría generar concurso con otros delitos) o por medios pacíficos; tampoco son relevantes los móviles o motivos que hubiera tenido para obrar; ni el hecho de que el ejercicio ilegítimo de funciones sea favorable o perjudicial al servicio público[18].

Esto no quiere decir que en la ¨usurpación de funciones¨ no medie el engaño. Aunque el tipo penal no lo diga expresamente, el término ¨usurpar¨ denota automáticamente también un elemento de ¨falsedad¨: la ¨atribución de carácter oficial¨ de la conducta del sujeto activo; en este elemento se manifiesta el engaño que sufre el que soporta la actuación del usurpador. El engaño puede presentarse ya desde el momento de la ¨asunción¨ de una función pública, la que es ejercida posteriormente, o en la legitimidad para ejercer funciones, sin previa asunción.[19]

---

(15) Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 380.

(16) Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 380.

(17) Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 381.

(18) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 910.

(19) ABANTO VÀSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 67.

El artículo 361° del Código penal prevé en el primer supuesto (*"Cuando el agente, sin título o nombramiento, usurpa una función pública..."*) la naturaleza misma de este delito, pues sanciona a aquella persona que ha asumido un cargo público para el cual no ha sido nombrado o titulado. Resulta necesario que el agente haya asumido el cargo de la función pública. Es preciso que el agente realice una actividad propia de la función específica; no basta la sola invocación del falso cargo, si no se hace ejecutando un acto funcional[20].

Como bien apunta García Navarro, "La *asunción* es la toma de posición directa y efectiva de un cargo o comisión (autorización para ejercer), es decir, de facultades para ejecutar función pública. Existe usurpación por asunción cuando el agente ocupa un cargo, estando en las posibilidades de poder realizar las funciones que amerita. Queda fuera del tipo todo *acto de fingimiento*. No interesa si el usurpador realiza o no las funciones que le faculta el cargo, basta solo con la posesión de esta. La implicancia de la adecuación típica de las meras conductas de asunción generan problemas en razón a que se transgrede el *principio de lesividad*, ya que se llegaría a punir por ausencia de resultados típicos, a tenor de un *peligro abstracto*"[21].

3.2.3. La función pública

Como es sabido, la función pública tiene un conjunto de normas y reglamentos que definen su naturaleza y extensión, y por tanto incorpora *elementos normativos*, al cual el Juzgador debe acudir a la Constitución, a la legislación o reglamento de cada institución pública, para precisamente fijar la naturaleza de la función pública, que alude así a la actividad potencial o en despliegue de agentes o sujetos especialmente investidos que representan al Estado y que actúan a nombre de él para el logro de los fines estatales. El carácter público de la función implica

---

[20] FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Derecho penal. Parte especial,* actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 805.

[21] Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, pp. 378 y 379.

que la voluntad ejercitada por dichos agentes es la voluntad del ente estatal[22]. Además debemos precisar la necesidad de actos compatibles con la función usurpada; así lo tiene en cuenta una Ejecutoria Suprema, que sostiene que "para la configuración del delito de usurpación de autoridad es necesario que el sujeto activo realice actos compatibles con la función que usurpa[23]".

Una característica es la preexistencia de la función pública, que es una premisa necesaria para que se pueda configurar el tipo penal[24].

---

(22) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 907.

(23) Ejecutoria Suprema del 30/09/1997 (Consulta), Exp. N° 5334-96-LIMA. ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia penal, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 702. Lo contrario sería sostener la *inexistencia de acto compatible con la función usurpada,* y la conducta del sujeto sería atípica, según lo tiene en cuenta una Ejecutoria Superior: "*Del hecho de haberse encontrado en el interior del vehículo del procesado un carnet policial, no habiéndose acreditado que se haya identificado como policía, se infiere que no se encuentran en la conducta del encausado los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal incoado*". (Así, véase la Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 6 de junio de 1998, Exp. N° 137-98. BACA CABRERA - ROJAS VARGAS - NEIRA HUAMÁN, Jurisprudencia penal procesos sumarios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 487); o aquel otro fallo en la cual la utilización del carné policial con la finalidad de no pagar pasaje de transporte urbano no es acto compatible con la función usurpada, por lo tanto se propugnaba la atipicidad por usurpación de funciones. En efecto "*Si bien es cierto que el procesado estaba obligado a devolver el carné de identidad personal PNP que le fuera incautado, al encontrarse en situación de disponibilidad, ante una medida disciplinaria impuesta por su institución, sin embargo no se ha llegado a establecer que este se haya encontrado ejerciendo una función pública al momento de su intervención, quien al parecer venía utilizando dicho documento con la finalidad de evitar pagar pasaje de transporte urbano; por tanto no se ha configurado en estricto cada uno de los elementos configurativos del tipo*". (Ejecutoria Suprema del 02/11/2000, R.N. N° 2375-2000-LIMA - URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José Luis / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; Jurisprudencia penal, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 599).

(24) En esta línea: DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial,* tomo III, Buenos Aires, 2000, p. 146: "El tipo penal examinado exige que el momento del hecho la función pública exista legalmente, ya que en caso contrario el objeto de protección de la norma en nada se verá afectado".

No hay usurpación p. ej., cuando alguien ocupa la función de miembro de una comisión liquidadora de un Órgano Descentralizado del Estado (como el ya desaparecido ITINTEC) después que ella ha dejado de funcionar. Aquí hay inidoneidad del objeto, propia de la tentativa inidónea, la cual es impune para nuestra legislación. Y también la función pública usurpada debe "estar vigente".[25]

En la vastísima variedad de funciones que la administración estatal provee a sus agentes, la función usurpada debe existir, aunque no exista funcionario en el lugar y el momento. De modo tal que, por ejemplo, la persona que en zona alejada o inhóspita administra justicia y ejecuta penas, está con ello subsumiendo su comportamiento en la tipicidad del delito de usurpación de funciones jurisdiccionales, no pudiendo alegarse que al no existir juez en la zona ello destipifique tal conducta[26].

Otra característica de la función pública usurpada es que represente funciones nacionales, el tipo penal no protege las funciones públicas de Estados extranjeros u organizaciones internacionales.[27]

3.2.4. La ilegitimidad de la función pública

El elemento negativo del tipo de usurpación es la ilegitimidad o arbitrariedad de la asunción o ejercicio de funciones, es decir, sin tener el título o nombramiento. Es la esencia antijurídica del delito consistente en la ausencia de la calidad legal en el comportamiento del agente, la falta de una causa que legitime sus actos. Durante la comisión delictiva, el agente ejerce la actividad funcional sin sustento de justificación legal.

---

(25) ABANTO VÁSQUEZ, 2001, p. 68.

(26) ROJAS VARGAS, 2007, pp. 908 y 909.

(27) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la a dministración pública en el Código penal peruano,* Edit. Palestra-Editores, Lima, 2001, p. 69.

Un caso especial que resulta muy debatible es el de los particulares (obviamente, sin título ni nombramiento) que detienen *in fraganti* a sujetos cometiendo actos delictivos y lo conducen a la dependencia policial y que han sido imputados de estar incursos en usurpación de autoridad. La puesta en vigencia del artículo 260° del Código procesal penal del 2004, permitirá encontrar un sustento normativo a dicha facultad ciudadana, siempre que la misma sea objeto de regulación específica.

Una Ejecutoria Suprema da cuenta de atipicidad de la conducta imputada, cuando la ley permite algunas atribuciones de los particulares. Así: "No hubo usurpación de funciones cuando el personal de Seguridad Ciudadana intervino y condujo al agraviado a la Delegación Policial si se produjo esta intervención en mérito de la denuncia formulada contra el agraviado por intento de rapto de una menor de edad, al advertir una actitud sospechosa por parte del encausado. *Además que, en casos de esta naturaleza, la ley confiere la participación ciudadana, así que actuaron en cumplimiento de sus funciones, lo cual significa que es un comportamiento permitido*".[28]

Distinto es el caso donde no exista flagrancia, y pese a su inexistencia, se produce una detención, lo cual constituye delito. En efecto: "El hecho de que el inculpado intentase detener a una persona mostrándole la orden judicial para su captura y realizando disparos al aire, constituye delito de usurpación de autoridad, al no tener facultades un particular para ello. No excluye de responsabilidad al inculpado el que haya sido policía anteriormente ni que tuviera un proceso penal pendiente con la víctima, en tanto no contaba con autoridad para realizar detención alguna"[29].

---

[28] Ejecutoria Suprema del 06-08-2001, Exp. No. 1563-2001, Tacna, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (2004) *Delitos contra la administración pública (jurisprudencia penal)*, Lima, Jurista Editores, pp. 23 y 73.

[29] Sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Apurímac del 19 de setiembre de 1997, Exp. N° 431-1995. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, Serie de Jurisprudencia 1, Lima, p. 491.

3.2.5. Las clases de ilegitimidad que prevé la Ley penal

Las clases de ilegitimidad que prevé la ley penal, son los siguientes:

- **Sin nombramiento**

Para que las personas puedan acceder a los puestos y cargos dentro de la administración pública, existe lo que podría llamarse un "procedimiento previo" estatuido o perfilado, en primer lugar, por nuestra primera norma, cual es la Constitución Política, y toda la comunidad y el propio Estado deberían respetar. Así, el artículo 425º del Código penal, en el inciso primero, señala: "*Serán considerados funcionarios o servidores públicos: Los que están comprendidos en la carrera administrativa*"; es decir, señala los requisitos y condiciones que debe cumplir todo postulante a un cargo público, y dependerá de cada institución pública elegirlos, y nadie puede "usurpar" dicho nombramiento y ni el cargo público.

El procedimiento previo puede estar comprendido también en una segunda acepción, según lo señalado por el Código penal peruano, artículo 425º, inciso segundo: "*Serán considerados funcionarios o servidores públicos: Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, inclusive si emanan de elección popular*". En efecto, aquí podría entrar aquel diploma expedido por la autoridad competente, que puede ser el rector de una Universidad Nacional o Particular, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Director de la Policía Nacional, etc. que acreditan, de alguna manera la idoneidad en una rama de la ciencias o del conocimiento con la facultad de ejercer una determinada profesión –abogado, médico, militar, etc., o cargo: magistrado, fiscal, etc.–

Como también la acepción que está referida a aquellas situaciones en que la investidura de la función no depende de la designación de autoridad competente, sino de otros procedimientos como es el electivo –presidente, congresista, gobernador de gobiernos regionales, alcaldes provinciales y distritales, regidores, etc.–, correspondiendo a la autoridad electoral la proclamación y el otorgamiento de la credencial,

título que acredita su condición para el cual fue electo, es decir, la autoridad electoral no designa, solo proclama.

- **Sin título**

El "Título" se trata de un elemento normativo del tipo, y el que más resulta discutible. Para que podamos estar ante la tipicidad penal en análisis, debe ser un título carente de todo viso de legalidad, es decir materialmente ineficaz y, si este es falsificado el autor habrá de responder por el delito de ejercicio ilegal de profesión, a menos que ejecute concretamente la actividad funcionarial[30].

En todo caso, la doctrina plantea, al respecto, dos sentidos: *Primero*, como documento o diploma expedido por una autoridad competente a nombre de la Nación, un medio oficial que permite acreditar idoneidad para el ejercicio de una profesión[31]. A dicha *apreciación formal*, advierte –siguiendo a Abanto Vásquez– que se cae en confusiones típicas con "otros supuestos que sí se refieren expresamente a este tipo de títulos, como los [artículos] 362 y 363". *Segundo*, la investidura a la función pública dependiente de otros procedimientos, como, por ejemplo, el de las elecciones. No obstante, consideramos adecuada la interpretación de la definición del título bajo estos dos sentidos. Se entiende entonces al título como una fuente legal derivada de una autoridad competente o de la voluntad popular"[32].

Como bien dice Soler: "No es preciso que se trate de usurpar la función que desempeña un *funcionario*, sino de ejercer *funciones* públicas y estas pueden ser cumplidas, a veces, por particulares. Por eso se refiere la ley no solamente al caso de falta de nombramiento, sino también a la falta de título[33]. En esta lógica, debemos arribar a un concepto amplio

---

(30) PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl; *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo V, Idemsa, Lima, 2010, p. 74.

(31) Véase, en este sentido: DONNA, ob. cit., tomo III, 2000, p. 146.

(32) Según GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 385.

(33) SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino, tomo V*, Tipográfica editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pp. 144 y 145.

de título, el mismo que puede abarcar a un documento o acto que expide un funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones para habilitar, en este caso, a otra persona para que asuma el cargo o la función específica de la administración pública. Así, el artículo 425º del Código penal, en el inciso tercero, señala: "*Serán considerados funcionarios o servidores públicos: todo aquel que independiente de su relación laboral en que se encuentre, mantiene* ***vínculo laboral o contractual*** *de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos*".

En definitiva, entonces, por ejemplo, el título será la suscripción de un contrato de locación de servicios, en la cual una Municipalidad requiere la labor de un Ingeniero Civil para la construcción de un puente, y el único que puede suscribir un Contrato será el órgano autorizado, que será la Gerencia o la Oficina de Personal o Recursos Humanos, y no podrá hacerlo la Oficina de Seguridad Ciudadana, porque de hacerlo estaría excediéndose en sus funciones.

Queda fuera del radio de acción de la norma, la acción de quien se afana de ostentar un cargo público, mas no realiza ninguna actuación que lo haga ver como tal en el seno de la administración; como se señala en la doctrina no basta la sola invocación del falso cargo; quien emplea uniformes de la policía nacional solo para mostrarlos ante el público, estaría incurso en el tipo penal contenido en el artículo 362° del CP[34].

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Se trata, en este primer supuesto, de una conducta dolosa. El conocimiento comprende además la exclusividad y el carácter público del cargo o comisión. En el caso de que exista en el agente duda sobre ello (por ejemplo, sea porque el título o el nombramiento le genere cierta desconfianza debido a las circunstancias en que se dieron), y aun así decide asumir o ejercer la función se imputará *dolo eventual.*

---

(34) PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 75.

5. ERROR DE PROHIBICIÓN

En el primer supuesto se presenta muchos los casos de error de prohibición por parte del agente quien usurpa función pública. Así, "Fluye de autos que el encausado, como Presidente del Comité de Autodefensa y Desarrollo del centro poblado menor (...) mantuvo detenido al agraviado y autorizó un acuerdo entre sus coacusados con relación a una denuncia de hurto de semovientes, es decir, habría asumido una función pública que no le correspondía. En tal sentido, si bien está acreditado que el encausado usurpó una función pública y vulneró el bien jurídico protegido en el artículo 361 del Código penal, se aprecia de autos que, en razón del contexto sociocultural en que desarrolló su conducta y, esencialmente, de las calidades personales del encausado y de su rol social como dirigente comunal, obró con evidente error respecto a la antijuridicidad de la misma en relación a los límites de sus facultades legalmente establecidas como Jefe del Comité de Autodefensa; que siendo así se está ante un supuesto de error de prohibición previsto en el artículo 14 del Código penal, cuya invencibilidad o inevitabilidad conduce a la exención de responsabilidad penal"[35].

6. EL SEGUNDO SUPUESTO: CUANDO EL AGENTE, SIN TÍTULO O NOMBRAMIENTO, USURPA LA FUNCIÓN DE DAR ÓRDENES MILITARES O POLICIALES

6.1. Conducta típica

Esta sub modalidad es un caso típico de usurpación de autoridad, por cuanto la norma penal ha puesto énfasis en la palabra "facultad" es decir, en la potestad o prerrogativa de dar órdenes. Al hacer alusión el enunciado normativo a dar órdenes militares o policiales, comporta un típico caso de "usurpación de autoridad", pues lo que hace el agente

(35) Ejecutoria Suprema del 23/08/2007, R.N. N° 3618-2006-LAMBAYEQUE. Vocal Ponente: URBINA GANVINI, Guillermo, Gaceta penal y procesal penal, tomo 2, Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2009, p. 138.

es atribuirse ilegalmente poderes que solo cuentan aquellos que ostentan altos grados militares o policiales[36].

No interesa en realidad la naturaleza de las órdenes (a nivel de comando o de mandos inferiores), en consecuencia, tampoco interesa la jerarquización de persona de quien emite la orden, por lo que no aumenta ni disminuye el injusto penal. Lo realmente relevante es que el particular ordene inmiscuyéndose en atribuciones de las que no goza, por carecer de título o nombramiento oficial.

Se configura este supuesto cuando, por ejemplo, un suboficial de la Policía Nacional, sin tener título para ello, se hace pasar por capitán de la PNP, y llega a una comisaría y comienza a dar órdenes a los efectivos policiales que allí se encuentran[37].

También puede tratarse de un agente, que es un *extraneus* a la administración estatal, o en todo caso, a la administración castrense. Por ejemplo, un civil, se pone un uniforme policial, y se le ocurre, de manera dolosa, pararse en toda la carretera y empieza a dar órdenes, por varias horas, a todos los transeúntes y personas que iban en vehículo para que transiten y circulen por determinada zona; si en todo caso, se trata de un verdadero policía, pero tiene el grado de capitán, pero luego, da órdenes como si se tratara de un coronel, tal situación estaría enmarcada en el cuarto supuesto.

El usurpar la función de dar órdenes militares o policiales se trata de una modalidad delictiva poco frecuente, de improbable realización en las condiciones descritas en el tipo. Puede alguien imaginar a un civil o particular dando órdenes a los militares o policías; aun cuando todo es posible en nuestro país, no entendemos las razones para crear una modalidad distinta, cuando bien puede esta conducta estar comprendida en la primera modalidad del tipo básico[38].

---

(36) PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 81.

(37) SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 26.

(38) HUGO ALVAREZ, Jorge; *Delitos cometidos por particulares contra la administración pública*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 73.

Con la dación del nuevo Código de Justicia Militar Policial mediante el Decreto Legislativo N° 961, publicado el 11 enero de 2006, con varios de sus artículos declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional peruano, la conducta del suboficial de Policía que usurpa facultades de dar órdenes –privativas de los oficiales de la institución– estaría circunscrita dentro de los alcances del Código Penal, aunque la redacción del texto en la frase: *"El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales"* comunica la idea de un sujeto activo común, en una interpretación básica o literal.

6.2. Tipo Subjetivo

En esta segunda modalidad se trata de un delito doloso. El agente actúa con la intención de usurpar una orden policial o militar para la cual sabe que no goza del título o nombramiento correspondiente.

6.3. Grados de desarrollo del delito

Se trata, desde el punto de vista de la ejecución, de un delito de pura actividad, en que no caben formas imperfectas de ejecución.

7. EL TERCER SUPUESTO: EL QUE HALLÁNDOSE DESTITUIDO, CESADO, SUSPENDIDO O SUBROGADO DE SU CARGO CONTINÚE EJERCIÉNDOLO

7.1. Sujeto activo

El sujeto activo debe hallarse destituido, cesado, suspendido o subrogado del cargo, por ello algunos autores consideran que se trata de un "particular", desde el momento en que la calidad de "funcionario público" ha sido dejada sin efecto legal. La recta funcionalidad de la administración pública puede ser, en consecuencia, vulnerada tanto por el empleado público de hecho como por un particular (ex funcionario).

7.2. Conducta típica

Otra de las conductas típicas comprendidas en el tipo penal de análisis es que el agente debe de haber cesado[39], estar suspendido[40], destituido[41] o subrogado[42] en sus funciones; es decir, el funcionamiento cesa por imperio de la ley, en los cargos cuya duración está establecida de antemano. El vencimiento del término es el punto de deslinde entre los actos funcionales lícitos y los ilícitos, sin necesidad de notificación o comunicación alguna.

Aunque el tipo penal peruano no lo diga expresamente (la fuente argentina sí), es preciso que antes el agente haya recibido una *comunicación oficial* de la resolución correspondiente que lo destituye, cesa, suspende o subroga[43].

Luego de ello, el agente continúa ejerciendo las funciones que corresponden a un cargo. Continuar significa que no habido interrupción o, al menos, que no la ha habido de modo ostensible en ese ejercicio; de no ser así, el hecho caería en el supuesto de usurpar sin título. La actividad del funcionario se prolonga como si no hubiera mediado cesantía o suspensión y así, sin solución de continuidad, se pasa de lo

---

(39) **Cesantía.** Por cesantía se entiende la terminación del desempeño del cargo, ya por disposición de la autoridad superior, ya por la aceptación de la renuncia presentada por el funcionarioo por disposición de la ley *ministerio legis*. Entre los comentaristas clásicos españoles, Viada señala que la prolongación de funciones representa una resistencia a las órdenes del gobierno que impone el cese.

(40) **Suspensión.** La suspensión es el retiro funcional del cargo en forma temporal, ya con carácter preventivo en caso de investigaciones judiciales o administrativas), ya como medida disciplinaria; no tienen tal carácter las licencias de que goce el funcionario.

(41) **Destitución.** Se trata de una medida correctiva que implica la privación o separación del funcionario o empleado público del cargo o empleo que ocupaba.

(42) **Subrogación.** Es la sustitución de un funcionario por otro. Es la situación de una persona que ejercía el cargo por otra que en su desarrollar en la misma función, en este caso también como en los anteriores se requiere comunicación oficial para que la medida cumpla sus efectos, mientras tanto los comportamientos que realice el subrogado en el ejercicio de su función, no tienen tipo.

(43) ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 74.

lícito a lo ilícito. La especie y la cantidad de los actos funcionales carece de significado, solo importa que sea de los que corresponden al cargo que se desempeñaba. El delito se consuma con el primer acto de autoridad, sin que la pluralidad de ellos multiplique la delincuencia.

Un caso de **destitución** sería cuando un Fiscal, por resolución de la Fiscalía de la Nación ha sido destituido del cargo de Fiscal provincial y sin embargo, pese de haber sido notificado y tener conocimiento de la destitución, continúa ejerciendo las funciones de fiscal provincial (tomar manifestaciones, levantar cadáveres, participar en autopsia, etc.) alegando que no llega su reemplazo[44].

Un caso de usurpación por **cese** sería aquel auxiliar cesado del Congreso que sorprende a entidades públicas. En efecto, "comete delito de usurpación de funciones el servidor auxiliar del Congreso que habiendo cesado en el cargo continuó atribuyéndose la calidad de funcionario del poder legislativo, sorprendiendo a diversas entidades y ocasionando perjuicio a terceros"[45]. También se configura el supuesto cuando, por ejemplo, un juez por resolución del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha sido cesado, por límite de edad, sin embargo, pese que ha sido notificado y por tanto tiene conocimiento del cese, continúa ejerciendo las funciones de juez (tomar instructivas, dictar sentencias, etc.) pretextando que el cese no le corresponde y que ha presentado una acción de amparo contra la resolución de cese[46].

Por otro lado, se presenta el supuesto de **suspensión** cuando por ejemplo, un congresista es suspendido por el Pleno del Congreso por ciento veinte días por haber contratado personal incompetente como su asesor y hace caso omiso a la suspensión y continúa ejerciendo sus funciones congresales[47].

---

(44) SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 28.

(45) Ejecutoria Suprema del 5/3/98, Exp. N° 2294-97-LIMA. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 711.

(46) SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 28.

(47) SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 30.

La ilicitud del desempeño de las funciones públicas está dada en este caso, por la pérdida de las facultades funcionales. Tal situación puede resultar de haber cesado en el cargo, por el ministerio de la ley o por resolución que ordenó la cesantía o suspensión. La presentación de la renuncia no se identifica con ninguna de estas situaciones, y el funcionamiento sigue siendo tal, hasta que dicha renuncia se haya admitido.

La esencia de la usurpación consiste en que al momento de ejercer la función pública no se tenga la calidad oficial, es decir que se obre como mero particular. Esta circunstancia se presenta cuando el ejercicio funcional se sigue realizando por quien ha sido cesado o destituido del cargo funcional. En suma, esta modalidad de usurpación de función pública por prolongación ilícita en el ejercicio del cargo puede ser llevada a cabo por funcionarios de facto o particulares (aquellos funcionarios ya destituidos o cesados).

7.3. Tipicidad Subjetiva

Es un delito doloso. El sujeto activo sabe que su cargo de funcionario público ha concluido o ha quedado suspenso y, sin embargo, continúa ejerciéndolo. Se trata de un dolo directo.

7.4. Grados de desarrollo del delito

El delito se consuma cuando el agente sigue ejerciendo la función o empleo público. Es necesario tener presente que la acción desplegada por el agente debe ser similar al acto administrativo o de función para el cual ya no tiene momentánea o definitivamente autorización. La arbitraria prolongación en el tiempo de funciones públicas no puede producir acciones que propiamente se denominen "actos de función".

8. EL CUARTO SUPUESTO: EJERCER FUNCIONES CORRESPONDIENTES A CARGO DIFERENTE DEL QUE TIENE

8.1. Sujeto activo

El sujeto activo normalmente lo será un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Ello significa que ha asumido el cargo públi-

co en forma legítima y de acuerdo al principio de incorporación, que lo desempeña o que está desempeñando el cargo; empero, para que se configure el tipo penal, el funcionario público ha de extender o invadir ilícitamente funciones públicas ajenas.

8.2. Conducta típica

El autor en el supuesto de este inciso, es el funcionario público en ejercicio ilegítimo de su cargo. No carece, pues, de título ni nombramiento, como en el primer supuesto; ni ha cesado o sido suspendido en sus funciones, como en el segundo supuesto; lo que ocurre es que el autor realiza funciones que no corresponden a su cargo, pues pertenecen a otro cargo.

Esta doble condición es importante, porque es lo que distingue esta forma de usurpación de autoridad de los abusos de autoridad. En tal sentido, en la doctrina no existe unanimidad al momento de ubicar este supuesto dentro de la figura de "usurpación de función pública". Algunos autores hablan de que este supuesto contempla, más bien, una forma de abuso de autoridad desde el momento en que el agente excede el marco legal de su competencia funcional.

El acto funcional que corresponde a otro cargo tiene que ser legítimo.

En realidad en este supuesto nos estamos refiriendo a la "competencia funcional", a la esfera legal de atribuciones funcionales, que delimita y define el marco de actuación de los funcionarios y/o servidores públicos[48]. No estamos frente a una extralimitación de las funciones competenciales, de quien legalmente cuenta con ellas, de ello da cuenta

---

[48] Por ello TERRAGNI, Marco Antonio, tomo III. Tratado de Derecho penal. Parte Especial II, Editores La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 352 ha señalado que: "El bien jurídico es el orden en la administración y el correcto desempeño de sus funcionarios; cada uno en el ámbito de su respectiva competencia y ejerciendo solo las atribuciones que le han sido asignadas por ley; entendiendo por tal no solo la ley formal sino los decretos, ordenanzas y disposiciones reglamentarias".

el delito de abuso de autoridad, sino de la invasión de un fuero funcional que no le corresponde al *intraneus*[49].

Aunque como señala Abanto Vásquez "Existe una evidente superposición con el delito de 'abuso de funciones' (art. 376) pues también el invadir funciones de otro funcionario implica un 'acto arbitrario o injusto'. La diferencia estaría en la 'idoneidad' de causar daños a terceros (para otros: el 'resultado típico'), pues este elemento no es exigido aquí, sino en el 'abuso de funciones' del art. 376°"[50].

Así, por ejemplo: el Poder Judicial será el único ente estatal, a través de sus instancias especializadas, que puede sentenciar –absolver o condenar– a una persona, por la comisión de un delito; y no puede, por ejemplo, un miembro policial, quien dentro de su Comisaría, sentenciar a una persona. Asimismo, el único que puede elegir y nombrar Jueces y Fiscales en el Perú es el Consejo Nacional de la Magistratura y no por ejemplo la Academia de la Magistratura o el Ministerio Público o el Tribunal Constitucional. O el caso del Fiscal Provincial Adjunto que se dedica despachar como si estuviese encargado del Despacho Fiscal cuando no ha sido autorizado para ello por la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial correspondiente[51].

Desde nuestro punto de vista, el autor, que normalmente lo será un funcionario público, ejecuta un acto sustancialmente legítimo, cuyo "vicio" o "error" consiste únicamente en que él carece de facultades para tal acto. No hay arbitrariedad ni abuso, sino técnicamente lo que existe es una cuestión de incompetencia del órgano funcional. Si el acto constituyere, además, un delito de abuso de autoridad, es decir, que fuera abusivo y con perjuicio de tercero, existirá una relación concursal.

---

[49] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 88.

[50] Véase: ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 77.

[51] GUEVARA VASQUEZ, Iván Pedro, *Tópica Jurídico-penal*, Ideas Solución Editorial Lima, 2013, p. 458.

Cuando la norma señala que las funciones usurpadas sean de cargo diferente al que tiene el funcionario imputado, pareciera que no está comprendiendo bajo esta modalidad el supuesto que el imputado invade áreas iguales o similares de competencia pero en otro ámbito de jurisdicción[52]. Así, el ejecutor coactivo de municipalidad distrital o provincial que pretende cumplir su función en distrito o provincia diferente a la de su jurisdicción. El funcionario tiene competencia pero carece de jurisdicción.

8.3. Tipicidad subjetiva

Subjetivamente el hecho típico es doloso.

Puede advertirse un error sobre la esfera de delimitación de funciones entre dos funcionarios, sea por ambigüedad, poca claridad u oscuridad de la ley; con la particularidad que siempre será evitable, si hubiese sido más precavido, más diligente para saber con exactitud los parámetros de su esfera competencial. Un ejemplo sería de aquel funcionario que no sabía que se había sancionado una normativa, que lo había despojado de ciertas atribuciones[53].

8.4. Grados de desarrollo del delito

La acción consiste en ejercer funciones correspondientes a otro cargo que no se desempeña, cualquiera sea el fin que con ello se persiga. El hecho se consuma con la ejecución del acto funcional que corresponde a otro cargo, sin que se requieran provecho para el autor, ni perjuicio para la administración pública o consecuencia otra alguna.

---

(52) Véase, en este sentido: ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 915.

(53) PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 94.

9. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 361º DEL CÓDIGO PENAL: "SI PARA PERPETRAR LA COMISIÓN DEL DELITO, EL AGENTE PRESTA RESISTENCIA O SE ENFRENTA A LAS FUERZAS DEL ORDEN, LA PENA SERÁ PRIVATIVA DE LIBERTAD NO MENOR DE CINCO NI MAYOR DE OCHO AÑOS"

La resistencia y el enfrentamiento a las fuerzas del orden, como medio para cometer estos delitos, denotan mayor peligrosidad debido a que suponen un mayor riesgo para el bien jurídico "administración pública".

- La resistencia no es más que una desobediencia cualificada por el uso de la fuerza o amenaza a la imposición por parte de la autoridad o sus agentes del cumplimiento de la orden dada e incumplida. Es decir, el agente, en su afán de ejercer o seguir usurpando la función pública que no le corresponde, se resiste a las órdenes de las fuerzas del orden, quienes pretenden evitar que el agente siga cometiendo el delito de usurpación de funciones o autoridad en cualquiera de las modalidades antes ya explicadas[54].

  En otras palabras, no solo el sujeto activo debe desobedecer las órdenes de la policía nacional, sino que debe resistirlas, esto es –sin llegar a la violencia fáctica–, debe no cesar en su empeño por asumir cargo o ejercitar funciones (resistencia pasiva).

- Por el contrario, enfrentarse a las fuerzas del orden es ya actuar, abiertamente, mediante el uso de la violencia a la vía de los hechos, contra los custodios del orden que intervienen para hacer desistir o frustrar los actos del sujeto activo del delito.

  En efecto, el uso de la proposición "para", permite entender *ex ante* dicha circunstancia, es decir, que la usurpación no debe todavía consumarse para que le sea aplicable la agravante punitiva. Si la resistencia o enfrentamiento se realiza *ex post,* esto

[54] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 33.

es, durante el ejercicio de las funciones, la tipicidad del hecho será la del Artículo 368º.

IV. EL DELITO DE OSTENTACIÓN INDEBIDA Y PÚBLICA DE FUNCIÓN, CARGO O TÍTULO

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO TUTELADO

El delito de ostentación de distintivos de función o cargo está referido a la situación en la que una persona utiliza emblemas, insignias u otros distintivos que son indicativos de un cargo o función pública, sin contar con el título o nombramiento correspondiente. Como puede ser el caso de quien utiliza un uniforme policial sin ser policía. Asimismo, encaja en este delito la conducta por la cual una persona se arroga un grado académico o título profesional sin que le corresponda tal calificación. En tal sentido, es al Estado al que le corresponde, exclusivamente, la facultad de conferir distintivos o insignias de autoridad pública, títulos profesionales u honores; y debemos hacer la precisión que aquellos títulos u honores que no emanen de una autoridad o institución pública, serán considerados atípicos.

Al asegurarse el monopolio de la facultad de conferir insignias o distintivos de autoridad, títulos profesionales y honores, el Estado procura, asimismo, preservar un índice de credibilidad aceptable para el normal desenvolvimiento de la convivencia ciudadana. Resulta innegable que los actos de suplantación o impostura, llevados a cabo por quien indebidamente ostenta insignias de autoridad, o se arroga título profesional que no le corresponde, ocasionan una disminución de la confianza ciudadana en la administración pública, así como en sus integrantes; ya sean funcionarios o servidores públicos.

El objetivo de la tutela penal busca proteger a la administración pública en su exclusiva función de otorgamiento de emblemas, distintivos, títulos y honores oficiales, de la posibilidad de descrédito y vulgarización de dicho monopolio. En otras palabras, se busca asegurar el

ejercicio real y legítimo de la administración pública y los profesionales que lo han obtenido. Es en este último aspecto que un sector doctrinal entiende que se protege, además de la correcta marcha de la administración pública, el bien jurídico "fe pública". Por ello no consideramos que tenga asidero aquella doctrina que observa que lo único que podría configurar esta conducta sería una mera infracción de carácter formal-administrativo, pero no una intervención del Derecho penal[55]; en consecuencia, consideramos que en nuestra sociedad se justifica su tipificación, porque son conductas que se observan con relativa frecuencia y demuestran la total ausencia de ética en las personas[56].

Aunque la sanción que se reprime en el artículo 362° del Código penal es sumamente exigua con lo cual se trata de una de las manifestaciones del "Derecho penal simbólico"; como es sabido, la conducta será *"...reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas"*, aplicándose exoneraciones como la exención de pena, o privilegios como la pena suspendida o la prescripción de la acción penal.

En la legislación comparada, podemos observar el art. 247 del Código penal argentino que describe la simulación de autoridad y simulación de calidad no funcional de la siguiente manera: *"será reprimido con multa de diez mil a trescientos mil pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le corresponde"*.

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

Al legislador penal le ha sobrado motivos políticos criminales para mantener el tipo descrito en el art. 362° del C.P. y recurrir a la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto para describir este ilícito penal.

---

(55) BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, p. 421.

(56) CHIRINOS SOTO, Francisco, *Comentarios al nuevo Código penal*, Lima, Tomo III, p. 283.

> *"El que públicamente, ostenta insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o se arroga grado académico, título profesional u honores que no le corresponden, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas.*

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [57], en el Capítulo VI, regula bajo el rubro "Delitos contra la administración pública", el denominado delito de "Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce", en el artículo 418° en los siguientes términos: *"El que públicamente ostenta insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce o se arroga grado académico, título profesional u honores que no le corresponden será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas. Asimismo se le impondrá una pena de inhabilitación de uno a dos años y de cincuenta a cien días multa"*.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

El autor de los delitos puede ser cualquier persona, hasta el funcionario público que no ejerza legalmente el cargo al que corresponde la insignia o el distintivo.

Puede ser sujeto activo cualquiera, un particular, un funcionario, un servidor público o un militar. Puede actuarse directamente o en autoría mediata, caso este último en el cual el autor se vale de terceros para ostentar sus insignias o distintivos que le deben ser identificables.

---

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

3.2. Sujeto pasivo

El Estado es el sujeto pasivo de este delito por ser el titular del bien jurídico puesto en peligro. Se vulnera el monopolio estatal para conferir u otorgar grados académicos, títulos profesionales u honores.

3.3. Conducta típica

El delito se configura con dos comportamientos independientes, los mismos que serán estudiados de manera independiente:

3.4. Ostentar públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce

El verbo ostentar, empleado para expresar el acto ejecutivo del delito, significa hacer patente o visible una condición o calidad.

- **Insignia**, es el dispositivo convencional u honorífico que puede usarse sobre el cuerpo o simplemente portarse como chapas, sortijas, medallas, fajas, bandas, distintivos metálicos, los que se portan en la solapa, por ejemplo, entre otros[58]. Como se sabe, tanto en la administración pública, como en el Poder Judicial y en el Poder Legislativo, se otorgan a sus titulares el derecho de llevar una insignia o distintivo. El Presidente de la República tiene en la banda bicolor el emblema de su alta investidura. Los Ministros usan una faja.
- **Distintivos**, es cualquier objeto que señala, distingue o diferencia; en el caso concreto debe servir para diferenciar de los demás a una persona que ejerce el cargo, tal el uniforme que sirve como distintivo de un cargo público y que por lo tanto diferencia de los demás a la persona que lo porta y ejerce función pública[59].

---

[58] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la Administración pública*, Editorial Jurídica Portocarrero, Segunda Edición, Lima, 1997, p. 37. CHIRINOS SOTO, ob. cit., 2012, p. 1217.

[59] PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 38.

El sujeto activo del delito, una vez en poder o tenencia de signos oficiales (actos preparatorios), los muestra en un afán o interés de índole diversa que el tipo penal no especifica, expresando con ello que para los efectos penales carece de relevancia el móvil de dicha ostentación, siempre y cuando esta produzca una posibilidad de lesión o peligro al bien jurídico protegido. Y para que dicha posibilidad de lesión o peligro generado con la ostentación sea penalmente relevante, la figura penal exige el uso público.

Por ello, como tiene establecida una Ejecutoria Suprema "...la sola posesión de carné policial no es conducta típica de delito de ostentación indebida de función"[60]. Precisamos que no es la usurpación de funciones lo que aquí se reprime, sino el simple uso público e indebido del distintivo o insignia[61].

Ahondando más en este tema, la publicidad está en función a un cierto número de personas y puedan ser inducidas a considerarlas que, efectivamente, ejercen un cargo o función, en consecuencia puede haber publicidad con un solo acto. En otras palabras, la obtención de los símbolos de función o cargo para que sea pública ha de ser conocida por un número indeterminado de personas[62].

---

(60) "Que al ser intervenido el procesado y habérsele incautado un carné policial, la sola tenencia de este no puede imputarse como conducta pasible de ser sancionada como usurpación de autoridad, si no existe prueba alguna que acredite la utilización de dicho distintivo" (Ejecutoria Suprema del 11/1/95, Exp. N° 3253-94-LIMA. ROJJASI PELLA, Carmen; *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, p. 201).

(61) HUGO ÁLVAREZ, 2000, p. 98.

(62) La jurisprudencia tiene sentado un caso de un ex policía que mostrando una insignia carné vencido al interior de taxi solicita dinero al conductor para no llevarlo a la Comisaría. "Al haberse demostrado que el procesado hizo ostentación de una insignia, carné policial y cargo que no ejercía a la fecha de la intervención practicada al chofer del taxi, a quien solicitó dinero a cambio de no llevarle a la Comisaría si le hallaba en falta, tal conducta debe sancionarse con arreglo a lo previsto en el artículo 362° del Código Penal". Ejecutoria Suprema del 29/11/2000, Consulta N° 367-2000-LIMA. ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia penal y procesal penal, IDEMSA, Lima, 2002, p. 654.

La publicidad contenida en la tipicidad no puede ser comprendida en potencia, sino en acto; esto es, no como la posibilidad de presentarse en un número determinado de personas a partir de un mínimo plural, como es el caso que se realice la ostentación en una casa amplia y que puede ser concurrida por un número importante de personas[63]. En esa medida, una casa no califica, bajo ningún punto de vista, para la realización del tipo de la ostentación de distintivos de función o de cargos públicos que no son ejercidos por el sujeto agente. La publicidad ha de ser entendida como acto; mas no así como potencia[64].

Como señala Creus[65] no se da el tipo ni en la portación secreta u oculta del distintivo, ni en la exhibición a personas determinadas, aunque aquella portación pueda ser realizada en un lugar privado, con acceso limitado a ciertas personas, no se dará la publicidad requerida por el tipo.

Los criterios de imputación objetiva, como lo hace un sector de la doctrina, bien podrían servir aquí para poder delimitar, desde el plano de la tipicidad, los criterios de aplicación de este tipo penal; sin embargo, como señala Abanto Vásquez, en realidad, la "imputación objetiva" debe restringir su aplicación a los "delitos de resultado". En los delitos de "mera actividad" como el que se está analizando, se trata solamente de delimitar la idoneidad de la conducta típica; o sea de la "ostentación pública indebida"[66].

---

(63) GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro, *Tópica Jurídico-penal*, Ideas Solución Editorial, Lima, 2013, p. 464.

(64) GUEVARA VÁSQUEZ, 2013, p. 464.

(65) Siguiendo a LAJE ANAYA: "La usurpación de autoridad", en: Cuadernos del Instituto de Derecho penal, Córdoba, 1966, N° 88, p, 9. 31 y a Núñez: Derecho Penal. T, VII, p.66, nota 222; op. cit., p. 169.

(66) ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 85.

3.5. Arrogarse públicamente Grado Académico, Título Profesional u Honores que no le corresponden

El verbo rector del tipo es arrogarse que significa atribuirse o apropiarse de atribuciones, el mismo que lo puede realizar el particular, funcionario o servidor público, cuando se arroga públicamente grado, título y honor que no le corresponde; y no es necesario acto alguno que signifique el ejercicio de la profesión ni el efectivo goce de los grados u honores[67]. En este supuesto típico, es suficiente que el agente se atribuya grado académico, título profesional u honores que no le corresponden.

Se puede cometer por cualquier medio (p. ej. anuncios verbales, uso de membretes, placas, anuncios periodísticos por cualquier medio de comunicación[68]). En tal sentido, se trata de un delito de simple actividad, es decir, solo requiere que el autor ejecute la acción contenida en el verbo típico el arrogarse sin derecho el grado académico, el título profesional o los honores correspondientes, para que se halle consumada la acción típica.

En esta línea de pensamiento, ni el perjuicio, daño o lesión que cause el sujeto activo, si es que ejercita funciones derivadas de los grados o título que usurpa, son necesarios para definir el delito, pueden producirse pero el delito se habrá ya antes consumado[69].

Debemos precisar si es que otras personas, es decir terceros, confieren o dan el trato que indican los componentes típicos, ello no constituye tipicidad de la figura en estudio[70].

---

(67) DONNA, tomo III, ob. cit., 2000, p. 154.

(68) BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Manual de Derecho penal. Parte especial,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 659.

(69) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 930.

(70) SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 44.

Se trata de un delito de propia mano, pues reclama la realización directa del tipo por parte del autor[71].

La hipótesis delictiva es posible solo a título de comisión, no es posible por omisión[72]. Esta modalidad es un delito de simple actividad, es decir, solo requiere que el autor ejecute la acción contenida en el verbo típico el arrogarse sin derecho el grado académico, el título profesional o los honores correspondientes, para que se halle consumada la acción típica.

Es necesario que la arrogación sea pública o notoria, de lo contrario carecerá de idoneidad típica, puesto que no se vulneraría así el bien jurídico tutelado[73]. La atribución o arrogación frente a un particular solo podría dar lugar a un delito de estafa.

Como bien afirma Hugo Álvarez "Aun cuando la norma no lo señala de manera expresa, debe interpretarse que las insignias o distintivos usados indebidamente por un particular deben estar referidas a que estas sean verdaderas; los objetos falsos tienen otro contenido penal. El Estado otorga y autoriza el uso de estos objetos a determinados funcionarios, en razón del cargo o de la función que cumplen o ejercen"[74].

Aquí, al igual que en el primer supuesto, los "grados, títulos u honores" solamente pueden ser nacionales, el tipo peruano no se refiere a la protección de aquellos otorgados por administraciones públicas extranjeras o por organismos internacionales de Derecho público[75].

---

(71) BUOMPADRE, ob. cit., 2012, p. 659.

(72) SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 44. De la misma manera: GUEVARA VÁSQUEZ, 2013, p. 462 "La ostentación o el arrogarse difícilmente admiten la idea de una omisión, siendo más bien la acción el camino por el cual se realiza el tipo penal en mención".

(73) Este mismo sentido: SOLER, ob. cit., tomo V, 1951, p. 149.

(74) HUGO ÁLVAREZ, ob. cit., 2000, p. 99.

(75) ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 88.

3.5.1. Grado académico

Por grado académico debe entenderse el otorgado por los establecimientos de enseñanza superior[76]. Los grados académicos deben provenir de un ente público o de aquellas instituciones autorizadas legalmente para expedirlos, por lo que deben reunir, además de la calidad de "académicos" la de ser "públicos".[77] Está fuera del tipo de arrogación de grados académicos concedidos por institutos privados[78]. Para que se realice el tipo, por tanto, no es necesario que el sujeto activo ejerza la profesión correspondiente al grado académico que ilícitamente se arroga.

No es un comportamiento de relevancia jurídico-penal, aquel que es nombrado por terceros como si fuese doctor, sin serlo, eso ocurre mucho en la cotidianeidad de nuestro país, donde a todo abogado se le llama doctor, sin siquiera tener el grado académico de magíster; tampoco está incurso en esta modalidad si se arroga una especialidad que no requiere de un grado académico[79].

Es usual que en el mundo de la abogacía –y también en la medicina– existan algunos términos académicos que concitan confusiones, en el sentido que muchos abogados, profesionales del Derecho –y también de la Medicina–, se arrogan públicamente un grado académico de "Doctor" que obviamente no corresponde, cuando simplemente son abogados titulados o médicos generales, y a tenor de la descripción legal podría constituir el delito en comentario y aplicárseles la sanción respectiva.

En este contexto nos preguntamos: ¿Qué pasaría si un Fiscal Penal interviene en flagrancia al abogado o al médico en una ponencia luego de que el abogado o el médico diga, públicamente, "soy Doctor por la Universidad tal..." cuando en realidad debería haber dicho "soy

---

(76) CREUS, ob. cit., p. 172. CHIRINOS SOTO, ob. cit., 2012, p. 1217.

(77) FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 415.

(78) SOLER, ob. cit., tomo V. 139; CREUS: ob. cit., p. 173.

(79) PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 101.

abogado o médico por la Universidad tal..."? En realidad si fuéramos estrictos con la norma penal, muchas personas fueran investigadas y eventualmente condenadas por el Poder Judicial, aunque de manera injusta desde nuestro punto de vista, porque toda norma debería encontrar algún límite de razonabilidad, aplicando el test de proporcionalidad del Tribunal Constitucional; en todo caso, el supuesto antes descrito, debería declararse atípica objetivamente, por dos razones: en primer lugar, podríamos aplicar criterios de imputación objetiva –insignificancias del riesgo[80]– para declarar atípica la conducta del "abogado" o del médico; en segundo lugar, podría haber un error de tipo del abogado o del médico, de tipo vencible, es decir, el sujeto podía salir de su ignorancia si ponía la diligencia debida y no lo hizo; su conducta sería de tipo culposo; sin embargo, al carecer de dicha tipicidad, quedará impune.

3.5.2. Título Profesional

El título profesional se trata de un instrumento o certificación de naturaleza pública que autoriza el ejercicio de las calidades profesionales o técnicas que están sujetas a reglamentación, dada la importancia y utilidad de sus cometidos[81].

El título profesional, según Chirinos Soto[82], responde a dos orígenes: uno, estrictamente académico, expedido por una institución calificada después de los estudios correspondientes. Otro, a base de experiencia, con la satisfacción de ciertos requisitos establecidos por la ley.

---

(80) En este sentido: HUGO ÁLVAREZ, 2000, p. 99 señala: "Consideramos que no se configura el tipo por cuanto al agente no lo motiva la vanidad o cualquier otra finalidad, sino el de representar a un funcionario público como símbolo de una gesta histórica, aun cuando es consciente que no tiene cargo o función. En doctrina y en la legislación comparada este hecho se resuelve comprendiéndolo dentro de la llamada 'adecuación social' o 'conducta tolerada', como una causa de justificación".

(81) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 931.

(82) CHIRINOS SOTO, ob. cit., 2012, p. 1218.

3.5.3. *Honores oficiales*

Cuando el legislador utiliza la palabra "honores" se está refiriendo a las distinciones conferidas por el Estado a una persona por su representación o sus méritos[83], según la leyes o reglamentos. En otras palabras, los honores oficiales son las distinciones especiales concedidas por el Estado (en sus diversas manifestaciones) a particulares en atención a sus méritos o servicios prestados a la Nación[84].

En tal sentido, implica otorgar una especie de homenaje del más alto nivel por parte de universidades, centros de enseñanza técnica, el Parlamento así como colegios profesionales: "Doctor Honoris Causa". De ese modo podemos citar ejemplos como es el caso de alguien que se arroga el haber sido premiado por el Estado peruano con la Orden del Sol en el grado de Gran Cruz, en público, no habiéndolo sido.

Así también en el ámbito de las fuerzas castrenses y policiales, se emiten títulos honoríficos a aquellos valerosos combatientes que pusieron en riesgo su vida a fin de proteger los intereses de la Nación; puede darse también post-mortem a sus deudos. A diferencia del grado académico, quien recibe el honor no tiene que afrontar sustentación teórica-conceptual[85].

Para que se configuren los tipos bajo análisis no importa que los distintivos o insignias sean verdaderos o falsificados. Lo importante es que sean oficiales o aparenten serlo y que correspondan legal o reglamentariamente a un cargo público que no ocupa el autor.

Finalmente, por hallarnos en la esfera de los ilícitos penales que tutelan la administración pública, el honor ilícitamente arrogado debe ser de carácter oficial y tener existencia jurídica.

---

(83) NÚÑEZ, Derecho Penal, tomo VII, p. 71.

(84) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 932.

(85) PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 101.

4. TIPO SUBJETIVO

Es un delito doloso. El agente actúa con el conocimiento y la voluntad de ostentar insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce.

Resulta indiferente el móvil perseguido. Un móvil tan inocuo como la pura vanidad no impide la realización del tipo.

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Estamos ante modalidades delictivas de simple actividad y de peligro abstracto de naturaleza activa y de consumación instantánea, que pueden asumir permanencia en la medida que los actos de ejecución-consumación persistan en el comportamiento antijurídico. El delito se consuma al producirse el comportamiento descrito con los verbos ostentar o arrogarse.

La tentativa para ser admisible requeriría fragmentación de actos en los comportamientos ejecutivos de ambas modalidades, es decir, en la ostentación y en el arrogamiento. No consuma delito la ostentación de insignias y distintivos falsos o inventados, al no concurrir un componente objetivo del tipo penal.

6. IMPUTACIÓN OBJETIVA

No es típico del delito la ostentación –objetivamente– en las fiestas, disfraces y demás actividades festivas o folklóricas donde se exhiben insignias o distintivos, por tratarse de actos socialmente ajustados que no generan riesgo típicamente relevante para el bien jurídico[86]. Asimismo, no se afirmará la imputación objetiva en la orientación de insignias y distintivos extranjeros, pues no se crea con ello una situación de riesgo, ni este se realiza en el resultado. Ni el monopolio estatal

[86] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p 933.

de conferir ni la fiabilidad de las insignias y distintivos oficiales han sufrido indisposición relevante en tales casos[87].

V. EL DELITO DE EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN (ARTÍCULO 363°)

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

A través de esta figura típica se busca tutelar el normal funcionamiento de la administración pública en sentido amplio. La razón de esta disposición se halla en la necesidad de garantizar la potestad exclusiva del Estado de otorgar título a los particulares o habilitar a los titulados para el ejercicio de determinadas profesiones.

Existe pues, interés público de proteger a los ciudadanos de los riesgos y menoscabos que les pueden inferir las actividades profesionales ejercidas sin la debida autorización o calificación. Hay sin duda, una alarma social que atenta directamente contra el gremio de profesionales como abogados; esto es, contra el Colegio Profesional de Abogados[88].

La administración pública, a través de las instancias correspondientes, debe intervenir, exclusivamente, concediendo la autorización para el ejercicio profesional de las personas que poseen una habilitación y una formación precisa.

Un tema que pone en tapete Abanto Vásquez[89], y no contemplado, al menos de manera expresa en el tipo penal en estudio, es aquel que tiene un título, pero no una especialización adicional para ejercer las actividades que la requieran según la ley. Estos supuestos sí serían graves y, por lo demás, permanecen dentro del concepto de *intrusismo*

---

(87) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 933.

(88) GUEVARA VÁSQUEZ, ob. cit., 2013, p. 478.

(89) ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 94.

en el sentido de engaño al público potencial respecto de la preparación técnica y académica suficiente para desempeñar la labor.

En efecto, el *intruso* ejerce, actos privativos de una profesión, sin haber cumplido en rigor con las exigencias académicas y administrativas que las Universidades prevén al respecto; puede que sea un bachiller e inclusive quien pasó satisfactoriamente el examen de grado, pero la Universidad aún no le expide el título respectivo[90].

La utilización de título falso por parte del agente no nos debe llevar a entender esta figura como un ataque dirigido principalmente a la "Fe Pública"; por ello, Abanto Vásquez, de *lege ferenda* recomienda una reubicación del tipo penal (trasladarlo a los "delitos contra la fe pública") y una reestructuración de los elementos típicos[91], aunque desde nuestro punto de vista, en el tipo bajo análisis se compromete de modo más próximo y visible la potestad del Estado para autorizar –de modo válido– el ejercicio de las actividades profesionales en el país.

La alteración de la verdad, que supone la utilización de un título falso para ejercer profesión sin la debida autorización, constituye solamente el *modus operandi* y tiene claramente carácter instrumental respecto de la lesión al bien jurídico "Administración pública"; en definitiva, el bien jurídico protegido es la Administración pública en su exclusiva potestad de habilitar el ejercicio de determinadas profesiones.

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 363 del Código penal reza de la siguiente manera:

> *"El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

---

(90) PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 106.

(91) ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 91.

El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual"[92].

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [93], en el Capítulo VI, regula bajo el rubro "Delitos contra la administración pública", el denominado delito de "Ejercicio ilegal de profesión", en el artículo 419° en los siguientes términos: *"El que ejerce profesión sin título o con falso título será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a dos años y de cincuenta a cien días multa. La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Sujeto activo de delito de ejercicio ilegal de profesión puede ser cualquier persona, un particular, un funcionario o servidor público, un militar. La idea central es que no se halle habilitado para ejercer profesión.

---

[92] Modificado por artículo único de la Ley N° 28538 del 07 de junio de 2005.

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

3.2. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo es exclusivamente el Estado, y no los órganos o colegios profesionales. No es sujeto pasivo el particular que ha sido víctima del ejercicio de la profesión.

A pesar de que puedan resultar mediatamente lesionados los intereses de quienes acuden a los supuestos "profesionales" (v. gr. patrimoniales), no son esos bienes los que son directa y primordialmente protegidos por el legislador.

3.3. Primer supuesto: el que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos

3.3.1. Conducta típica

La acción típica consiste en ejercer profesiones que requieren título plenamente válido para el ejercicio. Según Peña Cabrera Freyre, "El intrusismo consiste en la realización de los 'actos propios de una profesión' sin tener capacitación y titulación para ello. (...). El cirujano es el único que puede operar; el ingeniero de caminos, el único que puede planear un viaducto; el abogado, el único que puede defender en juicio a una persona; el arquitecto, el único que puede proyectar una casa, y así sucesivamente puede continuarse con otras profesiones"[94].

Solo pueden ser ejercidas legalmente aquellas profesiones que requieren título, las demás escapan del ámbito de protección del tipo bajo comentario. En efecto, nótese que el tipo peruano se refiere a ejercer profesión y no a la "ostentación" o la "auto-denominación" de poseedor del título. Además, el sujeto debe de alguna manera afirmar que ejerce una profesión que requiere título académico. Ejemplo, el chamán que ejerce curanderismo no estaría incluso en el tipo penal, pues no ejerce ninguna profesión oficial ni se atribuye título u honor existentes.

---

[94] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 107.

Igualmente la partera que no se autodenomina como "obstetra" no sería punible[95].

El título ha de ser "oficial", por lo que serán afectados, por el delito exclusiva y mediatamente, solo aquellas profesiones que necesitan "título académico". De esta manera, por ejemplo, si alguien realiza actividades que son denominadas popularmente como curanderismo no estará realizando el tipo en comentario puesto que tal actividad no implica un ejercicio ilegal de profesión médica.

Encuadra en el tipo de ejercicio ilegal de profesión la actividad de aquellas personas que aun poseyendo título profesional no reúnen los requisitos legales para hacerlo efectivo. Esto porque su ejercicio implica una violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión y, en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional (colegios profesionales).

Cuando el artículo 363º del Código penal señala: *"El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos..."*; lo que se sanciona es la no reunión de los requisitos legales que se refiere básicamente al no estar colegiado en el Colegio Profesional respectivo; lo que implica o incluye ciertamente la inscripción del título profesional en la Corte de Justicia correspondiente para el caso de la profesión jurídica. La falta de los requisitos de ley tiene que ser anterior o actual a la fecha de comisión de los hechos[96].

En otras palabras, el agente realiza actos "propios" de una profesión sin la habilitación legal requerida, en efecto, como da cuenta un caso de la jurisprudencia peruana; así: "El procesado, bachiller en Derecho, al prestar asesoramiento legal, confeccionar escritos y asistir a diligencias judiciales, ha realizado actos propios de la profesión de Abogado de naturaleza dolosa, pues en su condición de bachiller tenía

---

[95] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 91.

[96] GUEVARA VÁSQUEZ, ob. cit., 2013, p. 469.

pleno conocimiento que no podía realizar actos de intrusión en el campo profesional de Abogado, y sin embargo los realizaba en connivencia con letrado"[97].

En el Perú, la Corte Suprema considera frecuentemente en sus Ejecutorias a los Colegiados Profesionales como a los sujetos perjudicados; lo cual ha generado una orientación jurisprudencial que entiende que los requisitos legales referidos en la norma penal hacen alusión a la correspondiente colegiatura. Cabe indicar que ello puede resultar acertado cuando así lo señale expresamente al ley de la materia, pero no solo a ello se reduce la referencia normativa del tipo penal, son también a requisitos legales como no ser inhabilitado, suspendido, tener función incompatible, etc.

3.4. Segundo supuesto: ejercer profesión con título falso

El falso título es el instrumento que adolece de autenticidad, o que siendo auténtico resulta insuficiente para habilitar al sujeto para el ejercicio de la profesión; así, en este segundo caso un diploma de egresado de universidad, una constancia de estudios de medicina o abogacía, etc.

Quien ejerce la profesión de abogado –con falso título–, y así patrocina a varios usuarios del sistema de justicia, propiciando que sus defensas caigan en saco roto, en mérito a su intrusismo, habiendo recibido pagos sistemáticos por concepto de honorarios profesionales, comporta un concurso delictivo entre el tipo penal del artículo 362° y el delito de estafa[98].

No será entonces típico del delito de ejercicio ilegal la práctica de actos de profesión fuera de los alcances condicionados del tipo, es decir, cuando el sujeto activo no está provisto de falso título ni de título

---

[97] Ejecutoria Suprema del 22/09/98, Exp. N° 1569-98-PIURA. ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal comentada,* Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 369.

[98] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 111.

sin requisitos legales. Lo que se quiere indicar con esto es que lo que se castiga penalmente no es tanto el ejecutar actos de profesión, sino el hacerlo arrogándose calidades que no se posee. Es allí donde reside el núcleo del injusto penal y que pone en peligro los diversos intereses tutelados por la norma penal[99].

La existencia del título espurio por falsificación o adulteración puede generar, según la gravedad del hecho y el perjuicio, un concurso con los tipos de fe pública.

3.5. Tercer supuesto: si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual

En realidad, esto constituye una agravante en función a un mayor *disvalor* de la acción, ya que aquí el Estado, a través de la administración pública, se ve seriamente afectado, ya que podría ocasionar una alarma en la población. Tenemos que hacer la precisión que la agravante se aplica tanto para el primer como para el segundo párrafo del artículo 363°. Por ejemplo, aquel estudiante de Derecho que se presenta a una convocatoria para una plaza –ya sea para una relación permanente o una relación temporal como un CAS– para el Minis-

---

[99] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 944. En este punto, valga la aclaración de: GUEVARA VÁSQUEZ, ob. cit., 2013, p. 472, quien ha dicho lo siguiente: "Queda claro que el delito está en referencia directa con las actividades que requieren de la respectiva titulación profesional. Por ejemplo, no sería entendible que el sujeto activo se procure de un título profesional falso de licenciado en periodismo para poder ejercer el periodismo en el Perú, cuando en nuestro país para ser periodista rentado no se requiere título profesional de periodista. La tecnología del delito en comentario se refiere antes bien al hecho de conseguir un título profesional falso, porque la posesión del título es imprescindible para poder desarrollar determinada actividad profesional. El sujeto activo se interesa en un título falso no porque le sea superfluo y válido para su orgullo propio, sino porque le es necesario y útil para el mismo desempeño de las labores que un profesional universitario puede realizar. La necesidad del título impulsa al hecho a cometer la modalidad bajo análisis, y no otra cosa, conculcando de ese modo normas prohibitivas y 'cumpliendo' el supuesto de hecho establecido en la ley penal".

terio Público, adjuntado en sus antecedentes académicos, un título profesional falso.

El legislador nacional hace una discriminación para aquellas personas jurídicas de Derecho privado que también podrían ser afectadas por algunas personas que dolosamente presentan títulos falsos.

4. TIPO SUBJETIVO

En los tres supuestos antes mencionados del delito del ejercicio ilegal de la profesión, solo se acepta la comisión dolosa.

En otras palabras, el sujeto activo ha de tener voluntad de ejercer una profesión sabiendo que el título que tiene es falso o no reúne los requisitos exigidos por la ley.

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

El delito se consuma desde el momento que el agente ejerce ilegalmente una profesión utilizando título falso o un título que no reúne los requisitos legales. El tipo no exige ningún resultado delictivo concreto.

No se admite la tentativa. Cualquier actividad previa al ejercicio de actos encaminados a hacer posible el ejercicio ilegal de profesión resulta impune para este tipo.

VI. EL DELITO DE PARTICIPACIÓN EN EJERCICIO ILEGAL. (ARTÍCULO 364°)

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El artículo en comentario tiene su antecedente más cercano en el Decreto Ley N° 11363, del 19 de mayo de 1950, que reprimía el delito de ejercicio ilegal de la abogacía, debiendo advertir que la criminalización se limitaba a aquellas conductas en donde el abogado favorecía a otro el ejercicio de la profesión, lo importante que se observa de *lege lata* es

que el campo de criminalización se ha ampliado, extendiéndose a otras profesiones.

Consideramos que el artículo 364° del Código penal, al reprimir el delito de participación en ejercicio ilegal de la profesión, lo que en realidad hace es reprimir una suerte de "ampliación" en los grados de intervención de personas en un evento delictivo, el mismo que ya se encontraría regulado desde la Parte general, en el artículo 24° –inducción– y 25° –complicidad– del Código penal, en base a las reglas de participación delictiva.

En tal sentido, no era necesaria la incorporación del citado artículo 364°, pues estamos frente a una figura delictiva especial que criminaliza los actos ejecutivos de apoyo o ayuda al ejercicio ilegal de profesión, imputable al profesional. Se ha elevado así a nivel de autoría un caso de participación necesaria, otorgándole calidad delictiva autónoma. Técnicamente se trata de un comportamiento específico de favorecimiento del supuesto de usurpación de quien no tiene título.

Se tutela el normal ejercicio de la administración pública en sentido amplio. Se busca garantizar la potestad exclusiva del Estado de autorizar el ejercicio de las profesiones que requieren título oficial. En otras palabras, el objeto de la tutela penal es el proteger la administración pública frente a un específico comportamiento de los profesionales, que desvirtúa el sentido exclusivo de la habilitación otorgada para el ejercicio de las profesiones.

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El Artículo 364° del Código penal reza de la siguiente manera:

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

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto Activo

Solo puede serlo el profesional que utiliza su firma para apoyar el ejercicio ilegal de la profesión.

Es necesario tener presente que la firma que otorga el profesional es para quien realiza la actividad careciendo de título. No encaja en esta figura la acción del profesional que firma el trabajo de quien sí tiene título, pero se encuentra en la imposibilidad física de firmar o está inhabilitado temporalmente para ejercer la profesión.

3.2. Sujeto Pasivo

Es el Estado, por ser el titular del bien jurídico puesto en peligro.

3.3. Conducta típica

En resumidas cuentas, para la tipicidad objetiva se tiene que cumplir los siguientes elementos: En primer lugar, la conducta típica requiere que el profesional "ampare" a través de su firma –y sello– algún documento o trabajo que imperiosamente necesite la firma de algún profesional, porque si no es así, se tornaría un delito imposible. La firma, es el mecanismo o medio de hacer viable el delito, comprende tanto el nombre y apellido del profesional, como su rúbrica, es decir sus signos gráficos distintivos, acompañados de la respectiva numeración de registro.

Ahora el verbo "amparar", significa "avalar", "consentir" algún acto o función; para efectos típicos el "amparar" tiene que cumplir algunos requisitos: en primer lugar, que necesariamente el profesional tiene que haber suscrito un documento, resultando indiferente si el profesional es retribuido económicamente por tal prestación, por ejemplo: el abogado que está cerca de una Corte Judicial "poniendo en venta" su firma a varias personas que necesitan ingresar escritos suscritos por abogado a la Mesa de Partes de los Juzgados. Ahora bien, si el profesional por ejemplo simplemente redacta el documento en su

computadora, pero no firma dicho documento por cualquier razón, no se dará el tipo penal. En segundo lugar, el profesional debe poseer un título expedido por una Universidad o institución educativa y debe encontrarse habilitado para el ejercicio profesional.

En tercer lugar, que el profesional voluntariamente firme en un documento o escrito o trabajo de otra persona o personas, la suscripción no debe ser para el mismo profesional, porque de hecho tal conducta sería irrelevante; en cuarto lugar, la otra persona debe encontrarse sin título profesional o al menos no habilitado para hacerlo –puede estar por ejemplo con pena de inhabilitación civil–, puede tener estudios terminados, puede tener hasta Bachiller de estudios, igual así, si el profesional presta su firma en el documento o trabajo, igualmente constituirá el tipo penal en estudio; en quinto lugar, resulta totalmente indiferente, para efectos típicos, si el documento, escrito o trabajo, firmado voluntariamente por el profesional, resulta finalmente presentado ante la autoridad o institución pública o privada.

3.4. Tipo Subjetivo

Es un delito doloso. El profesional sabe y quiere firmar apoyando el trabajo de quien carece del título para ejercerlo.

3.5. Grados de desarrollo del delito

El delito se consuma cuando la firma otorgada por el profesional ampara el trabajo del tercero, es decir, cuando lo favorece. La firma colocada en un escrito no utilizado no constituye consumación de delito.

CAPÍTULO SEGUNDO
DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

En la mayoría de tipologías penales que aquí se describen se trata de acciones –u omisiones– concretas que realizan las personas mayoritariamente particulares (*extraneus*), pero la particularidad radica en que lo hacen a través de coacciones e intimidaciones para precisamente tratar de impedir que la autoridad, funcionario o servidor público realice sus funciones que le están asignadas; en todo caso, a diferencia de los delitos de usurpación de funciones, aquí se trata de un delito pluriofensivo, pues además de la administración pública se afecta la libertad del agente estatal.

En cuanto a las precisiones sobre el delito de violencia y resistencia a la autoridad, una Ejecutoria Suprema ha señalado que: "El *ius* imperio del Estado se expresa a través del ejercicio legítimo del poder, de aquellas autoridades que en su proceder funcionarial toman ciertas decisiones, cuya concreción puede importar afectación a los derechos subjetivos de los particulares; constituyen actos que atentan contra el ejercicio de la actuación pública, perturbándose su naturaleza ejecutiva, cuando el agente impide a una autoridad el ejercicio de sus acciones o le estorba en el ejercicio de estas. La protección penal acordada por este tipo penal se asienta en la necesidad de proteger el normal y buen desarrollo de las funciones que detentan las autoridades y sus agentes su completa y eficaz ejecución.

(Donna, Edgardo Alberto, Derecho penal. Parte especial, tomo III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 55)"[100].

En esta misma línea ubicamos la tipicidad del delito de violencia y resistencia a la autoridad, en la cual exige una negativa abierta al cumplimiento de la orden por parte del sujeto activo. "El comportamiento en el delito de violencia y resistencia a la autoridad en cuanto a su tipicidad objetiva consiste en una negativa abierta al cumplimiento de la orden impartida por un funcionario público, en donde al tratarse de un delito de acción, la negativa tiene que quedar claramente expresada"[101].

Los tipos penales que representan el rubro de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad en el Código penal peruano, tienen su base en que la sociedad debe entender que aquellas personas que son autoridades políticas, funcionarios públicos o servidores, que tienen a su cargo el deber jurídico de "dirigir" las decisiones a su cargo, de "aplicar" y respetar la Constitución, las leyes y reglamentos en asuntos de su competencia, y de "administrar" el patrimonio –en su versión más amplia– del Estado; y que si alguien intenta o logra interrumpir, por ejemplo bajo violencia o amenaza, el normal y recto proceso de dirección y de aplicación del orden jurídico preestablecido, están agraviando directamente al propio Estado en su sistema de organización y por consiguiente agraviando a la propia sociedad en general.

En nuestro concepto, el principio de autoridad es, en realidad, el principio que subyace en la afectación de todas las conductas que se reprimen en el clasificador jurídico de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad. El mensaje del legislador es claro en los delitos de

---

[100] Ejecutoria Suprema del 27/04/2011, R. N. N° 1232-2010-LORETO. Gaceta penal, N° 28, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2011, p. 188.

[101] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 16 de marzo de 1998, Exp. N° 8080-97-E. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal comentada*, Gaceta jurídica, Lima, 1999, p. 835.

violencia y resistencia de autoridad: la autoridad en un Estado Constitucional de Derecho es una "sola", por ello el Estado, a sus autoridades y funcionarios les ha delegado la función competencial para dirimir en un tiempo prudencial los conflictos sociales que emanan en una Nación; y no debe permitirse, bajo ninguna razón, el desorden y el caos en lo que respecta a la distribución de poderes constitucionalmente establecida.

El Código penal de 1924, hoy abrogado, en el artículo 321° decía lo siguiente:

> *"El que, sin alzamiento público, por violencia o amenaza, impidiera a una autoridad o a un funcionario ejercer sus funciones, o le obligara a practicar un determinado acto de sus funciones, o le estorbare en el ejercicio de estas, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días.*
>
> *La prisión será no menor de seis meses, si el hecho se cometiera a mano armada, o por una reunión de más de tres personas, o si el culpable fuera funcionario público, o si el delincuente pusiera manos en la autoridad".*

II. EL DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA OBLIGARLE A ALGO (ARTÍCULO 365°)

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

Este delito se encuentra regulado en el artículo 365° del actual Código penal, bajo los siguientes términos:

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

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la Repú-

blica del Perú (2008-2010) [102], en el Capítulo VI regula bajo el rubro "Delitos contra la administración pública", el denominado delito de "violencia contra la autoridad para obligar, impedir o estorbar en el ejercicio de su función", en el artículo 420° en los siguientes términos: *"El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad, a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones, le estorba en el ejercicio de estas o le obliga a practicar un determinado acto contrario a sus funciones será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de dos a cuatro años y pena de cien a doscientos días multa. Igual pena se aplicará si se impide, estorba u obliga a una persona que presta asistencia a una autoridad, funcionario o servidor o actúa por delegación de estos".*

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Cualquier persona puede ser autor de este delito, por lo tanto se trata de un delito común.

2.2. Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, habrá que identificar dos supuestos: por un lado, sujeto pasivo de la acción que lo será la autoridad, funcionario o servidor público; y por otro lado, el sujeto pasivo del delito que siempre será, en todos los casos, la administración pública[103].

---

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

[103] En cuanto a las particularidades del sujeto pasivo, en este delito, una Ejecutoria Suprema nos señala: "Siendo el Estado el ente agraviado en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad y contra la función jurisdiccional, deviene impropio tenerse también como agraviado a la policías víctimas de la agresión". 14-10-1996 EXP. No. 4649-95-B-AREQUIPA.

2.3. Conducta típica

La conducta típica tiene las siguientes características:

2.4. Ejercer violencia o amenaza, pero sin alzamiento público

2.4.1. Violencia

Violencia es el empleo de la fuerza o energía física sobre las personas especiales señaladas en el tipo legal para el logro de los resultados en la figura penal, tratándose por tanto de una violencia instrumental. La noción de violencia también abarca la fuerza física sobre las cosas, cuando esta es usada como medio para dificultar o imposibilitar al sujeto público el ejercicio de sus funciones[104].

Una Ejecutoria Suprema da cuenta que el intercambio de palabras con faltamiento de respeto a efectivo policial no constituye violencia o amenaza: "La violencia debe ser entendida como la fuerza irresistible empleada contra un tercero para que haga aquello que no quiera o se abstenga de lo que sin ello se quería o se podía hacer; que siendo así, el intercambio de palabras entre los procesados y los efectivos policiales, que llegó a un faltamiento de respeto a estos últimos, hecho de por sí

---

[104] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, p. 976. Como dice Rojas Vargas: "Estamos frente a una figura penal que de no mediar la calidad especial de los sujetos pasivos directos, se trataría de un típico delito genérico de coacciones".
Una Ejecutoria Suprema nos da cuenta de las modalidades delictivas y falta de creación de riesgos jurídico-penales: "[...] la violencia debe ser entendida como la fuerza irresistible empleada contra un funcionario para que se abstenga de realizar sus funciones. Por su parte, la amenaza se presenta en aquellos casos en que se infiere al funcionario un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de los que su cónyuge, ascendientes o descendientes[...] en el caso de autos los procesados estos medios contra la policía para impedir que les impongan una infracción al reglamento de tránsito y los conduzcan a la comisaría, pues los policías cumplieron su cometido" [Ejecutoria Suprema del 13-08-1998]. EXP. N° 8831-97. LIMA, extraido de: SALAZAR SÁNCHEZ, N. [2004]. *Delitos contra la administración pública (Jurisprudencia Penal)*, Lima, Jurista, pp. 24 y 79).

censurable, no constituye elemento probatorio suficiente de la existencia de violencia o amenaza"[105].

2.4.2. Amenaza

La amenaza deberá ser, igual que la violencia, idónea para obtener el efecto buscado, es decir, tener aptitud causal para inducir o determinar al sujeto pasivo, ser grave, seria, posible, y de real e inminente realización. Las amenazas pueden ser directas o indirectas[106].

En principio, la norma penal exige que la amenaza o violencia sea ejercitada en contra de una persona, es decir, el agente público; sin embargo, en la práctica se ha demostrado (sobre todo en protestas sociales o huelgas de servidores) que existe un número importante de personas que protestan en las calles, y asimismo también hay casos donde existe un determinado número de funcionarios públicos, que son las personas que tienen que atender –y hasta cierto punto solucionar– el pedido.

En tal sentido, puede caber la posibilidad de que la amenaza y/o violencia pueda venir tanto del lado del o los sujetos activos, como que pueda recaer también en varios funcionarios públicos. En nuestra opinión, si bien puede haber varias personas de uno y otro lado, empero lo cierto y concreto, para efectos de la tipicidad penal es que la violencia o amenaza sea ejercitada en contra de uno o varios funcionarios, pero plenamente individualizados, personalizados cada funcionario o servidor público. La amenaza o violencia necesariamente tiene que estar dirigido *a alguien con nombre y apellido*, y ese es el funcionario o servidor público.

---

[105] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 13 de julio de 1998, Exp. N° 137-98. BACA CABRERA - ROJAS. VARGAS -NEMA RUMIAN, *Jurisprudencia penal procesos sumarios*, Gaceta jurídica, Lima, 1999, p. 493.

[106] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 978.

2.4.3. Los actos deben realizarse sin alzamiento público

Aquí la norma penal también delimita un supuesto concreto: que la violencia o amenaza tiene que ser "sin alzamiento público", es decir, que la conducta del sujeto activo solo constituya un serio riesgo para el normal funcionamiento de la administración pública. Que la violencia o amenaza no implique un cambio de régimen en la organización de los Poderes del Estado, que no ponga en serio riesgo el Orden Constitucional; pues de ser así, ya estaríamos hablando de un delito de rebelión (artículo 346° del Código penal).

2.5. Impedir a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones

Impedir es un verbo de acción que implica el hacer no realizable el ejercicio de las funciones propias de la autoridad, funcionario o servidor. Por lo tanto, esta primera modalidad de coacción al sujeto público es de naturaleza activa y de resultado[107].

Una Ejecutoria Suprema da cuenta de un hecho constitutivo del injusto materia de análisis. En efecto, realizar disparos por el procesado para evitar que el Secretario de Juzgado lleve a cabo una diligencia de lanzamiento será típico. "Al haber el procesado realizado disparos con su arma de fuego, con la finalidad de impedir que el Secretario del Juzgado lleve a cabo la diligencia de lanzamiento ordenada sobre su inmueble, ha incurrido en el delito de violencia y resistencia a la autoridad"[108].

En esta misma línea, el hecho por ejemplo de realizar una tenaz resistencia coadyuvado con una agresión verbal a un efecto policial será típico. "Al haber el procesado opuesto tenaz resistencia a la inter-

---

[107] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 679.

[108] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 1 de octubre de 1998, Exp. N° 137-98. BACA CABRERA - ROJAS VARGAS - NEIRA Huamán, Jurisprudencia penal procesos sumarios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 496.

vención policial y agredido verbalmente al policía nacional ha incurrido en el delito de violencia y resistencia a la autoridad"[109].

En esta línea también podemos citar el caso del Despacho de un Juez que es amenazado para que no lleve a cabo la diligencia pública de lectura de sentencia, en donde, por el procedimiento procesal vigente en el Distrito Judicial de Lima, se va a leer el texto de una sentencia necesariamente condenatoria. También es el caso del trabajador administrativo de Mesa de Partes de una Fiscalía del Ministerio Público que es amenazado por un litigante para que no ingrese al sistema electrónico un escrito de ampliación de denuncia penal[110].

O aquellos procesados que impiden la labor policial de desalojo lanzando piedras y botellas conteniendo combustible. En efecto, "De autos se encuentra acreditada la responsabilidad penal de los encausados y la comisión del ilícito instruido, toda vez que obra la ocurrencia de calle en la que se indica que los procesados impidieron y obstaculizaron la labor policial lanzando piedras; según se advierte del acta de hallazgo y recojo, se encontraron botellas conteniendo combustible, asimismo la pericia de medicina forense concluye que, los encausados presentan lesiones en el cuerpo; que si bien los imputados niegan los cargos atribuidos, versión que resulta poco creíble, puesto que como lo señalan en sus instructivas, estos vivían en el lugar de los hechos y se encontraban en el mismo al momento de la diligencia de lanzamiento; fundamentos por los cuales confirmaron la sentencia condenatoria"[111].

---

[109] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 19 de mayo de 1998, Exp. N° 137-98. BACA CABRERA — ROJAS VARGAS — NEIRA HUAMAN; *Jurisprudencia penal procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 498.

[110] GUEVARA VÁSQUEZ, ob. cit., 2013, p. 484.

[111] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 27 de septiembre de 2000, Exp. N° 1000-2000. ROJAS VARGAS, Fidel, jurisprudencia penal y procesal penal, IDEMSA, Lima, 2002, p. 726.

El momento de la comisión de los actos violentos o amenazantes ejercidos sobre el sujeto público también es un elemento de importancia para distinguir esta modalidad delictiva de la figura penal del Art. 366º y de la misma tercera modalidad del art. 365º en estudio; y dicho momento comisivo tiene que producirse necesariamente antes de que se dé comienzo al ejercicio de los actos funcionales, pues de no ser así se generaría la tipicidad del artículo 366º[112].

2.6. Obligar a practicar un determinado acto de sus funciones

Esta conducta constituye un plus de *disvalor* en relación al anterior supuesto, ya que implica que el sujeto activo realice directamente un influjo psicológico de carácter coactivo en contra del funcionario público o servidor para que este realice una conducta que quiere el sujeto activo.

Se trataría, en consecuencia, de una conducta de carácter extorsivo que impide que el funcionario público realice sus actividades funcionales de acuerdo a su libre voluntad. La norma penal no exige expresamente determinados "medios" o "instrumentos" para obligar al funcionario público o servidor a realizar un acto, sino que bastará con lo estrictamente necesario y suficiente para doblegar la voluntad del funcionario o servidor público, y caer a la merced o designios del sujeto activo.

Estamos así ante un acto voluntariamente de carácter delictivo, imputable al sujeto activo, que busca acelerar de forma arbitraria la realización por parte del sujeto público de un acto funcional que quedaba a su determinación, –dentro de los plazos legales– cuándo hacerlo[113]. En otras palabras, la presión a la que se refiere el espíritu del tipo penal en comentario es aquella que va acompañada de violencia o amenaza, necesariamente, por la manera cómo está redactada la descripción típica. Es el caso del magistrado violentado o amenazado por

---

[112] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 980.

[113] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 981.

un justiciable para que expida sentencia o emita dictamen fiscal dentro del plazo de ley"[114].

2.7. Estorbar en el ejercicio de la función pública

Este supuesto constituye en nuestra opinión el más polémico y controvertido de todos por sus límites fronterizos con la mera infracción administrativa y de alto contenido ético que conlleva. En todo caso, la diferencia en torno a la gravedad de la conducta estaría en la determinación judicial que imponga el Juez.

Estorbar en el ejercicio de funciones mediante violencia o amenazas es poner obstáculos no insuperables, dificultar, incomodar o molestar a los sujetos especiales que se hallan ya en ejercicio en sus funciones[115]. El motivo que tenga el sujeto activo del delito puede ser de orden múltiple, siendo por lo mismo irrelevante (por diferencias políticas, personales, etc.), así como la modalidad o forma desplegada de estorbo[116].

El verbo "estorbar" significa impedir mínimamente las funciones y atribuciones que está realizando el funcionario público. En otras palabras, estorbar, sería cuando coloca obstáculos para que pueda lograr dicha finalidad, mediando una actividad positiva, tal vez retardando la ejecución del acto administrativo o judicial, pero sin la intención de que este no se realice; v. gr., alzando barricadas en el camino para que el servidor no llegue a su destino[117].

---

[114] GUEVARA VASQUEZ, ob. cit., 2013, p. 486.

[115] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 982.

[116] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 982.

[117] PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial,* tomo V, Idemsa, Lima, 2010, p. 120. Este autor agrega que: "Los motivos que impulsan al autor a cometer este supuesto delictivo no son relevantes, en orden a establecer la tipicidad penal, a menos que la deliberación delictiva sea de orden institucional, pero para ello deberá concurrir el alzamiento público, que hace de este comportamiento un delito de rebelión o de sedición", (p. 120).

En este punto nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Si la conducta de "estorbar" tendría que ser realizado "antes" o "durante" el ejercicio de las funciones del agente estatal? En nuestra opinión, y tal como está redactado el tipo penal bajo análisis, la acción de estorbar tendría que ser realizado una vez que el funcionario público haya empezado el ejercicio de sus funciones, de lo contrario supondría adelantar en demasía los márgenes de protección del Derecho penal en la presente figura; así por ejemplo: un militante se pone delante de la comparsa de personas, que está escoltando al Presidente de la República, produciéndose un altercado entre dichas personas interrumpiendo el inicio de las funciones públicas del Presidente; el objetivo (ilícito) del citado militante era impedir que el Presidente ponga la "primera piedra" en una obra pública en la Plaza de la ciudad. El ejemplo citado demuestra que penalizar esta conducta sería a todas luces un exceso, pues igual quedará procesado y sancionado –judicialmente–, porque constituiría una falta o una infracción administrativa.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Resulta claro que el agente debe tener consciencia y voluntad en los tres supuestos típicos analizados, es decir, debe existir dolo. Normalmente será con dolo directo, aunque se descarta la posibilidad de la presencia del dolo eventual.

4. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

En cuanto a la consumación, esto dependerá de cada uno de los supuestos típicos. En el primer supuesto, habrá perfeccionamiento típico en el mismo instante que el sujeto activo "impide" a la autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones. Puede admitir la tentativa, en la medida que por ejemplo, el sujeto activo haya empezado a ejercer violencia contra la autoridad o funcionario público, pero que la seguridad que había en la zona, la ceremonia de inauguración de un local, igualmente se realiza, es decir, se logra interrumpir el curso causal del delito.

En el segundo supuesto, habrá que tener en cuenta dos aspectos: cuando el sujeto activo realiza el influjo psicológico, si es amenaza, y esto ha llegado a conocimiento del sujeto pasivo: es decir, de la autoridad o funcionario, y resultará irrelevante si es que finalmente el sujeto activo logra que el funcionario realice lo que quería realizar; esto constituirá un delito agotado. Igualmente puede admitir la tentativa.

En el tercer supuesto, se trata de un delito de mera actividad en la medida que se consumará cuando se cause el estorbo en las funciones del agente público.

III. EL DELITO DE VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES (ARTÍCULO 366º)

1. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Según Rojas Vargas: "El bien jurídico específico es garantizar la libertad de acción pública del funcionario de los actos de coacción de terceros. Mientras que en el delito anterior se protege penalmente la libertad de determinación o de formación de la voluntad pública del sujeto especial, aquí se tutela la decisión o voluntad ya formada de dicho sujeto".[118]

Por su parte, Terragni señala que "...el bien jurídico tutelado por esta figura es la libertad de determinación del funcionario en el ejercicio de su función pública, es decir, al ejecutar sus decisiones; lo cual es indispensable para el normal desenvolvimiento de la administración de los asuntos del Estado".[119]

---

[118] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 989.

[119] TERRAGNI, Marco Antonio; *Tratado de Derecho penal*, tomo III. Parte especial II, Buenos Aires, 2012, p. 325.

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 366° del Código penal ha sufrido una modificación por el Artículo Único de la Ley N° 27937, publicada el 12-02-2003, cuyo texto es el siguiente:

> *"El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años o con prestación de servicio comunitario de ochenta a ciento cuarenta jornadas".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Cualquier persona puede ser autor de este delito, por lo tanto se trata de un delito común.

3.2. Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, habrá que identificar dos supuestos: por un lado, sujeto pasivo de la acción que lo será el funcionario o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel; y por otro lado, el sujeto pasivo del delito que siempre será, en todos los casos, la administración pública.

3.3. Conducta típica: violencia o intimidación contra un funcionario público

3.3.1. Violencia

La violencia implica ejercitar acciones concretas para buscar una finalidad: impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones. Aquí se engloba también la violencia denominada por la doctrina como impropia, como por ejemplo, las narcotizaciones, privación del estado de vigilia por medios sofistica-

dos, hipnotizaciones, suministro de bebidas alcohólicas, etc. Sin duda, estas modalidades de violencia impropia pueden ser utilizadas por el agente para impedir que el funcionario o servidor público ejerza sus funciones normalmente[120].

3.3.2. Intimidación

Por el contrario, intimidación es el anuncio de un inminente mal hacia una persona; en este caso, será causado hacia un funcionario público, o en su defecto, a personas cercanas o vinculadas –normalmente familiares– a dicho funcionario público. Para determinar si la intimidación ha sido suficiente para intimidar a la víctima, en un caso concreto, será indispensable verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o sustancialmente enervada. Es difícil dar normas para precisar el poder o la eficiencia de la amenaza, quedando esta cuestión a criterio del juzgador en el caso concreto[121].

El uso por el legislador peruano del sustantivo "intimidación" en lugar de "amenaza" enfatiza más el efecto temor o miedo que el agente procura obtener mediante su accionar sobre el funcionario público y su asistente (por ejemplo, la sola presencia de matones, el dirigirle cartas amenazantes contra su vida o la de los suyos, el colocarle una bomba detonante en su casa, etc.)[122]

Si la violencia o intimidación tienen otra finalidad u objetivo que no sea la de impedir o trabar acciones legítimas de función, no se presentará la tipicidad del artículo 366°, sino en todo caso, se presentará otra figura delictiva, como la de coacción (artículo 151° del Código penal).

---

[120] SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la a dministración pública*, Lima, 2011 p. 78.

[121] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011 p. 79.

[122] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 990.

Cuando el tipo penal señala, parte pertinente, lo siguiente: "*...para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones...*", se refiere a la finalidad subjetiva que tenía el sujeto activo, es decir, no será necesario, para los efectos de la tipicidad, que efectivamente se logre impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones.

3.4. Violencia o intimidación contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel

El artículo 366º del Código penal peruano (artículo modificado por la Ley N° 27937, publicada el 12-02-2003), prevé en la parte pertinente, lo siguiente: "*...contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel...*". En igual sentido, como en el supuesto anterior, se tiene que emplear violencia o amenaza, pero ya no contra un funcionario público como en el supuesto anterior, sino a la persona que asiste a tal funcionario público en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel. En igual sentido, la violencia o intimidación deben tener como finalidad impedir o trabar la ejecución de un acto en ejercicio de las funciones.

El asistente puede ser un auxiliar dependiente del ámbito administrativo de influencia del funcionario (técnico, secigrista, auxiliar, etc.) u otro que pertenezca a la estructura estatal (por ejemplo, el soldado) o un particular que para tal efecto ha sido requerido[123]. La asistencia en la función pública es la ayuda, auxilio o colaboración que presta una persona hacia otra persona que viene siendo el titular del despacho, cartera o dependencia; a la cual el asistente le debe respeto, lealtad y cumplimiento en el ejercicio de sus funciones; dicha prestación de asistencia necesariamente debe darse en el marco de una relación contractual o laboral entre ambas partes. Las labores de asis-

[123] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 989.

tencia son una práctica usual y rutinaria dentro de la administración pública, en todos los niveles y jerarquía para hacer más eficaz la labor funcional.

Como puede verse, la norma penal establece dos condiciones concretas para que el "asistente" tenga tipicidad penal: en primer lugar, que sea en virtud de un deber legal, es decir, que el ordenamiento legal disponga que dicho asistente sea el que tiene que realizar la función encomendada; normalmente, el ROF o el MOF de cada institución pública prevé las facultades delegadas que tienen los funcionarios en función a las personas que lo asisten. En este supuesto se entiende que no existe orden expresa del funcionario, sino que es en virtud de la ley que el asistente realice el acto de función. La condición, en todo caso, sería que el asistente realice dicho acto dentro del marco de competencias funcionales.

Aquí sí debe existir una declaración de voluntad de modo expreso por parte del funcionario público, en relación a los deberes de delegación de su personal de asistencia; en tal sentido, la condición es que la declaración de voluntad por parte del funcionario público sea a través de un "requerimiento" emanado del funcionario; además dicha orden debe haber sido conocida, de modo personal, y previamente, por el asistente.

3.5. Finalidad de la conducta: impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones

El verbo rector es la de "impedir", que es incorporar obstáculos para proseguir determinados objetivos; y desde el punto de vista de la presente conducta típica es que el sujeto activo realice una o varias conductas tendientes a que el funcionario público no realice un ejercicio legítimo de sus funciones propias. En otras palabras, en la modalidad de "impedir" se persigue una "omisión" de la actividad funcional ocasionado por una tercera persona, en este caso, el sujeto activo.

Es lugar común en la doctrina peruana que los actos de impedir, obstaculizar o imposibilitar que realiza el agente deben ser en el mo-

mento mismo en que la autoridad está realizando o ejecutando actos propios de su función. Caso contrario, si en un caso concreto llega a verificarse que los actos de impedir se realizaron momentos antes que el funcionario o servidor público ejecute actos propios de sus funciones, el hecho se subsumirá en el delito de atentado contra la autoridad previsto y sancionado en el artículo 365º del Código Penal[124].

El otro verbo rector es el "trabar", que sería un entorpecimiento de la comisión de la actividad funcional, mientras que en el "atentado" se buscaba imponer una omisión o una acción en el funcionario[125].

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

La conducta típica debe alcanzarse por el agente mediante dolo. En tal sentido, el agente debe conocer que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquél,

Sin embargo, se exige un elemento subjetivo distinto del dolo en el agente público, pues es necesario que la intimidación tenga una finalidad específica: para "impedir" o "trabar" la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones.

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

De acuerdo a la estructura típica, se trata de un delito de resultado lesivo. Es decir, no se consuma cuando el agente emplea "intimidación" o "violencia" contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel, que más bien serían considerados como "medio" (conducta típica) para un objetivo concreto: para "impedir" o "trabar" la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones.

---

[124] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011 p. 80.

[125] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 114.

Desde nuestro punto de vista, aquí es donde se produce la consumación, pues ahí es donde se está produciendo un resultado lesivo a la administración pública. Cualquier acto o conducta anterior a los actos de impedimento o de trabamiento de la función serán considerados como actos de tentativa (artículo 16° del Código penal).

IV. FORMAS AGRAVADAS DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 367° del Código penal sufrió una modificación por el Artículo 2 de la Ley N° 30054, publicado el 30 junio 2013, cuyo texto es el siguiente:

> *"En los casos de los artículos 365° y 366°, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:*
>
> 1. *El hecho se realiza por dos o más personas.*
> 2. *El autor es funcionario o servidor público.*
>
> *La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando:*
>
> 1. *El hecho se comete a mano armada.*
> 2. *El autor causa una lesión grave que haya podido prever.*
> 3. *El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones.*
> 4. *El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales, o de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.*
> 5. *El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.*

Si como consecuencia del hecho se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años."

2. EL HECHO SE REALIZA POR DOS O MÁS PERSONAS

En este supuesto existe un mayor disvalor por la pluralidad de agentes que participan en el evento delictivo. La condición agravatoria como mínimo es que sean más de dos personas, y como máximo no se establece ningún número; sin embargo, debemos tener presente que si trata de más de dos personas pero con una debida organización y permanencia de sus miembros, entonces estamos hablando de un delito de asociación ilícita (artículo 317° del Código penal).

La pluralidad de agentes merma o aminora rápidamente los efectos del mandato o requerimiento de autoridad competente. Por ejemplo, la pluralidad de agentes, de modo eficaz y fácil, impide a la autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obligan con facilidad a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorban cuando aquella está en pleno ejercicio de sus funciones normales[126].

3. EL AUTOR ES FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

En este supuesto existe un mayor disvalor por la calidad o posición especial o privilegiada que ocupa el sujeto activo dentro de la Administración pública[127], es decir, se trata de un funcionario o servidor público que es quien finalmente ejecuta la acción típica. Se trata de

---

(126) SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011 p. 89.

(127) En este punto: ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 123 señala, con relación a esta agravante, que: "el mayor reproche penal radicaría en la condición del autor, quien debería respetar en mayor medida las normas que regulan el funcionamiento de la administración pública. Pero tal fundamentación, difícilmente podrá librarse de la crítica de estar defendiendo 'un derecho penal del autor'.

una norma penal en blanco relativa, o como actualmente se dice que son normas de valoración, pues tenemos que remitirnos a otra norma (penal) dentro del mismo ordenamiento jurídico, es decir, tenemos que recurrir al artículo 425° del Código penal, regula el concepto de funcionario o servidor público.

La única exigencia es que el autor sea funcionario o servidor público, no interesa que actúe en el ejercicio de sus funciones, puede hacerlo también fuera de ellas, como también puede actuar estando de permiso o de vacaciones, porque en ninguno de estos casos ha perdido la calidad de funcionario o servidor público[128].

4. EL HECHO SE COMETE A MANO ARMADA

En este supuesto existe un mayor disvalor de la acción, pues el sujeto activo debe tener como medio o instrumento para cometer la conducta típica (para impedir a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de estas, o para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones) un "arma" para precisamente cometer un acto funcional, y lo común es que se relacione a un arma de fuego, y por ejemplo quede descartado el arma blanca (v. gr. cuchillo).

El hecho cometido a mano armada puede presuponer su uso en diversas modalidades, mostrándola, haciéndola patente, blandiéndola en forma difusa, dirigiendo la boca del arma (si es de fuego) hacia arriba, disparando, apuntando, abocándola, acometiendo, etc. como se observará se trata de diversos niveles de uso, bastando para consumar el delito el nivel mínimo de mostrarlo en efecto intimidatorio[129].

---

[128] PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 68.

[129] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 1000.

5. EL AUTOR CAUSA UNA LESIÓN GRAVE QUE HAYA PODIDO PREVER

Aquí la agravante típica se vincula necesariamente a un mayor disvalor del resultado precisamente porque el sujeto activo causa una lesión grave en la víctima. Para la aplicación de esta agravante la norma penal exige dos condiciones: en primer lugar, que la lesión sea "grave", es decir, tenemos que remitirnos al artículo 121° del Código penal; de lo contrario, si se produce por ejemplo una lesión leve o una falta corporal no se producirá tal agravante, sino tenemos que remitirnos a la reglas del concurso de delitos (artículos 48°, 50° y 51° del Código penal). En segundo lugar, el sujeto activo debe haber previsto, al menos genéricamente, el resultado lesivo (de lesiones graves) que iba a causar a la autoridad, funcionario o servidor público.

Cuestión importante a saber, es que las lesiones graves han de ser atribuidas a la esfera de organización del autor, a título de imprudencia, esto es, de que el resultado lesivo haya sido previsto, mas no abarcado por la esfera cognitiva del agente, pues si esto es así, las lesiones graves habrían de ser responsabilizadas a título de dolo eventual, en mérito a un concurso delictivo[130].

Por el contrario, si el autor, a efectos de impedir la actuación funcionarial de la autoridad, le arroja una piedra en la cabeza, habríamos de convenir en el rechazo de la presente agravante, en tanto el disvalor del resultado (lesiones graves), ha de ser atribuido a título de dolo[131].

En este supuesto se muestra con mayor claridad el doble papel que juega la víctima: por ejemplo, cuando se causa una lesión corporal a una autoridad, al funcionario público o servidor público, existe aquí un sujeto pasivo de la acción; y a la vez existe un sujeto pasivo del delito, que será la administración pública.

---

[130] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 134.

[131] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 134.

6. EL HECHO SE REALIZA EN CONTRA DE UN MIEMBRO DE LA POLICÍA NACIONAL O DE LAS FUERZAS ARMADAS, MAGISTRADO DEL PODER JUDICIAL O DEL MINISTERIO PÚBLICO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL O AUTORIDAD ELEGIDA POR MANDATO POPULAR EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

De todas agravantes del artículo 367° del Código penal, esta es la más polémica de todas, ya que solo se sustenta en un mayor disvalor por la calidad especial del sujeto pasivo: ser miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. No es necesario, para la presente agravante, que los sujetos pasivos hayan sufrido lesiones graves, que el sujeto activo haya empleado armas de fuego o blancas, solo que hayan utilizado violencia o amenaza, para impedir las funciones legítimas, y solo para tres instituciones: la Policía Nacional, el Poder Judicial y el Ministerio Público, que dicho sea de paso, son las tres instituciones públicas vinculadas a la administración que vela por la correcta justicia.

En este punto, Peña Cabrera Freyre afirma que "Se pone en manifiesto la necesidad de ejercer una protección punitiva más intensa, sobre aquellos funcionarios y/o servidores públicos, cuyas labores son en suma delicadas, al intervenir en la persecución del delito, en la procura de resolver los hechos de mayor conflictividad social, de cautelar el orden público y la seguridad nacional así como la excelsa misión de impartir justicia en todas las esferas de la juridicidad"[132].

Además, dichos funcionarios públicos, sujetos pasivos de presente delito, tienen que estar en "ejercicio de sus funciones", de manera que si no están en pleno ejercicio funcional, la agravante no se aplica. Por ejemplo, el sujeto activo amenaza a un policía, pero este estaba en su día de franco o cuando se encuentra de vacaciones.

---

[132] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; Derecho penal. Parte especial.-tomo V, 2010, p. 135.

En nuestra opinión, existe una afectación al principio de proporcionalidad de las penas (abstractas), ya que por el solo hecho de poseer una calidad en el sujeto pasivo no podemos simplemente agravar una conducta típica, y lo más grave es que, el juez penal, si lo encuentra culpable, no tendrá otra opción que aplicar una pena efectiva al autor o autores (pues el límite mínimo es de 6 años de pena privativa de libertad).

Sin embargo, consideramos que también existe un problema en cuanto se refiere al concepto de sujeto pasivo de este delito: ¿Quién es el titular de esta agravante, y si finalmente podrá ser incorporado como "agraviado" al policía, juez o fiscal en el proceso penal?

En principio, debemos destacar que será el Estado (peruano) el sujeto pasivo de este delito, pues el único titular del bien jurídico según reza nuestro Código penal (Delitos contra la administración pública); sin embargo, –y es aquí donde se inicia la problemática– también habrá que mencionar que existiría una fusión de titularidad en cuanto a la protección del bien jurídico "administración pública", pues puede entenderse como sujetos "afectados" (aunque "perjudicados" es un concepto del Derecho procesal), en primer lugar, tanto los particulares como en el caso del delito de abuso de autoridad, como a los mismos funcionarios públicos como en el caso del artículo 367°, inciso 3, segundo párrafo del Código penal.

Para ello se debe tener en claro una posición que proviene desde el Derecho penal material, en el sentido que una cosa es el *sujeto pasivo del delito* y otra cosa es el *sujeto pasivo de la acción*; y esto cobra especial relevancia cuando de bienes jurídicos institucionales-colectivos se trata; en efecto, en los delitos contra la administración pública, el sujeto pasivo del delito es y lo sería siempre el Estado, pues es el único que ostenta la titularidad del correcto funcionamiento de la administración pública.

En cambio, sujeto pasivo de la acción, es decir, donde recae "directamente" la acción directa del sujeto activo, lo será el particular o el propio funcionario/servidor público afectado; en ese sentido, el *quid* del asunto está en desentrañar la siguiente pregunta: ¿Si el sujeto pa-

sivo de la acción *comprende* o *absorbe* también al concepto de sujeto pasivo del delito? Si la respuesta es positiva, es decir, aquella posición que mantiene que tanto la administración pública como el ciudadano (particular) o el propio funcionario/servidor público pueden ser sujetos pasivos del delito contra la administración pública, lo cual nos parece correcta por los siguientes motivos: la administración pública es un ente abstracto de carácter jurídico-funcional compuesto en su interior por "personas" que son los funcionarios/servidores públicos, por "bienes" y "caudales", y también por "valores"; siendo esto así, cuando se produce un hecho por ejemplo de violencia o de intimidación contra un juez, fiscal o policía o personas vinculadas a estas, también se debería incluir no como testigo presencial, sino como verdaderos sujetos pasivos del delito contra la administración pública (o incluírseles como perjudicados en la terminología procesal); lo mismo podríamos decir del delito de abuso de autoridad donde el propio tipo penal contempla expresamente que el "perjudicado" –que puede ser una persona natural o jurídica– es parte integrante del tipo penal (Artículo 376º); en este supuesto también la persona perjudicada con el acto abusivo del delito, es también sujeto pasivo "del delito" y no simplemente sujeto pasivo "de la acción", y aquí tenemos que remitirnos al concepto amplio que ya se viene manejando en el Derecho procesal penal, a través del Código procesal penal. En consecuencia, un sujeto agraviado (o pueden ser varios agraviados, que puede ser una persona particular o un funcionario/servidor público), por su sola condición jurídica de tal, se halla en la posición de solicitar su respectiva incorporación como "actor civil" conjuntamente con el Procurador Público del Estado en la investigación respectiva.

Por el contrario, y retomando la pregunta antes realizada, y si la respuesta fuera negativa, es decir, que no se condicen los conceptos de "sujeto pasivo del delito" como de la "acción", entonces debemos de concluir que el único y excluyente titular de bien jurídico "administración pública" es el Estado, y por lo tanto, aquellos particulares o los propios funcionarios afectados por la conducta típica, *serían meros sujetos pasivos de la acción*, que cumplirían una función representativa

del fin último que se espera proteger, cual es la administración pública, entonces serían terceros ajenos a la relación sustancial jurídica material, y solo serían, dentro del proceso penal, testigos presenciales, pues sola la titularidad del objeto protegido les daría la categoría jurídico-procesal de "agraviado" o "actor civil".

Ahora bien, en los procesos penales que ya están en giro por el delito de Artículo 367° del CP, inciso 3, segundo párrafo, debemos precisar lo siguiente:

a) En primer lugar, si el proceso penal ya cuenta con la emisión de la Acusación Fiscal –ya sea en el NCPP o CdePP– y no ha sido incluido expresamente al funcionario/servidor público como sujeto pasivo del delito (Artículo 367° del CP), por el principio de congruencia y correlación, la Acusación Fiscal debería quedar incómule hasta la emisión de la Sentencia.

b) En segundo lugar, si el proceso penal se encuentra todavía en fase de investigación formalizada (NCPP) o fase de instrucción judicial (CdePP), es decir, todavía no existe una Acusación por parte de la Fiscalía; y el magistrado judicial detecta que no se ha incluido expresamente a los funcionarios/servidores públicos como sujetos pasivos del delito (artículo 367° CP, inciso 3, segundo párrafo) en el proceso penal; dicho magistrado judicial devolverá inmediatamente al Ministerio Público para efectos de que subsane la omisión incurrida.

7. EL HECHO SE REALIZA PARA IMPEDIR LA ERRADICACIÓN O DESTRUCCIÓN DE CULTIVOS ILEGALES, O DE CUALQUIER MEDIO O INSTRUMENTO DESTINADO A LA FABRICACIÓN O TRANSPORTE ILEGAL DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

Este supuesto agravatorio se sustenta en la finalidad que tienen las autoridades y funcionario estatales municipales, regionales o del Gobierno Central, de erradicar, bajo cualquier contexto, todos los cultivos

que se consideren ilegales, o de erradicar cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; en otras palabras, se trata de erradicar el tráfico ilícito de drogas, grave flagelo de las sociedades actuales; de manera que si hay algunas personas que tratan impedir que los agentes públicos cumplan su cometido, serán procesados y condenados por el delito de violencia y resistencia de la autoridad de manera agravada.

8. EL HECHO SE COMETE RESPECTO A INVESTIGACIONES O JUZGAMIENTO POR LOS DELITOS DE TERRORISMO, TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, LAVADO DE ACTIVOS, SECUESTRO, EXTORSIÓN Y TRATA DE PERSONAS

En esta misma lógica, se incorpora la presente agravante típica por el mismo hecho que los delitos de terrorismo, de tráfico ilícito de drogas, de lavado de activos, de secuestro, de extorsión y de trata de personas, son considerados de alta sensibilidad social, y si alguna persona amenaza o realiza violencia contra alguna autoridad, funcionario o servidor se le aplicará la sanción.

Sin embargo, son condición de la agravante, dos cosas relevantes: primero que solo son seis supuestos delictivos de manera cerrada: a) delito de terrorismo, b) delito de tráfico ilícito de drogas, c) delito de lavado de activos, d) delito de secuestro, e) delito de extorsión, f) delito de trata de personas. Y segundo, que dichos casos estén en manos de la administración de justicia, al menos en proceso de investigación de los hechos, ya sea a nivel policial, a nivel del Ministerio Público, o a nivel del Poder Judicial, por ejemplo: si un litigante amenaza al policía instructor para que este no prosiga con el interrogatorio de algunas personas vinculadas al tráfico ilícito de drogas. Y mejor aun si está en la etapa de juzgamiento, con lo cual al existir ya una acusación fiscal: por ejemplo: si un litigando amenaza a un Juez Penal para que no prosiga con la Audiencia de Juzgamiento y Lectura de Sentencia de un acusado.

Se entiende, además, que la agravante se aplica a personas diferentes al imputado por los indicados delitos. Muy bien pueden ser familiares o vecinos del imputado que tratan de impedir, haciendo uso de la violencia, la detención del imputado por terrorismo[133].

9. SI, COMO CONSECUENCIA DEL HECHO SE PRODUCE LA MUERTE DE UNA PERSONA, Y EL AGENTE PUDO PREVER ESTE RESULTADO

Sin duda la más grave de todas. Es necesario que se presente la tipicidad de la conducta básica: el sujeto activo tiene que "amenazar" o "violentar" a la autoridad, funcionario o servidor, luego de esto debe producirse lamentablemente la muerte del funcionario, con lo cual habrá, necesariamente, un concurso de delitos, entre un delito de homicidio y el delito de violencia y resistencia a la autoridad por la muerte del funcionario.

También debe tenerse cuenta que entre el tipo básico y el tipo agravado por muerte del funcionario público, puede darse la aplicación de un tipo agravado de modo "intermedio", como puede ser la agravante del inciso 2 del artículo 367° del Código penal: "*El autor causa una lesión grave que haya podido prever...*"; es decir, puede darse el caso que el funcionario público antes de su deceso puede haber sufrido una severa lesión en un organismo vital, entonces, qué norma se le aplicará a su autor. En nuestro concepto aquí habrá un concurso aparente de normas, en la cual la agravante por lesiones graves quedará subsumido por la otra agravante por muerte del funcionario, aplicándose el principio de consunción.

El Código penal de 1924, en el artículo 322° decía lo siguiente: "*El que resistiera o desobedeciera a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que presta asistencia por demanda de este en virtud de obligatorio legal, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días*".

---

[133] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011 p. 96.

10. ANÁLISIS DEL ACUERDO PLENARIO N° 01-2016/CIJ-116 REFERIDO A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

Uno de los grandes cambios que se ha dado en el sistema del ordenamiento peruano es que se ha establecido la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales. O sea, que la Constitución es el vértice que fundamenta todo el sistema normativo, es la fuente de fuentes del derecho; así mismo los derechos fundamentales, contenidos en ella, constituyen su parte dogmática, es decir, su parte inmodificable, ya que permiten y garantizan el funcionamiento del sistema normativo conforme al contenido que en ellos hay.

Esto es lo que ha traído el neoconstitucionalismo con la expansión de la protección de los derechos fundamentales ante el ejercicio del poder del Estado por medio de la justicia constitucional, que es una atribución privilegiada del Tribunal Constitucional, quien se encarga de observar el cumplimiento de las exigencias que permiten el respeto a los derechos de los ciudadanos, esto es, que se encarga de observar que las disposiciones, las leyes expedidas por el legislativo, sean conforme a las exigencias reconocidas en la Constitución, no solamente desde el punto de vista formal (procedimental, de elaboración de las leyes), sino también material, de protección de los derechos fundamentales.

Entonces de esta forma se concretiza la idea de la Constitución como norma fundamental, ya que se encuentra en la cima del ordenamiento jurídico y no como mero documento político que organiza la sociedad. Así la Constitución trata de delimitar el poder del Estado, sobre todo del Poder Legislativo, ya que gracias a este se originan las normas que luego son cumplidas por el Poder Judicial. Por lo tanto, este nuevo paradigma pone como centro, como eje a los derechos fundamentales, que se encuentra en la Constitución, para servir de referencia cuando se va a viabilizar una decisión normativa.

Hemos señalado que quien se encarga de evaluar la validez de una norma es la justicia constitucional que la ejerce el máximo intérprete de la Constitución, o sea, El Tribunal Constitucional. Este se encar-

ga de proteger los derechos de los ciudadanos por medio del control constitucional de la ley, valiéndose de una técnica que es el *principio de proporcionalidad*[134], el cual es un metaprincipio que rige todo el ordenamiento y observa que la ley expedida por el Congreso cumpla con todos los requisitos de validez normativa. El principal corolario de esto es que las leyes deben ser sometidas a una interpretación que determine las normas que contiene, es decir, que las leyes se expresan a través de dispositivos, que a la vez, al ser sometidos a un proceso de interpretación, de búsqueda de significado, se determina su norma o las normas que contienen. Entonces debe haber una distinción primigenia entre disposición y norma, solo así es posible que se establezca el verdadero significado y el correcto contenido de las leyes o lo que ellas quisieron regular.

---

[134] El considerando 13 del Acuerdo Plenario, nos dice:_"El test de proporcionalidad se compone de tres pasos para determinar la constitucionalidad de la norma, sea sobre la conducta incriminada o la sanción prevista. El *primer test* es el de adecuación o idoneidad. En esta parte se busca determinar si la norma penal (la conducta incriminada o la sanción prevista) pueden o no ayudar a concretar la realización de un fin constitucionalmente legítimo. El *segundo test* es el de necesidad. En él se determina si existe o no mecanismo alternativo que permita lograr la realización del fin constitucional. Si dicho mecanismo no existiere, sería superada esta parte del test. El *tercer test* es el de proporcionalidad en sentido estricto. En este paso se realiza un ejercicio de ponderación. En él se hace un balance de los efectos negativos y los efectos positivos de la norma penal. Si la valoración de los efectos positivos resultare positiva, entonces se considerará a la norma constitucional. Si, por el contrario, el balance fuese negativo, se optará por declarar su inconstitucionalidad. Finalmente, es necesario señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad no solo es posible ante excesos en la conducta incriminada o la pena, sino que es posible aplicarla a casos donde el legislador realizó una protección defectuosa. Por ejemplo, ello sucedería si el delito de asesinato tuviera una sanción máxima de 2 años de pena privativa de libertad; o, se despenalizara el delito de lesiones. Pese a la necesidad de corrección de esta situación, el juez penal se encuentra impedido de intervenir en un caso de desproporcionalidad por defecto. La razón de esta prohibición reside en la acción que implicaría corregir la norma: una ampliación del ámbito de la conducta típica o un incremento de la sanción, que solo puede ser llevado a cabo por el legislador".

Disposición será el texto normativo que deriva de una fuente del derecho que se encuentra, además, sin ningún contacto con algún operador jurídico (juez), mientras que norma es el significado que se extrae de ese texto normativo, es el significado que se le atribuye a través del proceso de interpretación, el cual es un actividad cognoscitiva. Por lo que todo texto normativo tiene que ser sometido a este trabajo, a esta actividad para poder saber exactamente el contenido de la disposición.

Sobre la base de estos nuevos postulados que derivan, las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicaron el Acuerdo Plenario 02-2016/CIJ-116 en el que se analiza la agravante regulada en el artículo 367 del Código penal, referente al delito de intimidación y violencia contra la autoridad policial, sobre todo la agravante de segundo nivel, cuando el sujeto pasivo era precisamente una autoridad policial.

Ahora, cuando se expide una norma, esta debe contener una serie de exigencias que permitan conocer cuáles fueron los fundamentos por los cuales se puso en vigencia. Para eso, el Parlamento se sirve una serie de técnicas que permiten exponer las razones de la expedición de una ley. Una de estas es la exposición de motivos que consiste en informar los antecedentes y los fundamentos que se optaron para la formulación de la ley. En el caso que nos ocupa del artículo 367° del Código penal, este fue implementado por una serie de modificaciones que trataban de solventar algunas exigencias reales, esto es, que trataban de proteger a las autoridades de los agravios que se les infligían cuando estaban realizando sus funciones. Se tomó como caso paradigmático lo ocurrido en la Parada, donde los efectivos policiales fueron agredidos por sujetos que protegían a los comerciantes que se oponían a la reforma de dicho mercado. Esto trajo una serie de problemas a las autoridades, puesto que muchos de ellos fueron agredidos sin misericordia por los vándalos, quienes no dudaron en hacerles daño e incluso matarlos.

Conforme a lo establecido por el Acuerdo Plenario N° 1-2016/CIJ-116, este delito será interpretado teniendo en cuenta el bien jurídico

que protege que es el cumplimiento de las acciones oficiales por las autoridades, el ejercicio del *jus imperium* por parte de las autoridades, es decir, el desarrollo normal de las funciones que les fueron encomendados, en este caso, a los efectivos policiales. Entonces se tomará como acto contrario a este bien jurídico aquellos que afecten el correcto desenvolvimiento de las actividades de la autoridad. Todos los demás actos que no tengan esta finalidad no podrán ser considerados como contrarios a la función del efectivo policial.

En este punto se puede observar que el Acuerdo Plenario opta por un criterio subjetivo, que se trataría de una consideración meramente dolosa. Porque es lo que se deduce de la afirmación que encontramos en el Considerando 14° del mencionado Acuerdo Plenario, el cual señala: *"Es relevante, entonces, establecer que el delito de intimidación y violencia contra la autoridad, agravado por la calidad de esta, abarca únicamente aquellos actos que mediante* ***amenazas*** *o agresiones físicas rechazan el ius imperium del Estado, representado en el ejercicio del poder, competencias y facultades que ella legalmente ostenta y ejerce."*

Obviamente, se presenta un problema cuando se trata de establecer la tipicidad objetiva del tipo penal que regula esta agravante, ya que es fácil, es evidente ver que las amenazas se realizan por medio de expresiones verbales, las cuales no resultan suficientes para poder determinar que la policía no cumpla con su misión, con su objetivo, puesto que el imputado puede amenazar con ánimo de persuasión, de convencimiento para que no se le someta a la ley, al *jus imperium*, pero eso no es causa suficiente para que se deje de cumplir con la ley. Más aún, teniendo en cuenta que una de las razones fundamentales por las que se incluyó este supuesto, como agravante, obedecía al carácter agresivo y perjudicial que acometieron los vándalos de la Parada.

En ese lugar sí hubo agresiones que impedían los actos oficiales. Por lo que, partiendo de que esta consideración incluida en la Exposición de Motivos, vemos innecesaria la inclusión de las amenazas como supuesto de intimidación, porque si lo hiciéramos es-

taríamos dando pie a que los jueces apliquen sanciones arbitrarias en hechos que no cumplen con el principio de lesividad, o sea, que la conducta no afecte realmente el bien jurídico tutelado. Pero teniendo en cuenta que no se trata de lo que el agente quiera, puesto que este puede alegar que solamente quiso agredir al policía y no evitar que cumpla con su función, es necesario tomar en cuenta el carácter objetivo, es decir, de que realmente la conducta del sujeto esté encaminada a que no se cumpla con la función delegada a la autoridad, independientemente de lo que realmente quiso hacer el sujeto responsable, en otras palabras, atenernos a la conducta que con su comisión perjudicó y afectó la acción del efectivo policial. Entonces, cuando al juez le toque evaluar la imputación que se hace a una persona, tendrá que observar que esa acción perjudicó, efectivamente, la función a cargo del policía, de esta forma se tendrá por válida la imputación del delito a aquel.

Por otro lado, compartimos con el Acuerdo Plenario en que la aplicación de este artículo debe ser siempre de carácter subsidiario, residual, puesto que no se puede optar por un análisis *prima facie* del caso teniendo en cuenta esta agravante. Se debe partir de los otros casos. Pero para poder efectivizar aquello es necesario partir el análisis del bien jurídico, pues, una vez que se ha determinado el contenido del bien jurídico se logrará saber si es válida la imputación de la agravante. Si se establece correctamente que la conducta no estaba dirigida a afectar concretamente al bien jurídico estipulado en el dispositivo, entonces se tendrá que recurrir a otro dispositivo que regule dicha conducta, conforme lo señalado por el Acuerdo Plenario.

La inclusión del agravante por la calidad policial de la autoridad, que es objeto de análisis, ocurrió mucho años después, a través de la Ley 30054, y como respuesta político criminal a sucesos violentos como el desalojo de comerciantes de "La Parada", donde se ocasionaron daños importantes a la integridad física de los efectivos policiales que intervinieron en dicho operativo. Esto es, dicha agravante específica estaba dirigida a prevenir y sancionar con severidad formas graves

de agresión dolosa contra la autoridad policial, orientadas a intimidar a sus efectivos o producirles lesiones o incluso la muerte[135].

La aludida circunstancia agravante no fue, pues, construida por el legislador para sobrecriminalizar actos menores de resistencia, desobediencia o injuria contra efectivos policiales, los cuales de producirse encuentran tipicidad formal y material en otros delitos como el previsto en el artículo 368 (*"El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención"*) o en faltas como las contempladas en los incisos 3 (*"El que, de palabra, falta el respeto y consideración debidos a una autoridad sin ofenderla gravemente, o el que desobedezca las órdenes que le dicte, siempre que no revista mayor importancia"*) y 5 (*"El que oculta su nombre, estado civil o domicilio a la autoridad o funcionario público que lo interrogue por razón de su cargo"*) del artículo 452[136].

Por esta razón, creemos que este es un acierto del Acuerdo Plenario, ya que permite que se cumpla con las exigencias de los principios que regulan del Derecho penal que es el de una pena justa, una pena que no afecte los derechos de las personas, ya que el Derecho penal tiene la característica de ser de última *ratio*, o sea, de ser subsidiario, que se debe primero agotar todas las instancias de sanción legal para recién recurrir a él, e imponer las medidas más severas.

Este Acuerdo Plenario busca evitar las arbitrariedades que se han cometido hasta ahora cuando se ha intentado aplicar el supuesto a los casos presentados. Se logrará que se actúe conforme a las exigencias expuestas a los principios de un Estado Constitucional de Derecho, donde prime la protección de los derechos fundamentales y, por ende, la supremacía constitucional a la hora de aplicar las normas de rango inferior a ella.

---

[135] Acuerdo Plenario N° 01-2016.

[136] Acuerdo Plenario N° 01-2016.

El citado Acuerdo Plenario, en el Considerando 19°, ha dicho lo siguiente: *"Por tanto, es relevante precisar que el delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado por la calidad policial de esta, abarca únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el ius imperium del Estado, representado en el ejercicio del poder, competencias y facultades que ella legalmente ostenta y ejerce. Son, pues, formas de resistencia activa y violenta contra dicho poder y autoridad. Por tal razón, su relevancia y punibilidad tienen siempre que ser menores que los que corresponden a otra clase de acciones de violencia que se dirigen a atentar directamente contra la vida o la salud de efectivos policiales que ejercen o ejercieron sus funciones. Es por ello que para sancionar con severidad estos últimos casos, se han regulado expresamente circunstancias agravantes específicas en los delitos de homicidio y lesiones.*

En el Considerando 20° del citado Acuerdo Plenario, se ha dicho lo siguiente: *"Por consiguiente, el delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial solo puede configurarse y ser sancionado como tal, cuando en el caso sub judice no se den los presupuestos objetivos y subjetivos que tipifican de manera independiente los hechos punibles contra la vida o la salud individual del funcionario policial que se han señalado anteriormente. La penalidad, por tanto, del delito de violencia y resistencia contra una autoridad policial no puede sobrepasar la pena mínima fijada para las lesiones leves en el artículo 122, inciso 3,literal a. Es decir, en ningún caso puede ser mayor de* ***tres años de pena privativa de libertad,*** *si es que la violencia ejercida contra la autoridad policial no ocasionó siquiera lesiones leves. Pero, si el agente con las violencias ejercidas produjo dolosamente lesiones leves o lesiones graves a la autoridad policial, su conducta solo debe asimilarse a los delitos tipificados en los artículos 121 y 122 del Código penal, respectivamente, aplicándose, además, en tales supuestos, la penalidad prevista para la concurrencia del agravante específico que se funda en la condición funcional del sujeto pasivo. Esto es, si se ocasionan lesiones graves la pena será no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de libertad, y, si solo se produjeron lesiones leves, la sanción será no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de libertad".*

En resumen: la Corte Suprema de nuestro país señala que encontrándose los ataques a la integridad física de los miembros policiales dirigidos precisamente a desobedecer, resistir o desconocer la autoridad que representan, estos deben ser circunscritos a la naturaleza del agravio perpetrado de acuerdo a una interpretación sistemática de las normas penales (véase el fundamento 20° del citado Acuerdo Plenario):

1. Si la lesión es "**menos que leve**" (podría considerarse una falta penal) la pena no podrá pasar de 3 años de privación de la libertad, tomando como criterio cuantitativo el artículo 122°, inc. 3, lit. a (agravante cualificada de falta leve).
2. Si se produjeron **"lesiones leves"**, la pena deberá ser no menor de 3 ni mayor de 6, nuevamente tomando como criterio cuantitativo el artículo 122°, inc. 3, lit. a (agravante cualificada de falta leve).
3. Si se produjeron "**lesiones graves"**, la pena deberá ser no menor de 6 ni mayor de 12, tomando como criterio cuantitativo el artículo 121°.

V. EL DELITO DE RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 368° del Código penal sufrió una modificación por el artículo 1 de la Ley N° 29439, publicada el 19 noviembre 2009, cuyo texto es el siguiente:

> *"El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.*
>
> *Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas."*

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [137], en el Capítulo VI, regula bajo el rubro "Delitos contra la Administración pública" , el denominado delito de "Resistencia o desobediencia a la autoridad," en el artículo 422° en los siguientes términos: *"El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.*

Cuando se desobedezca la orden de muestreo para realizar un análisis de sangre o de otros fluidos corporales con la finalidad de determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de tres años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas. La misma pena se aplicará al que desobedece la orden que dispone la realización de una prueba de ADN con fines de esclarecimiento de un delito".

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Según la descripción típica puede ser cualquier persona, por lo tanto se trata de un delito común.

Al tratarse de un delito común, importa un ámbito de libertad de configuración, de manera que podría darse una autoría mediata, donde el hombre de atrás se aprovecha de la ignorancia o carencia de culpabilidad del hombre de adelante, para realizar típicamente el delito. Se podría decir, que solo puede ejercer la resistencia (de

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

propia mano), quien es destinatario de la orden (administrativa o judicial), pero nada obsta que un tercero pueda ejercerla, manipulado por el sujeto obligado. Todo dependerá de la naturaleza de la resolución, pues si es de naturaleza personalísima, no puede darse esta figura.[138]

2.2. Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, habrá que identificar dos supuestos: por un lado, sujeto pasivo de la acción que lo será el funcionario público; y por otro lado, el sujeto pasivo del delito que siempre será, en todos los casos, la administración pública.

2.3. Conducta típica

El verbo rector está compuesto tanto por "desobedecer" como "resistir".

2.4. La conducta de desobediencia

La desobediencia es la rebeldía u oposición abierta, hostil y maliciosa, acompañada de actos de contradicción, decidida y resuelta al cumplimiento de un mandato u orden en curso de ejecución, expreso y personal de la autoridad en ejercicio de sus funciones[139]. Por ejemplo, un hecho de desobedecer sería el de mantener en funcionamiento una Academia Pre-Universitaria clausurada como da cuenta una Ejecutoria Suprema: "el mantener en funcionamiento una academia pre universitaria, que había sido clausurada por funcionarios del Ministerio de Educación, constituye delito de desobediencia y resistencia a la autoridad"[140].

---

[138] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 144.

[139] Ejecutoria Suprema del 16/10/1981, Exp. N° 922-81-CAJAMARCA. *Jurisprudencia penal,* Editora Normas Legales, Trujillo, 1987, p. 164.

[140] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Áncash del 5 de abril de 1999, Exp. N° 9800032. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, Serie de jurisprudencia 4, Lima, 2000, p. 403.

Otro caso sería el hecho de mostrar una negativa a devolver bienes poseídos en calidad de depositario judicial: "En autos existen suficientes elementos probatorios que acreditan la participación de la acusada en la comisión del acto ilícito materia de juzgamiento, quien fue nombrada depositaria judicial de unos artefactos domésticos, pues al ser requerida bajo apercibimiento de ley se negó devolver dichos artefactos, lo que se encuentra corroborado con las actas de entrega, resolución de requerimiento así como por su propia declaración instructiva donde reconoce en parte los hechos"[141].

O aquel hecho que da cuenta de un Taller de Mecánica, donde su dueño, que pese a ser clausurado es reabierto y continúa en él trabajando. En efecto, "Al haber sido clausurado el taller de mecánica del procesado por resolución de Alcaldía y no obstante ello haberlo reabierto y continuar trabajando, conforme ha aceptado el encausado, se halla acreditado el delito y la responsabilidad penal"[142].

Habrá que advertir que la conducta de "desobediencia" no es un delito "permanente", sino uno de ejecución instantánea, cuyos efectos pueden prolongarse en el tiempo (en la modalidad omisiva)[143].

2.5. La conducta de resistencia

La conducta de resistencia, en cambio, supone impedir o trabar el cumplimiento de la orden emitida. Es la oposición o rechazo abierto frente a actos ejecutivos funcionariales. Nuestro texto penal acoge genéricamente la expresión "resiste" que puede ser interpretada en forma relativa, en el sentido de que se interrumpe u obstaculiza el cumpli-

---

[141] Ejecutoria Suprema del 4/11/2002, Exp. N° 58-2002-LIMA. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 74.

[142] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 8 de junio de 1998, Exp. N° 137-98. BACA CABRERA — ROJAS VARGAS — NEIRA HUAMÁN, Jurisprudencia penal procesos sumarios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 500.

[143] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 134.

miento de la orden sin llegar a su fracaso (trabar), o de manera absoluta logrando que la orden no se concrete o no se llegue a cumplir (impedir)[144].

El momento delictivo de la resistencia se demarca durante los actos ejecutivos de la orden, pero no antes de su inicio ni mucho menos cuando esta se haya cumplido. La distinción con el atentado se debe a la actualidad del acto opositor y el estado con el que se encuentren los actos funcionariales con respecto a una orden[145]. Por ello, el empleo de la expresión "resiste", en realidad, faculta configurar conductas con mayor amplitud asimilando otros medios que no precisamente constituyan violencia o amenaza. Los actos de privación de libertad, elaboración de obstáculos en el transcurrir del funcionario, o agregados de labores absurdas, pérdida de los instrumentos de trabajo o ejecución de medios fraudulentos (v.gr. hacerse pasar como destinatario de la orden), pueden perfectamente ser medios idóneos que generen oposición sin violencia[146].

2.6. La orden debe estar dirigida hacia una persona

La orden legalmente impartida debe estar dirigida concretamente al que desobedece, pues de lo contrario sería un delito de desobediencia general. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que en el Distrito Fiscal de Puno, se ha adoptado como Acuerdo Plenario del Primer Pleno Fiscal en Materia Penal y procesal penal lo siguiente: *"Debe preexistir una orden impartida por autoridad competente, bajo apercibimiento de denunciarse por el delito tipificado en el artículo 368 del Código Penal, dirigida concretamente hacia la persona que desobedeció o resistió (persona determinada), solo así se configurará el delito, de lo contrario constituiría una orden general".*

---

[144] Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 440.

[145] Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 441.

[146] Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 444.

Por ello, la orden no debe confundirse con un deber jurídico. P. ej., retornar al país pese a haber sido expulsado; no son órdenes todas las sentencias judiciales, ni siquiera las que creen un estado (o sea una orden prohibitiva de carácter general), pero sí las que contengan una orden expresa de ejecución.

Según García Navarro, "estamos ante un *deber jurídico específico* y no genérico que fundamenta la punibilidad del injusto cuando es resistida o desobedecida. Su fuente se encuentra en la orden concreta, la que no enmarca una orden general se asemeja a resistir o desobedecer una norma o ley de carácter general, por ello, sería absurdo sancionar penalmente a todo individuo renuente ante la norma"[147].

En esta línea, la desobediencia a una disposición de carácter general no está comprendida en el tipo objetivo del artículo 368°. Por ejemplo, sería atípico el hecho de que un juez emita una resolución para que concurra uno de los imputados a las instalaciones del Juzgado para sus respectivas declaraciones, pero no se especifica quién o quiénes son los que tendrían que asistir a las instalaciones.

Según Portocarrero Hidalgo: "La resistencia presupone una **orden** verbal o escrita de un funcionario, a la que intencionalmente no se va a acatar, no hay que confundir con el incumplimiento de una resolución. Hay diferencia entre desobedecer o resistir al funcionario y violar un deber jurídico"[148].

Además, la orden debe estar dirigida a persona o personas determinadas lo que hace de los destinatarios sujetos posibles del delito. En efecto, la desobediencia puede realizarse también por un "órgano colegiado"; p. ej., los regidores de una Municipalidad. Solamente salvarán su responsabilidad los que votaron en contra de la desobediencia. El Alcalde que no ejecute el acuerdo de los regidores o impida que estos

---

[147] GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 431.

[148] PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 73.

se reúnan para decidir sobre el cumplimiento de la orden, responderá también de la desobediencia, sea por comisión o por omisión[149].

La orden debe ser expresa y clara, sin ambigüedades. Por ejemplo: sería atípica el hecho de que un juez emita una resolución, poniendo el nombre y el apellido concretamente, sin embargo, en el texto y contenido de la resolución existen serias ambigüedades, es decir, la orden no se entiende en su magnitud: no se sabe, si se trata de un perito, se va a realizar, previamente, un estudio del expediente o la carpeta; si va a trasladarse del Juzgado al lugar de los hechos; si tiene que apersonarse primero.

La orden, o mandato al ser directa, debe conocerla personalmente el obligado (aunque esto ya conecta con la tipicidad subjetiva). Es necesario que la orden haya llegado a *conocimiento efectivo del destinatario*, siendo insuficiente la mera notificación formal. En consecuencia, si no existe certeza de notificación oportuna el hecho sería atípico; en este sentido, una Ejecutoria Suprema nos señala que: "Al no existir certeza de que el encausado haya sido notificado de manera oportuna de los requerimientos oficiales, o que deliberadamente haya desobedecido o resistido la orden impartida por el representante del Ministerio Público, no se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito imputado, revocándose la sentencia condenatoria y absolviendo al procesado"[150].

2.7. La orden impartida en ejercicio de sus funciones

El artículo 368° del Código penal peruano prevé lo siguiente: *"El que desobedece o resiste la **orden legalmente impartida** por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones..."*. La orden es una exigencia para el cumplimiento de una conducta o acción determinada, por todo ello, entiéndase bien que no basta la simple orden sino que esta

---

[149] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 126.

[150] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 1 de setiembre de 1998, Exp. N° 2449-98. ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia Penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 838.

además tiene que encontrarse en curso de ejecución[151]. Así también, la calidad de ejecutabilidad del mandato tiene que estar emparentado con la ausencia o el agotamiento de recursos procesales que autoricen revisar de nuevo la orden dispuesta. En ese sentido, no puede hablarse de resistencia o desobediencia de órdenes que hayan sido impugnadas, por lo que toma seriedad típica, por ejemplo, las resoluciones equiparables a cosa decidida o juzgada, según sea el caso[152].

En esta línea de pensamiento, el tipo penal señala tres condiciones concretas para que la orden sea considerada como típica: en primer lugar, que la orden sea legalmente impartida, es decir, que la orden sea emitida dentro del marco jurídico (legal y reglamentario). Normalmente como estamos dentro de la administración pública, la orden tiene que estar previsto en una Ley Orgánica, en una Ley ordinaria, en el ROF o el MOF de la institución, en todo caso, que la orden sea "legalmente" impartida es que la orden sea impartida por un funcionario "competente".

En segundo lugar, que la orden deba provenir necesariamente de un funcionario público y no de un servidor público, en el sentido que solo aquel agente público tiene el *jus imperium*, que la investidura hace que el funcionario esté premunido de cierta decisión y que de todas maneras se tiene que ejecutar; y en tercer lugar, el tipo penal exige que dicha orden sea en el marco del ejercicio de sus funciones; es decir, que el funcionario no esté destituido, ni cesado en el cargo.

Y en tercer lugar, aunque no se diga expresamente en la norma penal, la orden impartida debe real e indubitablemente "conocerse" la

---

(151) Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, Edward; *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2009, pp. 428 y 438. Como bien señala García Navarro "...la conducta de resistir o desobedecer recae sobre una orden que ya ha sido emitida y que todavía se halla pendiente de todo acto que pretendiera oponerse a ella sería catalogada como delito imposible, pues el objeto material no sería idóneo ya que la orden ya fue ejecutada, no habiendo a qué resistir o desobedecer".

(152) Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 429.

orden del funcionario público, por la persona o las personas quienes tienen la obligación de cumplirla; de lo contrario, la orden podría estar viciado en su contenido, y viciado hasta en su cumplimiento por los administrados.

Finalmente, debemos señalar que una orden directa mantiene un deber de cumplimiento posible de ejecutarse en función a las *capacidades concretas de su destinatario*, lo contrario constituiría una orden absurda e inidónea a efectos típicos. La sustitución o reemplazo de destinatarios implica la disposición de una nueva orden que hace requerible de un nuevo obligado[153].

Así lo ha señalado una Ejecutoria Suprema en las siguientes líneas: "En cuanto al delito de desobediencia si bien en el sub judice se cursó un mandato judicial legítimo con las formalidades internas correspondientes, la desobediencia presupone, de un lado, la posibilidad real de su cumplimiento y, de otro lado, el conocimiento efectivo de la orden de parte de quien debe obedecerla; que el mandato cursado por el juzgado no era de posible cumplimiento porque el vehículo ya no estaba en poder del imputado, y, además, no existe prueba que establezca que tal orden llegó a su conocimiento efectivo pues el imputado ya había cambiado de domicilio, que en todo caso, no está acreditado fehacientemente que recibió la notificación o que conoció de dicho mandato; que siendo así tampoco es posible estimar acreditado el delito en mención"[154].

2.8. Sobre las particularidades de orden impartida según la jurisprudencia peruana

Sobre este tema la jurisprudencia ha conocido varios casos, que a continuación damos cuenta: en primer lugar, no puede haber resistencia o desobediencia basada en el incumplimiento de una resolución

---

[153] GARCÍA NAVARRO, 2009, p. 432.

[154] Ejecutoria Suprema del 28/05/2004, R.N. N° 578-2003-LIMA. *Diálogo con la Jurisprudencia*, ario 13, N° 106, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2007, p. 257.

que crea un estado: "Este delito presupone la ejecución actual o inminente de un mandato u orden dictado por la autoridad, en ejercicio de sus funciones; no pudiendo haber resistencia o desobediencia basada en el incumplimiento de una resolución que crea un estado, ya que una cosa es resistir o desobedecer a un funcionario y otra es violar un deber jurídico"[155].

En segundo lugar, otro caso donde se estableció el delito imposible en este tipo penal, da cuenta el siguiente fallo: "Se aprecia de autos que no aparece elemento alguno que vincule a los mencionados encausados con el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, porque al no tener el vehículo depositado cuando fuera notificado por el Juzgado para su entrega, existía imposibilidad material para el cumplimiento del mandato, al no superar la resistencia de su co-procesada, quien se encontraba en poder del bien, además de no encontrarse consentida la resolución de la cual emanaba la desafectación del bien, al haber sido impugnada, y, aun más, posteriormente revocada"[156].

En tercer lugar, un caso de la jurisprudencia en nuestro país, ha dicho sobre la imposibilidad de cumplir con la orden judicial. Así: "Si bien es cierto que existe un mandato judicial que obliga a la Municipalidad Provincial al pago a favor del agraviado, el cual ha sido notificado y requerido en su oportunidad, sin embargo, en el presente caso, *se ha llegado a establecer la imposibilidad del pago, debido a la falta de liquidez de la obligada,* conforme se ha concluido mediante pericia contable debidamente ratificada; que de otro lado, la deuda a favor del agraviado y otros ex trabajadores de dicha comuna fue presupuestada, sin embargo ha sido frustrada dicha intención de pago ante la situación económica del Municipio, quedando con

---

[155] Ejecutoria Suprema del 21/02/85, Exp. 290-85-PIURA. Jurisprudencia penal, Editora Normas Legales, Trujillo, 1987, p. 163.

[156] Ejecutoria Suprema del 16/06/2005, R.N. N° 115-2b05-LIMA. VOCAL PONENTE: PRÍNCIPE TRUJILLO, Hugo, Diálogo con la Jurisprudencia, año 13, N° 115, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2008, p. 204.

ello desvirtuada la supuesta renuencia del acusado a cumplir con el mandato judicial"[157].

2.9. El desobedecer o resistirse la "propia detención" como causal de exoneración de responsabilidad penal

El artículo 368° del Código penal prevé una cláusula expresa de excusa absolutoria, bajo los siguientes términos: *"El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones,* ***salvo que se trate de la propia detención...****"*; esto es, los supuestos más comunes se darán en el marco de un proceso penal cuando haya la orden de un juez para detener a una o varias personas implicadas, tal como da cuenta una Ejecutoria Suprema: "La conducta de los acusados que se circunscribió a impedir sus propias detenciones queda dentro de los alcances de la *excusa legal absolutoria* prevista en el artículo 368° del Código penal"[158].

Por otro lado, una Ejecutoria Suprema explica correctamente la naturaleza de esta excusa absolutoria tratándose de un Derecho natural el querer sustraerse de la acción de la justicia para preservar su libertad ambulatoria. "En modo alguno puede constituir elemento probatorio de la comisión del delito ni su responsabilidad, conforme erróneamente se concluye en el considerando de la recurrida, pues la sustracción a la acción de la justicia de cualquier inculpado representa un *derecho natural a conservar su propia libertad,* que tiene sustento legal en el artículo 368° del Código penal, cuando prescribe que no comete delito de desobediencia o resistencia a la autoridad aquel que evita su propia detención"[159].

---

[157] Ejecutoria Suprema del 30/10/2000, R.N. N° 2318-2000-ICA. URQUIZO OLAECHEA, José, CASTILLO ALVA, José, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, Jurisprudencia penal, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 602.

[158] Ejecutoria Suprema del 27/08/1997, Exp. N° 717-96-LIMA. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal,* Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 717.

[159] Ejecutoria Suprema del 07/11/2003, R.N. N° 2228-2003-CALLAO. PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia en el Perú (2001-2005), tomo II,* Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, luris Consulti, Editorial San Marcos, Lima, 2006, p. 1283.

Según Salinas Siccha "Aquí no hay una causa de atipicidad, sino una *exoneración de pena por excusa absolutoria* que, a diferencia de la evasión simple, se basa en razones de política criminal asumidas por el legislador nacional. Entre el conflicto que surge cuando se trata de la propia persona, entre la posición de dar preeminencia valor del bien individual (libertad individual de las personas) y el supraindividual (correcto funcionamiento de la administración pública), el legislador se ha decidido por dar mayor valor a la libertad individual, hasta el punto que si la persona de manera natural pretende protegerlo por sí misma ante una orden impartida de la administración, su conducta no es punible"[160].

Según Peña Cabrera Freyre: "La procedencia de una excusa absolutoria, requiere de una vinculación especial entre el sujeto activo y sujeto pasivo del delito o, en su defecto, de un acto atribuido por el agente, que demuestre una intención de retorno al ordenamiento jurídico, cuestión que no se devela en el presente caso; en consecuencia, no es propiamente una excusa absolutoria, al revelarse un decaimiento de la motivabilidad normativa, pues al estar incurso el autor, en una situación de extrema angustia, no puede determinar su conducta conforme al enunciado normativo, al estar de por medio la privación de su libertad, se ve afectado significativamente en su capacidad decisoria, con arreglo a derecho[161]. Por consiguiente, se infiere un juicio de atribución de reproche personal disminuido, que no llega a una eximente completa, cuya naturaleza solo debería incidir en una atenuación de la pena y, no de su exoneración, como se ha previsto en la *lege lata*[162].

El ámbito de *exclusión de la punibilidad* se cierra solo, siguiendo a García Navarro, para los delitos de desobediencia y resistencia, siempre que no medie los efectos negativos graves de la violencia y la amenaza,

---

[160] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011 p. 103.

[161] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 155.

[162] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 155.

pues si se amplía el alcance a estos ilícitos se estaría dejando en la impunidad la afectación de otros intereses. Así, sucede cuando el agente ante el mandato no se presenta de *motu proprio* a la autoridad (desobediencia) o ante la vía coercitiva por parte del personal policial despliega tenaz oposición (resistencia). Ello no faculta que puedan constituir actos penados de los delitos previamente cometidos. Ejemplo: quien tras haber cometido homicidio o robo se resiste a ser detenido. Sobre el momento en el que concurre esta eximente, es de identificarlo en el instante de la notificación o informe directo de la detención, como suceda, hasta el estado mismo de la detención[163].

No obstante –según Guevara Vásquez– lo establecido a modo de excepción que no permite la imputación por el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad cuando se trata de la propia detención, el oponerse a la intervención o detención puede ser considerado como acto específico a ser analizado en el momento de la *determinación judicial de la pena*[164].

También ubicamos una postura de la jurisprudencia penal que indica que la conducta del artículo 368° resulta atípica, pero más bien por un *criterio de imputación objetiva, concretamente por riesgo permitido.* En efecto: "Aparece de autos que el procesado (...) al pretender darse a la fuga luego de colisionar su vehículo contra una móvil que se hallaba estacionado fue intervenido por un efectivo policial, resistiendo a ser conducido a la Delegación Policial negándose a mostrar sus documentos (..) conducta que se configura en el delito de resistencia a la autoridad (...) sin embargo, este dispositivo legal establece la salvedad cuando se trate de la propia detención por encontrarse dentro del riesgo permitido, lo que ha ocurrido en el presente caso"[165].

---

[163] Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 469.

[164] GUEVARA VÁSQUEZ, ob. cit., 2013, p. 504.

[165] Ejecutoria Suprema del 22-04-2002. Exp. No. 3220-2001-Lima. Salazar Sánchez N. *Delitos contra la administración pública (Jurisprudencia Penal)*, Lima Jurista 2004, pp. 25 y 84.

Resulta claro que el hecho de desobedecer –de manera dolosa– una orden de un juez, según nuestro Código penal, no constituirá delito, siempre y cuando se restrinja a lo estrictamente necesario para tratar de impedir la propia detención; porque si la persona se resiste utilizando por ejemplo un arma de fuego, o produciendo lesiones graves o hasta la muerte del policía que lo venía a detener, ya no habrá el beneficio de la excusa absolutoria, pues los hechos se trasladarán a otro tipo penal agravatorio (artículo 367° del Código penal).

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El agente debe realizar la conducta a modo de dolo, puede admitirse el dolo directo como el dolo indirecto o dolo eventual.

Con respecto al primer párrafo del artículo 368° del Código penal, el agente, en primer lugar, debe conocer que efectivamente está desobedeciendo o se está resistiendo la orden, y además debe conocer que dicha orden sea legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, porque si el dolo no abarca este extremo del conocimiento, entonces habría un error de tipo.

Un tema donde debería ponerse atención, de cara para la debida acreditación del dolo en el agente, y obviamente para la configuración del delito de desobediencia a la autoridad, es que la orden debe ser impartida con aquella frase muy conocida en el ambiente forense y judicial: "*...con expreso apercibimiento de denuncia por este delito en caso de incumplimiento*"; creemos que a partir de aquel momento, y ante la negativa injustificada del sujeto activo, es donde realmente empieza –de actos preparatorios a actos de ejecución delictiva– la relevancia jurídico-penal del delito en estudio.

Sería irrelevante pronunciarnos sobre el extremo del tipo subjetivo "salvo que se trate de la propia detención", pues como dijimos tiene una connotación de exoneración de responsabilidad penal.

4. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

El artículo 368° del Código penal prevé la siguiente conducta típica: *"El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones..."*, con lo cual marca la pauta de consumación; en tal sentido, estamos ante un delito de mera actividad, pues solo se necesita que el agente particular "desobedezca" o se "resista" a la orden del funcionario, sin ninguna exigencia adicional; por lo tanto, las interrupciones del curso causal casi son nulas.

Una Ejecutoria Suprema da cuenta de los grados de desarrollo del presente delito. "La violencia y resistencia a la autoridad consiste en desobedecer o resistir la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones; por lo tanto para que se consuma dicha acción típica basta el incumplimiento de la orden u omitir su realización, siempre y cuando esta se encuentre dentro del marco de la ley"[166].

Por último, debemos de señalar que las responsabilidades por el incumplimiento de una orden pueden ser civiles, administrativas o penales. Incluso, en el ámbito penal, desobedecer la orden de una autoridad, puede constituir también una falta o contravención contemplada en el artículo 452° inciso 3 del Código penal peruano, que contempla "Faltas contra la tranquilidad pública", bajo los siguientes términos: *"Será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa: ...3. El que, de palabra, falta el respeto y consideración debidos a una autoridad sin ofenderla gravemente o el que desobedezca las órdenes que le dicte, siempre que no revista mayor importancia"*.

---

[166] Ejecutoria Suprema del 06/08/1999, Exp. N° 3297-98-LIMA. *Diálogo con la jurisprudencia*, año 7, N° 28, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2001, p. 323.

5. TIPO PENAL AGRAVADO POR DESOBEDECER LA ORDEN DE REALIZAR UN ANÁLISIS DE SANGRE O DE OTROS FLUIDOS CORPORALES QUE TENGA POR FINALIDAD DETERMINAR EL NIVEL, PORCENTAJE O INGESTA DE ALCOHOL, DROGAS TÓXICAS ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS O SINTÉTICAS

Resulta cuestionable la incorporación de esta agravante por lesionar un principio básico del Derecho, cual es la "presunción de inocencia", ya que a la persona, por ejemplo intervenida por un agente policial, no se le deja ninguna opción en tal circunstancia: si pasa el examen toxicológico resultará procesado y sancionado por el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o drogadicción (artículo 274° del Código penal), y si no pasa, por resistirse a la autoridad policial, será procesado y condenado por la agravante en comentario.

Como es sabido, el artículo 213° del Código procesal penal peruano regula el tema del "Examen corporal para prueba de alcoholemia", bajo los siguientes términos:

> "1. *La policía, ya sea en su misión de prevención de delitos o en el curso de una inmediata intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito mediante la conducción de vehículos, podrá realizar la* ***comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado.***
> 2. *Si el resultado de la comprobación es positiva o, en todo caso, si se presentan signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancia prohibida, el intervenido será retenido y conducido al centro de control sanitario correspondiente para realizar la prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos según la prescripción del facultativo.*
> 3. *La policía, cuando interviene en operaciones de prevención del delito, según el numeral 1) del presente artículo, elaborará un acta de las diligencias realizadas, abrirá un Libro-Registro en el que se harán constar las comprobaciones de aire aspirado reali-*

zadas, y comunicará lo ejecutado al Ministerio Público adjuntando un informe razonado de su intervención.

4. *Cuando se trata de una intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito y deba procederse con arreglo al numeral 2) del presente artículo, rige lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 210".*

Con respecto al segundo párrafo del artículo 368° el agente, en cuanto al dolo, debe conocer dos extremos concretos: en el primer extremo debe conocer la desobediencia de la orden; y el segundo extremo del dolo debe abarcar la finalidad, es decir, que el agente conozca que el acto de desobediencia sea para impedir la realización de análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

Cualquier ignorancia sobre estos extremos daría lugar a un error de tipo.

VI. EL DELITO DE VIOLENCIA DE AUTORIDADES ELEGIDAS EN EL CÓDIGO PENAL. LA REFORMA PRODUCIDA A TRAVÉS DE LA LEY N° 29519 DE FECHA 16-04-2010

1. CONSIDERACIONES Y PROBLEMÁTICA

En principio debemos destacar que todo Estado democrático tiene como finalidad primigenia garantizar el respeto de la voluntad soberana del pueblo, lo que incluye un conjunto de previsiones de muy diversa naturaleza como son garantizar la gobernabilidad de las autoridades elegidas. En esta lógica, nuestra Constitución Política, en el artículo 2°, inciso 17 destaca que toda persona tiene derecho a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Agrega que todos los ciudadanos tienen conforme a ley, los derechos de elección, remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

Por su parte, el artículo 31° de la misma Carta Política, en el primer párrafo refiere que los ciudadanos tienen el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por Ley Orgánica. En otras palabras, se establece que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política de la Nación y por ende, una vez elegida respetar sus decisiones dentro de un Estado democrático y de Derecho.

Debe quedar claro que el ejercicio de los citados derechos constitucionales no pueden lesionar o poner en peligro otros derechos –también de jerarquía constitucional– como es el caso del artículo 369° CP que protege el normal desarrollo de la administración pública en sus niveles democráticos de decisión. Específicamente se busca proteger la libertad de acción y decisión de dichos funcionarios, así como el prestigio y respeto debido a los mismos[167]. En consecuencia, si se verifica, luego de un debido proceso, las afectaciones a los niveles democráticos de decisión, el Derecho penal debe contemplar medidas de neutralización y de protección[168] para precisamente estabilizar la normalidad democrática y el Estado de Derecho.

---

[167] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, p. 1018.

[168] Ley Orgánica de Elecciones Ley N° 26859 publicada el 01-10-1997 TÍTULO XVI De los Delitos, Sanciones y Procedimientos Judiciales
Artículo 384o.- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años:
a) Los Presidentes de las Mesas de Sufragios que no cumplan con remitir las ánforas o las Actas electorales. Además sufren pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, conforme a los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código penal.
Las mismas penas sufren los participantes en el antes indicado delito.
b) Aquel que mediante violencia o amenaza interrumpe o intenta interrumpir el acto electoral. Si el culpable forma parte integrante de un grupo, la pena es no menor de dos años ni mayor de cinco.
c) Aquel que injustificadamente despoja a una persona de su Documento Nacional de Identificación o lo retiene con el propósito de impedir que

Más aún si tenemos en consideración que en determinadas zonas del país se observan actos de violencia contra ciertas autoridades públicas que impiden el normal desenvolvimiento de la vida institucional en forma democrática. En este sentido, el Jurado Nacional de Elecciones para graficar de forma concreta la problemática adjuntó a su propuesta legislativa un cuadro denominado precisamente: **"Problemática en localidades como consecuencia de resultado de elecciones municipales del 19NOV2006"**; la misma que señala que en 15 circunscripciones electorales del país donde se ha impedido que las autoridades municipales asuman el cargo, y que obviamente el artículo 369° del Código penal, se ha reformado a través de la Ley N° 29519 de fecha 16-04-2010.

Para una mayor ilustración, a continuación se adjunta el citado cuadro:

el elector concurra a votar. Si el que delinque es funcionario, empleado público o miembro de las Fuerzas Armadas, la pena es de prisión no menor de un año ni mayor de cuatro, con pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, conforme a los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código penal.

d) Aquel que impida o perturbe una reunión en recinto privado o la que se realice en lugar de uso público, convocada con fines electorales conforme al artículo 354° del Código penal. Si el culpable fuese funcionario o empleado público, además de la pena indicada sufre pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1) ,2), 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código penal.

PROBLEMÁTICA EN LOCALIDADES COMO CONSECUENCIA DE RESULTADO DE ELECCIONES MUNICIPALES DEL 19 NOV 2006

REGIÓN	PROVINCIA	DISTRITO	JURAMENTÓ	IMPIDEN ASUMIR FUNCIONES	NUEVAS ELECCIONES
Amazonas	Bagua	La Peca	No	-	-
Amazonas	Luya	San Jerónimo	Si	Si	-
Áncash	Carhuaz	Tinco	Si	Si	-
Áncash	Mcal. Luzuriaga	Llama	Si	Si	-
Áncash	Bolognesi	Colquioc	No	No	Si
Apurímac	Chincheros	Ranracancha	No	No	Si
Arequipa	Condesuyos	Carayami	No	No	Si
Ayacucho	Lucanas	Aucara	No	No	-
Cajamarca	Huamanga	Pacaycasa	Si	Si	-
Cajamarca	Jaén	Pomachuaca	No	-	-
Cajamarca	Chota	Anguia	-	-	Si
Cajamarca	Chota	Miracosta	-	-	Si
Cajamarca	Chota	Chalamarca	-	-	Si
Cajamarca	Chota	Tacabamba	-	-	Si
Huancavelica	Huancavelica	Acoria	Si	Si	-
Huánuco	Huánuco	Churubamba	-	-	Si
Ica	Chincha	Alto Laran	-	Si	Si
Junín	Tarma	Tapo	-	-	Si
Junín	Huancayo	Huayucachi	-	-	Si
La Libertad	Otuzco	Usquil	No	Si	-
La Libertad	Pataz	Parcoy	Si	Cumple Condena	-
Lima	Huaral	Sumblica	Si	Si	-
Loreto	Ramón Castilla	Caballococha	Si	Si	-
Pasco	D.A. Carrión	Sta. Ana Tusi	Si	Si	-
Puno	Azángaro	J.D. Choquehuanca	No	-	-
Puno	Carabaya	Olaechea	-	-	Si
Puno	Carabaya	Corani	No	Si	-
Puno	Melgar	Umachiri	No	Si	-
Puno	Melgar	Cupi	No	Si	-
Puno	Chucuito	Desaguadero	No	No	Si
Puno	Carabaya	San Gabán	No	No	Si
Puno	Carabaya	Usicayos	No	Si	-
San Martín	Campanilla	Campanilla	Si	Si	-

Fuente: JNE

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

A través de la Ley N° 29519 de fecha 16-04-2010 se modificó en el artículo 369° del Código penal peruano, el que quedó redactado de la siguiente manera:

> *"El que mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal juramentar, asumir o ejercer sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*
>
> *Si el agente es funcionario público o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, inciso 1, 2 y 8".*

3. CRITERIO DE DERECHO COMPARADO

Quienes tienen el delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, son los siguientes:

- El Código penal argentino en el artículo 241°, numerales 1° y 2° señala: "*1° El que perturbare el orden de las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones. 2° El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones*".
- CP de Puerto Rico (1975) artículo 251°: "*Toda persona que valiéndose de intimidación, violencia o fraude impidiere el reunirse a la Asamblea Legislativa, o a cualquiera de las cámaras que la componen, o a cualquiera de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión por un término de tres años. De mediar circunstancias agravantes, la pena establecida podrá ser aumentada hasta un máximo de 5 años; de mediar circunstancias atenuantes, podrá ser reducida hasta un máximo de dos años*".

- CP de España: (1995): *"No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra los que se atentare fuera miembro del gobierno, los de Consejos de Gobierno, de las comunidades autónomas, del congreso de los diputados, del senado o de las asambleas legislativas, del consejo general del poder judicial o magistrado del tribunal constitucional, se impondrá la pena de prisión de 4 a 6 años y multa de 6 a 12 meses".*
- El Código penal de Uruguay (Artículo 171) dispone: *"Se comete atentado usando violencia o amenaza contra un funcionario público, con alguno de los* siguientes fines: *1° El de impedirle al funcionario asumir la función o tomar posesión del cargo. 2° El de estorbarle su libre ejercicio. 3° El de obtener su renuncia. 4° La prepotencia, el odio o el menosprecio. Este delito se castiga con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría.*
- El Código penal para el Distrito Federal de México (Artículo 282). Señala que: *"Se impondrá de seis meses a tres años de prisión al que por medio de la violencia física o moral, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan alguna de sus funciones en forma legal, o resista el cumplimiento de un mandato que satisfaga todos los requisitos legales".*

4. EL ACTUAL ARTÍCULO 369° DEL CÓDIGO PENAL DE 1991 Y SU RELACIÓN CON LA ACTUAL CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Sabido es que nuestra Constitución Política de 1993 tuvo un significativo cambio en el régimen parlamentario, no solo en el número de sus miembros sino también en su estructura funcional; en efecto se cambió de bicameralismo que establecía la Constitución Política de 1979, es decir de Diputados y Senadores. En efecto el artículo 166° de la Carta Política abrogada señalaba: *"El Congreso se compone de dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Diputados"*; ahora bien, con la actual Constitución Política de 1993 cambiamos al sistema unicameral de acuerdo a artículo 90 que señala lo siguiente: *"El Poder legislativo reside en el Congreso, el cual consta de Cámara Única. El número*

de congresistas es de ciento veinte...". es decir nuestro poder legislativo ahora solo está compuesto por 120 Congresistas.

El Código penal del 1991 tiene actualmente la siguiente redacción en el artículo 369°: *"El que impide a los Senadores y Diputados o a los miembros de las Asambleas Regionales o a los Alcaldes o Regidores el ejercicio de las funciones propias de sus cargos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el agente es funcionario público o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2"*. El citado artículo 369° referido al delito de violencia contra representantes del legislativo, de gobiernos regionales o municipales objeto de predictamen constituye en realidad un supuesto agravado del tipo de "atentado" (o coacción) contra la autoridad (artículo 365[169]) en función del sujeto pasivo. Se trata aquí de representantes elegidos por voluntad popular[170]. Aunque como señala Abanto Vásquez "De *lege ferenda* sería preferible trasladar este tipo penal, con las debidas modificaciones y

---

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

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 27937, publicada el 12-02-2003, cuyo texto es el siguiente:
"Artículo 367.- Formas agravadas
En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:
1. El hecho se realiza por dos o más personas.
2. El autor es funcionario o servidor público.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años cuando:
1. El hecho se comete a mano armada.
2. El autor causa una lesión grave que haya podido prever.

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

[170] Véase, en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano,* Lima, 2001, p. 137.

acompañados de otros tipos penales, a un capítulo destinado a los delitos contra "las instituciones del Estado y la división de poderes" como hizo el legislador español en el nuevo C.P. de 1995"[171].

La fuente directa nacional del actual artículo 369° lo encontramos en el artículo 323° del abrogado Código penal de 1924 que señalaba lo siguiente: *"El funcionario público que impidiere a un representante que concurra a su Cámara o que ingrese en ella, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días y, en todo caso, con inhabilitación, conforme a los inciso 1, y 3. del artículo 27, por no menos de dos años"*. Cuando se promulgó el Código penal de abril de 1991 obviamente estaba vigente la Constitución Política de 1979 (hoy derogada) que establecía el sistema parlamentario bicameralista. Sin embargo, hoy en día no se justifica bajo ningún motivo la vigencia del actual redacción del artículo 369° del Código penal que regula el delito de violación al ejercicio parlamentario y municipal; ya que dicho artículo mantiene la redacción antigua de "Senadores" y "Diputados".

5. SOBRE LA NUEVA VERSIÓN DEL ACTUAL ARTÍCULO 369: "VIOLENCIA" O "AMENAZA"

Proyecto de Ley N° 2060/2007-JNE[172], presentado por el Jurado Nacional de Elecciones, que propone modificar el artículo 369 del Có-

---

[171] Véase, en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano,* Lima, 2001, p. 138.

[172] **OPINIÓN RECIBIDA** Se ha recibido la opinión del Ministerio Público expresando su viabilidad y procedencia del presente Proyecto de Ley. Así justifica la propuesta legal a través de un cuadro del Jurado Nacional de Elecciones denominado "Problemática en localidades como consecuencia de resultado de elecciones municipales del 19NOV2006"; la misma que señala que hay 15 circunscripciones electorales del país donde se ha impedido que las autoridades asuman el cargo. Sin embargo, señala el Ministerio Público algunas observaciones: que debería incluirse en la tipicidad del delito 369 el medio "amenaza y/o intimidación" y que se incluya la fórmula de "cualquier otro modo". Además, establece que se debería precisar los numerales en la pena de inhabilitación.

digo penal, relacionado al delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones, en el sentido que el citado artículo 369° establece como sujetos pasibles de violencia a los Senadores y Diputados, aumentando la pena abstracta. La iniciativa legislativa del Jurado Nacional de Elecciones al artículo 369° del Código penal es la siguiente: *"El que impide violentamente a una autoridad elegida en un proceso electoral juramentar, asumir o ejercer sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis y con inhabilitación conforme al artículo 36° del Código penal".*

En principio la propuesta legislativa del Jurado Nacional de Elecciones en cuanto a los medios típicos resulta insuficiente de cara a la protección del bien jurídico tutelado: la libertad de acción y decisión de dichos funcionarios, así como el prestigio y respeto debido a los mismos. La citada propuesta legal solo contempla la posibilidad de la "violencia" como forma de comisión del delito. Como se sabe, la violencia es todo acto de constreñimiento dirigido contra la persona misma (violencia personal) o contra las cosas (violencia real). Pero en el caso de la "violencia sobre las cosas" hay que hacer la salvedad que esta, para ser típica, debe influir indirectamente en la persona del funcionario[173]. En otras palabras, la violencia se entiende que podría ser solo violencia física y no permitiendo otros supuestos concretos (como por ejemplo la amenaza) por las cuales también se puede lograr que se impida que una persona pueda ejercer el cargo por elección popular.

En tal sentido, consideramos adicionar los verbos rectores "violencia" o "amenaza" ya que es una constante en la legislación penal dichos medios típicos para determinados delitos de la Parte especial. Así en el artículo 151° del Código penal: *"...mediante amenaza o violencia..."*; el artículo 168° del Código penal: *"...mediante violencia o amenaza"*; el

(173) Véase, en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano,* Lima, 2001, p. 101. Habrá que mencionar que este autor expresa que la amenaza no debería estar expresamente en el tipo penal en comento ya que la amenaza es una especie de violencia moral.

artículo 202°, inciso 2 del Código penal: "*...por violencia o amenaza...*". En esta misma línea, puede ubicarse algunos hechos punibles más próximos a los delitos que estamos dictaminando. Así, en los Delitos contra la voluntad popular (Título XVII) concretamente en los delitos contra el derecho de sufragio (Capítulo Único). Así es en el artículo 354° CP se señala: "*El que, con violencia o amenaza...*"; el artículo 355° CP se señala: "*El que, con violencia o amenaza...*";

Así en el artículo 285° donde también se castiga al "*...que mediante **violencia, intimidación o fraude,** sustituye o **impide** el cumplimiento de sus funciones al capital, comandante o piloto de un medio de transporte...*". Como puede verse en este supuesto se castiga a través de los verbos rectores de "violencia" o "intimidación".

En el derecho comparado también se puede encontrar los medios típicos como la "violencia" o la "amenaza" como forma idónea de afectación del bien jurídico protegido en esta clase de infracciones. Así puede verse el Código penal para el Distrito Federal de México (artículo 282). "*Se le impondrá de seis meses a tres años de prisión al que por medio de la **violencia física o moral...***"; el Código penal de Uruguay (artículo 171) dispone que: "*Se comete atentado usando **violencia o amenaza** contra un funcionario público...*"; el Código penal de Puerto Rico (artículo 251°) señala que: "*Toda persona que valiéndose de **intimidación, violencia...***";

Consideramos necesario que debe mantenerse en el tipo penal del artículo 369° la frase "*impedir*", que implica hacer que la autoridad no realice la función pública que quería realizar. En otras palabras, impedir el ejercicio de las funciones de los funcionarios implica hacer imposible el inicio de sus actividades regulares definidas por ley y sus reglamentos, o hacer no viable la continuidad de dicho ejercicio colectivo de funciones a través de actos de boicot, entorpecimientos, etc., que ocasionen impedimento[174].

---

[174] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, p. 1019.

En suma, la nueva versión del artículo 369° del Código penal peruano incorpora textualmente finalmente los medios típicos de "violencia" y "amenaza" como modalidades típicas que debe realizar el autor.

6. CRITERIO DE INDICACIÓN EN EL TIPO PENAL DE LOS PROCESOS ELECTORALES: "GENERAL, PARLAMENTARIO, REGIONAL O MUNICIPAL"

En este punto de los procesos electorales se ha seguido la redacción del artículo 354° del Código penal, ya que la modificación empleada en dicho artículo mediante la Ley 29287 de fecha 06/12/2008 señala lo siguiente: *"...en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal"*. Como es sabido la propuesta legal del Jurado Nacional de Elecciones solo hacía referencia a "***...proceso electoral...***" sin especificar a qué proceso se refería, situación que los tipos penales de los Códigos no pueden tolerar máxime si ellos deben de regirse bajo los postulados de la taxatividad y determinación de las normas penales como desprendimiento del principio de legalidad de las conductas.

Por ello consideramos necesario detallar los supuestos en las cuales se pueden presentar los procesos electorales en nuestro país, y encontramos que pueden ser los siguientes: procesos "generales" para abarcar la elección de los cargos presidenciales; y es ahí una de las novedades en la propuesta de la Comisión de Justicia ya que se estaría ampliando razonablemente para los elegidos Presidentes de la República (como sujeto pasivos del delito), situación como se sabe no prevista por la actual regulación del artículo 369° del Código penal.

Por otro lado, también se contempla en el nuevo tipo penal los procesos "parlamentarios" que abarcan la elección tanto de los cargos de congresistas como también la elección del parlamento andino; y esta propuesta legislativa es válida ya que la redacción actual del artículo 369°, en cuanto al parlamento está dirigida solo a: "**Se-**

nadores y Diputados...". Asimismo también se contempla el tema de los procesos "regionales" para abarcar la elección de los cargos de gobernadores regionales y sus respectivos consejero; por último los procesos "municipales" para abarcar la elección del cargo de Alcalde y sus respectivos regidores. En resumen el artículo 369° deberá quedar redactado de la siguiente manera: "***...proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal...***". Como puede verse no se trastoca en lo absoluto la denominada voluntad del legislador en forma histórica, pues solamente se debe castigar determinados procesos electorales.

Finalmente, consideramos necesario expresar los momentos en las cuales una persona (sujeto activo) puede impedir a una autoridad elegida en un proceso electoral. Los momentos en los procesos electorales estan enmarcados en tres niveles secuenciales: así en primer orden está el *"acto de juramentar"*, en segundo orden está el *"acto de asunción del cargo público"*; en tercer lugar está el tema de *"ejercicio material del cargo o funciones"*.

7. CRITERIO DE AUMENTO DE LA PENA ABSTRACTA EN EL MARCO MÍNIMO EN EL ARTÍCULO 369° DEL CÓDIGO PENAL

La pena abstracta que prevé la actual redacción del artículo 369°, primer párrafo, del Código penal (*con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años)*, la Comisión de Justicia considera que en su marco penal máximo debe conservarse, es decir con cuatro años de pena privativa de libertad. Sin embargo, resulta justificable asignarle un aumento racional a la pena abstracta en su marco penal mínimo, por lo que la consideramos que debe ser de dos años de pena privativa de libertad, y no de un año como está actualmente en el Código penal.

VII. EL DELITO DE DESTRUCCIÓN DE ENVOLTURAS, SELLOS O MARCAS PUESTOS POR LA AUTORIDAD (ARTÍCULO 370º DEL CÓDIGO PENAL)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En el decurso de una intervención oficial, pueden producirse una variedad de actos administrativos y judiciales, que en concreto suponen afectaciones a los derechos subjetivos de los particulares (administrados), tomando lugar incautaciones, embargos, etc., donde los objetos son objeto de custodia por parte de la autoridad. Es en tal mérito, que aquellos han de ser debidamente conservados –por fines de diversa índole–, para lo cual las cajas son lacradas con las respectivas envolturas o marcas[175].

Así también, en el decurso de los procesos judiciales (cognoscitivos), se recoge una serie de evidencias, de medios de prueba, como indagatorias, testimoniales, transcripciones, se coloca el sello etc. que han de ser conservados en sobres lacrados donde se coloca el sello oficial de la autoridad encargada para ello[176].

El Código penal de 1924, hoy abrogado, en el artículo 325º decía lo siguiente:

> *"El que destruyera o arrancare envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto será reprimido con multa de la renta de tres a treinta días".*

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

Este delito se encuentra regulado en el artículo 370º del Código penal, bajo los siguientes términos:

---

[175] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 170.

[176] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 170.

"El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas".

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[177], en el Capítulo VI, regula bajo el rubro "Delitos contra la administración pública" , el denominado delito de "Atentado contra la conservación e identidad de objeto", en el artículo 423º en los siguientes términos: *"El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

El delito puede ser cometido por cualquier persona.

3.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo lo será el Estado, concretamente, según el Código penal, la administración pública.

3.3. Conducta típica

El tipo penal en comentario tiene solo dos verbos rectores alternativos: "destruir" o "arrancar". Claramente resulta atípica la conducta del sujeto que, sin "destruir" ni "arrancar" los "sellos" o "marcas", viola la seguridad impuesta por el funcionario, aprovechando de una falta

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

de deficiencia o "sellamiento"; dicha inferencia hubiese sido distinta si el legislador empleare el término "violar", conforme lo dispuesto en el artículo 254° del CP argentino[178].

En cuanto al objeto material del delito, esta debe recaer tanto en envolturas, sellos como en marcas.

- Las **envolturas** es la cubierta de tela, papel u otro material que se coloca sobre un objeto[179].
- El término **sello** (del latín *sigillum*) (en algunos países también llamado *timbre*) se aplica, por un lado, para nombrar el instrumento con imágenes grabadas que, a través de la impresión de tinta sobre el papel, se utiliza para autorizar documentos. Por otro lado, también se llama *sello* la impresión que resulta del uso de ese instrumento, generalmente al lado de una o más firmas.
- La **marca** es todo lo que se hace o pone en persona, animal o cosa para diferenciar, recordar, identificar, comprobar un hecho o clase y otras varias aplicaciones[180]; se trata en realidad de cualquier otra señal que permita identificar al objeto en cuanto a su relación funcional (p. ej. una cinta adhesiva con alguna inscripción, como "local clausurado", "prohibido pasar"[181].

Ahora bien, si el agente falsifica dolosamente los sellos o timbres oficiales estarían incurriendo en un delito contra la fe pública[182].

---

(178) Véase, en este sentido: PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 174.

(179) PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 79.

(180) PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 80.

(181) ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 147.

(182) **Artículo 434.- Fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales**
"El que fabrica, fraudulentamente, o falsifica sellos o timbres oficiales de valor, especialmente estampillas de correos, con el objeto de emplearlos o hacer que los empleen otras personas o el que da a dichos sellos o timbres oficiales ya usados la apariencia de validez para emplearlos nuevamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a ciento ochenta días-multa.

Se precisa, además, que dichos sellos y marcas deben ser puestos por la autoridad precisamente para conservar o identificar un objeto; es decir no cualquier persona debe poner dichos sellos o marcas. Tampoco habrá tipicidad si el funcionario coloca arbitraria o ilegítimamente los distintivos. P. ej. si lo hace u ordena un funcionario incompetente o si no existe la finalidad funcional que justifique la colocación de los distintivos[183].

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Este delito solo se puede realizar a título de dolo. Empero, el tipo penal precisa un elemento subjetivo distinto al dolo en la mente del autor, pues señala que destrucción de los envoltorios deben tener como finalidad impedir la debida identificación del objeto.

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Habrá que precisar que el delito se consuma cuando el sujeto activo logra destruir o arrancar las envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad. Otra cosa es que dichos sellos o marcas eran para poder identificar un objeto. Se trata, en consecuencia, de un delito de mera actividad, pues no se precisa de ningún resultado lesivo.

VIII. EL DELITO DE NEGATIVA A COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ARTÍCULO 371° DEL CÓDIGO PENAL)

1. BIEN JURÍDICO PENAL

El bien jurídico genérico que se pretende proteger es el recto y normal desenvolvimiento de la administración pública. Sin embargo, el

---

Cuando el agente emplea como auténticos o todavía válidos los sellos o timbres oficiales de valor que son falsos, falsificados o ya usados, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de sesenta a noventa días-multa".

(183) ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 148.

objeto específico de protección penal lo constituye el normal desarrollo de los procesos (todo tipo de procedimientos) al interior de la administración pública. Aquellos procesos se verían seriamente afectados si los auxiliares de la justicia dolosamente se negaran a colaborar con la administración[184].

El Código penal de 1924, en el artículo 326º decía lo siguiente:

> *"El testigo, perito, traductor o intérprete que legalmente requerido por la autoridad se abstuviera de comparecer o de prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con prisión no mayor de tres meses o multa de la renta de tres a treinta días.*
>
> *El perito, traductor, o intérprete, sufrirán, además, inhabilitación, conforme a los incisos 1º y 3º del artículo 27, por tiempo igual al de la condena".*

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 371º prevé el delito de negativa a colaborar con la administración de justicia, bajo los siguientes términos:

> *"El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido, se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.*
>
> *El perito, traductor o intérprete será sancionado, además, con inhabilitación de seis meses a dos años, conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4".*

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[185], en el Capítulo VI, regula bajo el rubro

---

[184] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 127.

[185] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Antepro-

"Delitos contra la administración pública" , el denominado delito de "Negativa a colaborar con la administración de justicia", en el artículo 424º en los siguientes términos: *"El testigo, perito, traductor o intérprete que, a pesar de ser legalmente requerido, se niega explícita o implícitamente a comparecer a prestar su declaración, informe o servicio respectivo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.*

El perito, traductor o intérprete será sancionado además con inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 35, incisos 1, 2 y 4 del Código penal".

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

En cuanto al sujeto activo, se trata de un delito especial (propio) en la medida que solo lo puede realizar aquella persona que ha sido emplazada en un proceso judicial o administrativo en calidad de "testigo"[186], "perito"[187], "traductor"[188] o "intérprete".

---

yecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011.

(186) El testigo es una figura eminentemente procesal. Se trata de una persona que declarará ante un Juez o Tribunal, principalmente sobre hechos que conoce y que son considerados relevantes. Dicha declaración recibe el nombre de testimonio. El testigo puede ser presencial o no presencial (aquel que declara sobre algo que ha oído o le han contado).

(187) El perito es una persona experta, conocedor a fondo en alguna materia o ciencia, cuya actividad es vital en la resolución de conflictos; existen dos tipos de peritos: judiciales (nombrados por el juez) o de parte.

(188) La traducción es una actividad que consiste en comprender el significado de un texto en un idioma, llamado *texto origen* o "texto de salida", para producir un texto con significado equivalente, en otro idioma, llamado *texto traducido* o "texto meta". El resultado de esta actividad, el *texto traducido*, también se denomina *traducción*, y la persona que realiza dicha traducción se llama "traductor".

3.2. Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo se trata, siempre el Estado, especialmente aquellas instituciones que velan por el correcto funcionamiento de la administración de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional).

3.3. Conducta típica

3.3.1. Los sujetos auxiliares de la administración pública

Es condición del tipo penal que aquella persona sea previamente incorporada a un proceso, y que la misma tenga asignada la calidad de "testigo", "traductor" o "intérprete". No interesa en realidad en qué etapa o fase del proceso o de investigación se esté, basta que sea indubitable la "calidad" del agente.

Ahora, para los efectos de la tipicidad no interesa la clase de testigo: puede ser un testigo directo, puede ser un testigo indirecto o de referencia; hasta puede ser un testigo impropio; lo importante es que sea una persona ajena al proceso y que la autoridad competente lo haya asignado como tal. El testigo, traductor o intérprete puede estar debidamente emplazado o requerido, sin embargo, el tipo penal exige como tercera condición que vendría hacer la consumación del tipo penal en cuestión, lo siguiente: el primer supuesto consiste en "abstenerse" de comparecer ante las instalaciones por ejemplo del Poder Judicial, del Ministerio Público, etc. En todo caso, debería agotarse todas las posibilidades que prevé la Ley procesal para su debida asistencia del testigo, traductor o intérprete ante la autoridad competente, es decir, hasta en una segunda notificación en el domicilio real si es que en la primera notificación no asistió. Aquí generará un doble supuesto de responsabilidad penal en el agente: el delito que estamos comentando y el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, todo ello unido bajo una misma "unidad de acción".

Otras formas de auxilio procesal quedan excluidas del tipo, como es el caso del depositario o incautador de objetos (admitidos en las fór-

mulas penales de los Códigos de Italia y El Salvador) inspectores, martilleros públicos, curadores procesales y equipos multidisciplinarios. Conforme a la sistemática de los órganos jurisdiccionales y la estructura del proceso, algunos Códigos penales asignan la calidad de posibles sujetos activos a quienes participan en el pronunciamiento como los miembros del jurado (El Salvador, Alemania) o a los escabinos[189].

3.3.2. Requerimiento previo

En segundo lugar, y dentro del debido proceso, tiene que darse el respectivo requerimiento del caso al testigo, traductor o intérprete. Es decir, que el testigo deba conocer que está siendo emplazado para que asista a las instalaciones del Poder Judicial, Ministerio Público, para su declaración. En todo caso, si no está acreditado su "debido requerimiento" por los conductos regulares, es decir, en su domicilio real y/o procesal –aunque esto ya es una cuestión procesal– no dará el tipo penal en cuestión, porque afectaría directamente al dolo del agente, y sería atípico, pues se excluiría uno de los elementos subjetivos del tipo en cuestión.

Es claro que el Director del proceso es quien formalizará el llamamiento. En algunos procesos como civiles o administrativos, las partes tienen la potestad de proponer testigos o presentar informes periciales, sin embargo es la autoridad quien calificará la validez de los agentes auxiliares y los requerirá oficialmente. *Lato sensu*, pueden participar funcionarios, servidores o particulares, nacionales o extranjeros[190].

Si bien en lo general, las leyes procesales establecen el contenido del requerimiento, no obstante consideramos menester apreciar los siguientes elementos: Primero, datos personales del requerido (nombre completo, documento de identidad) que permita incluso soslayar casos de homonimia, para así superar causales justificadas de incomparecencia. Segundo, la condición o rol de auxilio procesal por la que se le

---

[189] Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 490.

[190] Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 492.

requiere, es decir, en calidad de testigo, perito, traductor o intérprete. Tercero, el mandato que debe cumplir, sea la de comparecer o la de declarar, informar o prestar un servicio, conforme sea su rol de auxilio procesal. En el caso que el requerimiento se dirija al perito o traductor para informar, se entiende que ya ha tomado conocimiento de la materia sobre la que va a exponer en otro requerimiento previo en la que se ha solicitado su comparecencia[191].

Cuarto, la identificación de la autoridad que realizó el requerimiento, señalando, si es posible, a la entidad pública que representa, mediante su firma y/o sello. Con estos datos podemos afianzar los conocimientos mínimos del agente sobre las posibles acciones que debe ejecutar como agente de auxilio procesal (conoce que debe hacer una conducta activa). Pero además, es imperativo que el requerimiento exprese elementos que viabilicen la capacidad psico-física del agente para el cumplimiento del mandato, esto es, a) ubicación del lugar donde deberá concurrir y b) la fecha en la que se requiere su participación[192].

3.3.3. La abstención de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo

En cuanto a la conducta típica la norma penal prevé la "abstención" de prestar la declaración testimonial o del servicio respectivo si fuera un perito o intérprete. En este punto, la pregunta sería si: ¿Estamos ante una modalidad conductual de omisión propia u omisión impropia?

Según Peña Cabrera Freyre: "Al señalar el precepto penal que el sujeto activo no acude al llamado (requerimiento legal) de la autoridad competente (jurisdiccional o administrativa), la conducta típica se exterioriza a través de una omisión, excluyendo por tanto su configuración mediando una 'acción'; se trata de un delito –de 'omisión propia',

---

[191] Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 493.

[192] Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 493.

donde el núcleo del injusto radica en los especiales deberes que recaen sobre la esfera organizativa del autor"[193].

Una Ejecutoria Suprema, sobre este delito, ha dicho lo siguiente: "(...) el delito de violencia y resistencia a la autoridad en su modalidad de abstención de testigo, perito, traductor o intérprete, previsto en el artículo 371° del Código penal, *es un delito de omisión impropia*, en tanto que dicho tipo penal impone realizar una determinada conducta, con la cual no cumple el agente, es decir, que se produce la violación de una norma perceptiva el mismo se consuma en el instante en que se produce la abstención de comparecer[194] (...).

En nuestro concepto, se trata de un delito de omisión propia o de omisión simple por dos motivos puntuales: por un lado, la norma penal prevé expresamente la norma de mandato que el mismo sujeto debe infringir (*"El testigo, perito, traductor o intérprete que, siendo legalmente requerido,* ***se abstiene de comparecer o prestar la declaración, informe o servicio respectivo...***" , algo que normalmente una conducta por omisión impropia de la Parte especial está ausente, pues su vocación dogmática viene desde la Parte general (artículo 13°); y por otro lado, este delito se trata de un delito de mera actividad y de peligro, y para la omisión impropia es requisito fundamental que el tipo penal prevea un resultado lesivo, espaciado en el *iter criminis*, para que el sujeto garante deba impedirlo; situación que como reiteramos no se presenta en el artículo 371°.

En todo caso, aquí el agente ya debe estar físicamente en las instalaciones del Poder Judicial, Ministerio Público, etc., o si fuera el caso, si el personal del Juzgado se ha trasladado al domicilio real del testigo, este último por ejemplo se niega, bajo cualquier pretexto, a prestar su declaración. Definitivamente la responsabilidad penal en este segun-

---

[193] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 180.

[194] Ejecutoria Suprema del 05-08-99, EXP. 1585-1999, LIMA Salazar Sánchez N. Delitos Contra La Administración Pública (Jurisprudencia Penal) Lima. Jurista Editores, pp. 26 y 95.

do supuesto sería más grave que la primera, ya que el testigo tiene un deber de colaboración y sobre todo de veracidad para con la justicia, y su abstención injustificada de su declaración, una vez ya instalada la audiencia, se torna como una verdadera "burla" a la justicia.

Lo relevante del delito en cuestión es que el sujeto activo (testigo, perito, traductor o intérprete) se abstenga -dolosamente- de declarar ante la autoridad competente, y no que el testigo por ejemplo realice una declaración falsa, errónea o imprecisa sobre los hechos, porque ello constituirá la comisión de otro delito (falsedad en juicio)[195]; o que el agente realice actos de fuerza física, o amenaza, u ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, para impedir u obstaculizar la prestación de un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, pues ello constituirá la comisión de otro delito.[196]

---

[195] **Artículo 409.- Falsedad en juicio**
El testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años.
Si el testigo, en su declaración, atribuye a una persona haber cometido un delito, a sabiendas que es inocente, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años.
El Juez puede atenuar la pena hasta límites inferiores al mínimo legal o eximir de sanción, si el agente rectifica espontáneamente su falsa declaración antes de ocasionar perjuicio.

[196] **Artículo adicionado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 de julio 2007: "Artículo 409-A.- Obstrucción de la justicia:**
El que mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años".
Si el hecho se comete respecto en la investigación preliminar o proceso penal por delito previsto en los artículos 152 al 153-A, 200, 296 al 298 o en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Hay que advertir que la formación del dolo se inicia con la captación del requerimiento oficial por parte del agente, por ende, la acreditación del dolo se deriva de su recepción directa.

Se exige dolo, el cual incluye el "conocimiento de la citación" y el rol que desempeña el sujeto. En consecuencia, el objeto de su conducta está sujeto al incumplimiento del requerimiento, no siendo suficiente las meras inconcurrencias por descuido y olvido[197].

La voluntad del agente se direcciona al no acatamiento del requerimiento sea para concurrir al proceso o para declarar, informar o prestar servicio.

La doctrina exige también "intencionalidad" o "malicia" con lo cual es improbable el "dolo eventual" sobre todo por la dificultad de diferenciarlo de la "culpa". Esta exigencia de "dolo directo" es además necesaria para restringir los alcances de un tipo penal tan represivo[198].

Siguiendo a Peña Cabrera Freyre no resulta factible exigir la concurrencia de un ánimo de naturaleza transcendente o intensificada, –ajeno al dolo– como la malicia o la maldad, ello implica penetrar en esferas lógico-objetivas que no se condicen con el elemento nuclear del dolo[199].

Puede darse un error de tipo.

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Se trata de un delito de mera actividad. Sin embargo, al existir dos circunstancias diferenciadas en la modalidad típica, así también

---

[197] Véase, en este sentido: GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 509.

[198] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 142.

[199] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 184.

deberá existir dos momentos distintos en cuanto a la consumación. En cuanto se refiere al primer supuesto, se consuma en el mismo instante en que el testigo, intérprete o traductor se "abstiene" –salvo que sea justificado– de comparecer ante la autoridad competente; es decir, ha pasado ya más de una hora desde que debería estar en las instalaciones del Poder Judicial, Ministerio Público, etc., y nunca llegó; claro está con los requerimientos de ley.

En el segundo supuesto, y una vez que el testigo, traductor o intérprete se encuentra en las instalaciones con la autoridad competente, minutos antes se niega a salir a la Sala de Audiencia para su declaración, o simplemente guarda absoluto silencio sobre las preguntas que se formula una vez ubicado en la Sala de Audiencias; entonces aquí se consuma cuando se "niega" a ingresar a las Sala de Audiencias, o cuando "guarda" silencio sobre las preguntas.

IX. EL DELITO DE ATENTADO CONTRA LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO. (ARTÍCULO 372º DEL CÓDIGO PENAL)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Resulta atendible desde el punto de vista jurídico-penal, la incorporación de aquellas figuras delictivas que atentan –directa o indirectamente– contra la finalidad primaria de un proceso, cualquiera que esta sea, y como es sabido, dicha finalidad es por partida doble: por un lado, la búsqueda de la verdad, y por el otro lado, la aplicación de la ley material al caso concreto; por ello, el Derecho penal, a través del artículo 372º del Código penal, trata de "proteger" una de las instituciones nucleares de la ciencia del proceso en general, como son los medios probatorios. Ahora bien, tal como está redactado el citado artículo 372º del Código penal, lo que se sanciona en realidad *es la protección antelada a las posibles alteraciones que puedan padecer aquellos medios probatorios que estén destinados a "acreditar" una argumentación de una de las partes en el proceso.*

Como es sabido, la prueba en el proceso tiene una importancia vital, ya que "es el medio más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales."[200] "La finalidad de la prueba es buscar la verdad concreta sobre la imputación para una correcta aplicación de la ley."[201]

En otras palabras, con el delito de atentado contra los medios de prueba en el proceso (artículo 372° del Código penal), lo que se busca es que los medios de prueba ingresen al proceso de manera incólume en cuanto a su naturaleza instrumental, para que su actuación de los objetos, registros o documentos en el proceso también pueda ser totalmente controlable por las partes, y por supuesto, para que la respectiva valoración judicial de la prueba sea totalmente confiable por parte del Juez.

En el artículo 373° del Código penal, siguiendo la misma línea de protección de determinados objetos que sirven en un proceso judicial, se sanciona el delito de sustracción de objetos requisados por autoridad, bajo la siguiente redacción: *"El que sustrae objetos requisados por la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años"*.

El Código penal de 1924, hoy abrogado, en el artículo 327° decía lo siguiente:

> *"El que sustrajera, ocultare, destruyere o inutilizare objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra*

---

[200] CAFFERATA NORES, José. "Asociación ilícita y 'non bis in idem'", en La Ley 1999-B, Buenos Aires, p. 5. En ese sentido, "(l)a convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios legalmente incorporados al proceso: son las pruebas, no los jueces, las que condenan; esta es la *garantía*. La prueba, por ser insustituible como fundamento de una condena, es la mayor garantía frente a la arbitrariedad punitiva." Ibid., p. 6.

[201] MIXÁN MASS, Florencio. 1992, p. 55.

persona en el interés del servicio público, sufrirá prisión no mayor de cuatro años y multa de la renta de tres a treinta días. Si el culpable fuere el mismo depositario, sufrirá, además, inhabilitación, conforme a los incisos 1º y 3º del artículo 27 por doble tiempo de la condena.

La pena será simplemente multa, si el delincuente hubiere obrado por negligencia".

2. DESCRIPCIÓN LEGAL.

El artículo 372º del Código penal está descrito de la siguiente manera:

"El que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la destrucción o inutilización es por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas".

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [202], en el Capítulo VI, regula bajo el rubro "Delitos contra la administración pública", el denominado delito de "Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso", en el artículo 425º en los siguientes términos: *"El que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona los cuales están destinados a servir de prueba ante la autoridad competente que*

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

sustancia un proceso será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años".

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

En cuanto al sujeto activo puede ser cualquier persona.

3.2. Sujeto pasivo

Ahora, en cuanto al sujeto pasivo del delito lo será el Estado.

3.3. Conducta típica

En primer lugar, el tipo penal en mención prevé verbos rectores alternativos: "sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" o inutilizar",

Sustraer: Como advierte Rojas Vargas "El sustraer para luego restituir puede convertirse en un hecho irrelevante si no es descubierto, detectado y denunciado. Por lo mismo, no le quita tipicidad, ni mucho menos excluye de responsabilidad penal el uso arbitrario momentáneo de la cosa que ha sido sustraída por el custodio o un tercero"[203].

Ocultar: A diferencia de la acción de sustracción, aquí la cosa puede no ser removida del lugar físico donde se hallaba, esto es, el agente lo coloca, en el mismo ámbito de influencia en situación que no pueda ser vista o encontrada por el custodio[204].

En cuanto a la conducta típica por ocultamiento de documentos, una Ejecutoria Suprema tiene dicho lo siguiente: "Conforme se tiene de la denuncia del Fiscal Provincial, auto de procesamiento y auto de enjuiciamiento, se denunció y acusó al citado encausado por el ilícito previsto en el artículo 372° del Código penal; que, de otro lado, con los

[203] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 1044.
[204] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 1044.

memorándums cursados por el juez denunciante al procesado en su calidad de testigo actuario, se acredita que este último ocultó deliberadamente hasta su desaparición el expediente que giraba en la Secretaría del Juzgado a su cargo"[205].

El supuesto típico de **cambiar** se presenta cuando el sujeto activo dolosamente sustituye o cambia el bien mueble, registro o documento destinado a ser prueba en un proceso por similar de menor o mayor sobre el cual no hay relación funcional de custodia.[206]

En tanto la acción de **destrucción** se configura cuando el agente en forma dolosa aniquila o destruye el bien mueble, registro o documento destinado a ser prueba en un proceso judicial o administrativo. El agente puede ser un tercero o la misma persona encargada de custodiarlo[207].

La **inutilización** supone hacer disfuncional el objeto, de desprenderlo de sus elementos esenciales, haciéndolo inoperante para los fines propuestos[208].

Es claro que el tipo penal, en el primer párrafo, no exige que el documento, objeto o registros hayan ingresado en la sustanciación de un proceso, y que una vez ingresados sean "ocultados", "sustraídos", "cambiados", "destruidos", etc. Será suficiente que el documento, objeto o registros tengan una finalidad subjetiva orientada hacia un proceso, y que el sujeto activo tenga que conocer de dicha finalidad.

---

[205] Ejecutoria Suprema del 14/06/2001, R. N. N° 4589-2000, HUAURA, en; Urquizo Olaechea, J. (Asesor) / Castillo Alva, J. L. (Director) / Salazar Sánchez, N. (Coordinador) [2005]. Jurisprudencia Penal. Lima. Jurista Editores, p. 606).

[206] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 133.

[207] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 133.

[208] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 187.

3.4. El objeto material

Tres son los objetos materiales del delito, llamados también sujetos pasivos de la acción, que son los siguientes: "documentos", "registros" u "objetos".

- Registros: son los espacios físicos instrumentalizables que gozan de extensión y donde se anotan, declaran o se hace constar hechos, cuentas, actos jurídicos, etc. presentes o pasados, oficiales o particulares (registros de propiedad, protocolos, inventarios, planillas, libros, registros de actas de reuniones, registros contables, catálogos, etc.)[209]
- Documento: el término documento tiene actualmente una concepción material funcional, es decir, es conceptualizado jurídicamente en cuanto a la capacidad probatoria de los signos gráficos, colores, sonidos o dispositivos tecnológicos incorporados o contenidos en una cosa natural o creada por el hombre, rústica o artificiosamente sofisticada (por ejemplo, en este último caso el documento informático)[210].

3.5. La sustanciación de un proceso

Ahora bien, el tipo penal refiere que los registros, documentos u objetos tengan como finalidad ser ingresados como medios de prueba "*...en la sustanciación de un proceso...*", es decir, al no especificarse la clase de proceso, este puede ser interpretado de manera amplia: procesos judiciales en todas las instancias, procesos administrativos, procesos disciplinarios.

Aunque la restricción del tipo penal en comentario, vendría desde el punto de vista del objeto instrumental de los documentos a presentar en un proceso: que solo sería "típico objetivamente" aquello que sería considerado como un *medio de prueba*. Cualquier documento o registros ajeno a dichos medios de prueba sería irrelevante o en su de-

[209] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 1046.

[210] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 1046.

fecto sería objeto de otro tipo penal. Por ejemplo: destruir uno o varios folios de una carpeta fiscal, específicamente providencias fiscales, no sería considerado típico en el artículo 372º, porque dichas providencias fiscales por más que fueran documentos relevantes en la sustanciación de un proceso, no tienen el carácter de medios probatorios, al menos en dicha carpeta fiscal.

3.6. Que la sustancia del proceso sea ante una autoridad competente

El tipo penal prevé, como condición, la siguiente frase: "*...destinados a servir de prueba ante la* ***autoridad competente*** *que sustancia un proceso...*", es decir, que los objetos, registros o documentos tengan como destinatario un proceso, pero con una autoridad asignada por ley: por ejemplo, si se trata de un proceso judicial la autoridad competente lo será un juez, si se trata de un proceso a nivel del Ministerio Público, la autoridad competente lo será el fiscal.

En nuestro concepto, resulta superflua la incorporación de la frase "autoridad competente" de cara a los fines de eficacia del tipo penal, ya que si por ejemplo, si un sujeto rompe una cinta magnetofónica que contenía importantes grabaciones de funcionarios públicos, pero que finalmente iban a ser presentadas al día siguiente, no a la Fiscalía Anticorrupción, sino más bien a la Gobernación de la localidad; en tal sentido, si somos estrictos con la literalidad de la norma, concluiríamos que dichos hechos no constituiría el delito materia de estudio, desde que tenía como destinado una autoridad "incompetente", por ello, consideramos que la "destrucción" o "adulteración" de los medios de prueba solo se satisfaga con la finalidad procesal de su uso, al margen de si la autoridad que dirige el proceso sea o no competente.

3.7. Confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona

Solo se verificará la tipicidad objetiva en la medida en que los documentos, objetos o registros estén confiados, previamente, a un funcionario u otras personas, para la debida custodia de dichos documentos.

La custodia oficial significa que la acción del agente debe ser después que el objeto, registro o documento, destinado a servir de prueba en un proceso, ha sido colocado en custodia o vigilancia. Si la conducta del agente se desarrolla antes de aquel acto oficial, el delito no aparece[211].

La cosa (objeto, documento o registro) puede pertenecer al Estado o a particulares, ello resulta irrelevante, pues lo esencial es que exista el acto funcional dado por autoridad competente que confía la custodia.

El momento de la comisión delictiva podrá ocurrir a partir del acto de entrega oficial hasta cuando la orden formalizada de funcionario público competente determine su restitución.

La delegación del cuidado y vigilancia de los objetos, registros o documentos es un acto oficial formal y acreditable por la cual un funcionario delega en otro o en un tercero tal función de cuidado. Es justamente esta relación jurídica entre la autoridad y el custodio, la característica que define este delito contra la administración pública[212].

Una Ejecutoria Suprema da cuenta de la custodia oficial, en el sentido de que el procesado no tuvo obligación de entregar libros. Así, "El delito contra la administración pública, previsto en el artículo 372° del Código penal, se configura cuando se perpetra la sustracción, ocultamiento, destrucción o inutilización de objetos o documentos *que obran en poder de persona distinta al agente;* circunstancias que no se dan en el presente caso; que, conforme aparece del expediente, el acusado fue absuelto en el proceso que se le siguió por delito de apropiación ilícita, del que deriva estos autos *y siendo así no habría tenido obligación de entregar los libros a que se refiere el acotado proceso conexo,* y además no se ha probado que actuó en forma dolosa"[213].

---

[211] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 136.

[212] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 136.

[213] Ejecutoria Suprema del 26/10/2000, Exp. N° 2289-2000-LIMA. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal procesal penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002,

4. TIPO SUBJETIVO

El primer párrafo del artículo 372° contempla una conducta dolosa; es decir, el sujeto debe conocer, al menos tres extremos de la conducta típica: en primer lugar, la conducta que realiza ("sustraer", "ocultar", "cambiar", "destruir" o "inutilizar"); en segundo lugar tiene que conocer los "objetos", "registros" o "documentos"; y en tercer lugar, el dolo debe abarcar el conocimiento de que dichos objetos materiales del delito tengan una finalidad específica: que sirvan de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona.

No se exige la concurrencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, el ánimo de apropiación en el agente solo supone distinguir los supuestos de sustracción con los de inutilización o destrucción, mas no como elemento de atipicidad penal[214].

Podría presentarse la figura del error de tipo, en la medida en que el sujeto activo no sepa o ignore que dicho documento, registro u objeto sea presentado en el marco de un proceso, pues tenía la convicción que dichos documentos, por tener fechas pasadas, no servían en lo absoluto, por eso los echó al bote de la basura de la calle, que finalmente fue recogido por el camión de la Municipalidad. Aquí tendría que discutirse el tema de la vencibilidad o invencibilidad del error, y tendrá que depender del grado de diligencia debida que dispuso el agente al momento de ejecutar la "conducta típica".

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Como todo delito de resultado puede admitir formas imperfectas de ejecución, aunque como se trata de un delito de resultado cortado, la consumación puede alcanzarse mucho tiempo antes ("ocultados",

---

p. 771. Sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa para procesos ordinarios con reos libres de la Corte Superior de Lima del 5 de octubre de 1998, Exp. N° 211-98.

[214] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 191.

"sustraidos", "cambiados", "destruidos", etc.) a la finalidad última del sujeto activo (que no sean ingresados en la sustanciación de un proceso llevado a cabo por autoridad competente).

Sin embargo, una Ejecutoria Suprema que afirma sobre la consumación del presente tipo penal, es la siguiente: "La descripción típica precisa que la acción se consuma con el *simple hecho de que el agente sustraiga u oculte algún documento* del cual tiene conocimiento está destinado a servir de medio probatorio ante la autoridad competente que sustancia un proceso.[215]

Así las cosas, la pregunta sería ¿En qué momento se logra finalmente consumar el artículo 372°, primer párrafo? Un primer supuesto sería cuando se destruye por ejemplo los documentos, registros u objetos; un segundo supuesto sería cuando no se llega finalmente a presentar dichos documentos, registros u objetos en la sustanciación de un proceso, cualquiera que esta sea. Por ejemplo: el sujeto activo es intervenido por el personal de la Fiscalía, cuando se disponía a incinerar varias escrituras públicas originales en una habitación de un Hostal, cuando dichos documentos al día siguiente iban a ser presentados en la Mesa de Partes de un Juzgado Civil; en nuestro concepto aquí se consumaría dicho delito, y no habrá que esperar a que el sujeto activo destruya el documento cuando esté ya recepcionado dicho documento por la Mesa de Partes del Juzgado. En todo caso, sería consumación igualmente cuando el titular de la escritura pública esté conduciendo su automóvil dirigiéndose a la Mesa de Partes del Juzgado Civil, y logran interceptar, terceras personas, dicho vehículo sustrayendo dichas escrituras públicas. Las personas que logran sustraer, de manera dolosa, las escrituras públicas cometerán dicho delito, en grado de consumación.

---

[215] Ejecutoria Suprema del 21-01-1998, Exp. 14-98, LIMA, Salazar Sánchez, Delitos contra la administración pública (Jurisprudencia Penal) Lima, Jurista Editores 2004, pp. 26 y 96.

6. EL DELITO DE ATENTADO CONTRA LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO DE MANERA CULPOSA

El artículo 372º del Código penal, en la segunda parte, incorpora desde la versión original del Código penal de 1991, la figura del delito de atentado contra medios de prueba en el proceso de manera culposa o cometido de manera imprudente, produciéndose así una especie de ampliación en el marco de tipicidad de dicho delito.

En este segundo párrafo, tenemos que precisar dos tipos de comportamientos:

a) El primer supuesto sería aquella persona que tiene, *a priori*, cierta facultad en el cuidado en lo que respecta a la debida conservación del documento, objeto o registros. El verbo rector del artículo 372º, segundo párrafo, solo se refiere a dos circunstancias concretas por las cuales puede verse afectado la integridad del documento, objeto o registros: la "destrucción" y "inutilización" del documento. Normalmente puede presentarse el caso que sea una tercera persona, interesada en un proceso civil, que finalmente logra destruir y/o inutilizar de manera dolosa un documento (ya sea público o privado) que es relevante (aunque no sea un elemento del tipo objetivo), precisamente cuando iba a ser presentado junto con la demanda, en un proceso civil.

   En el análisis del presente tipo penal, tendrá que existir un comportamiento doloso previo del primer párrafo del artículo 372º (por la forma en que están redactados los verbos rectores: de "destrucción" o de "inutilización"); y que por lo tanto, sean otra u otras personas los que sean imputados por los comportamientos culposos del artículo 372º, segundo párrafo, del Código penal, precisamente por su falta de cuidado en la preservación e integridad de los documentos, registros u objetos.

   En tal sentido, dicho delito solo será sancionado a título de perfeccionamiento típico (consumado), en la medida en que se hayan efectivamente destruido o inutilizado los documen-

tos, objetos o registros, por parte de terceras personas, y que dicho resultado sea como consecuencia (directa) de que hubo un acto de negligencia, imprudencia o impericia por parte del sujeto activo (afectación concreta a los deberes de cuidado en la conservación e integridad de objetos o documentos destinados a un proceso). En otras palabras, no se permite la sanción por tentativa.

b) El segundo supuesto de culpa sería aquel sujeto activo, que efectivamente desconoce o ignora que el documento, registro, u objeto tengan como destino la sustanciación de un proceso. Por ejemplo, nadie le dijo al amigo que vive con unas personas allegadas a él, que había algunas fotografías y audios guardados en USB, ambos metidos en un sobre manila de volumen pequeño, y que iban a ser presentados al día siguiente en el proceso judicial que llevan consigo; el amigo como es sabido, ignoraba el contenido del sobre manila, al día siguiente, haciendo una limpieza de la casa, arroja a la basura de la calle varios costales de basura, donde uno de esos costales iba consigo el citado sobre manila, no percatándose obviamente el amigo de tal situación. Minutos más tarde pasa el camión de la basura, perdiéndose el rastro de dicho sobre.

   La sanción se produce aquí al amigo por falta evidente de determinado cuidado en lo que respecta a los deberes de conservación e integridad de los objetos o documentos, en este caso, que se encuentran al interior de un hogar o casa; se produce la existencia de la figura del error de tipo vencible, reprimible por el segundo párrafo del artículo 372° del Código penal.

En ambos casos, la sanción del delito en comento es sumamente benigna en comparación a la tipificación del delito doloso, ya que el legislador penal solo lo sanciona con una pena de carácter alternativa, o puede ser pena privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

X. DELITO DE SUSTRACCIÓN DE OBJETOS REQUISADOS

Desde el punto de vista de los antecedentes nacionales, podemos citar el Código penal de 1924, que en el artículo 324º decía lo siguiente: *"El que substrajera objetos requisados por la autoridad o puestos bajo su custodia, será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de tres a treinta días".*

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 373º del Código penal señala lo siguiente:

> *"El que sustrae objetos requisados por la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".*

2. COMENTARIOS

Se trata de un delito de ejecución común en la medida en que todos pueden ser sujetos activos.

El verbo rector es claro en el artículo en comento, cual es "sustraer", es decir, apropiarse indebidamente de determinados objetos, sacados de la esfera de custodia que habría dispuesto la autoridad competente, o mejor dicho, de la administración pública, y colocados luego a disposición –al menos potencial– del sujeto activo.

Cuando la norma se refiere a "objetos", estos pueden ser cuchillos, armas blancas o de fuego, tijeras, ganzúas, teléfonos fijos, celulares, etc. No interesa para los efectos típicos el número de objetos ni mucho menos la calidad y naturaleza del mismo; basta que sea puramente visible y palpable por las demás personas.

No cualquier objeto debe estar como "objeto material del delito", sino solo aquellos que deben cumplir con los dos requisitos típicos: en primer lugar, que los objetos deben ser "requisados", entiéndase como aquella medida de corte preventivo que realizan las autoridades para controlar cualquier hecho o acto ilícito de personas que normalmente se encuentran en un Centro penitenciario o un lugar de control de

personas; según Peña Cabrera Freyre "requisar significa incautar un objeto por parte de la Administración, importa un decomiso preventivo, será definitivo cuando así se establezca en la resolución pertinente o cuando se trata de un bien de ilícito comercio"[216].

En segundo lugar, la requisa debe ser dispuesto expresamente por la "autoridad", es decir, por un funcionario competente, como puede ser el Jefe del INPE, el Director de un Penal, o hasta de un magistrado; es decir, tendría que ser emitido por los procedimientos legales vigentes, y en el marco de un acontecimiento de peligro o riesgo fundado.

Por ejemplo: el sujeto que ingresa a una habitación del Penal, burlando la seguridad existente, logra ir hacia el ropero de dicha habitación, apoderándose de una caja llena de cuchillos, los mismos que fueron requisados días atrás por la autoridad del Centro Penitenciario.

La conducta debe ser realizada de manera dolosa de acuerdo al artículo 12°, primer párrafo, del Código penal. Puede admitir la posibilidad del dolo eventual.

De acuerdo a la estructura típica, se trata de un delito de mera actividad, es decir, que se consuma en el mismo momento en que el sujeto activo sustrae el objeto requisado.

---

[216] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 193.

CAPÍTULO TERCERO
LAS INFRACCIONES PENALES VINCULADAS AL CONTROL DE SEGURIDAD EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS COMO DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como es sabido, el día 22 de mayo del 2012 a través de la Ley N° 29867 se incorporó diversos artículos al Código penal peruano relativos a la seguridad en los centros de detención o reclusión, como una muestra de la política criminal "agresiva" del Estado de poner coto a la enorme y grave ola de violencia que se ejercía –y se viene ejerciendo– al interior de casi todos los centros penitenciarios del país. Esta novísima ley penal tiene como objetivo, en primer lugar, generar un progresivo, pero eficaz control carcelario; y en segundo lugar, por supuesto sancionar a aquellas personas que presten su "colaboración" desde fuera de los centros penitenciarios con los respectivos internos –ya sean detenidos o sentenciados–, para que estos sigan gestando las infracciones penales en agravio de la sociedad y del propio del Estado.

La lógica de incorporar estos delitos en el clasificador jurídico de los Delitos de violencia y resistencia a la autoridad, es sumamente claro y concreto: existe previamente un orden legal y jurídica para el respectivo control en la seguridad en los centros penitenciarios del país, y si alguien decide ir en contra de lo estipulado –por ejemplo el sujeto activo dolosamente y de manera subrepticia ingresa chips de celulares al interior de los pabellones de un centro penitenciario–, definitivamente atenta directamente con el principio de autoridad que debe reinar en todo Estado constitucional de Derecho. En conclusión: el mensaje es por partida doble: por un lado, es de corte preventivo porque se adelanta a estadios previos a cualquier afectación concreta y real a los bienes

jurídicos personales como la vida, salud, libertad o patrimonio de las personas; sin embargo, el mensaje también es de corte represivo, pues reprime penalmente a aquellas conductas que se subsumen en los respectivos tipos penales.

La represión de estos delitos es clarísimo: que no se planifique desde el interior de los centros penitenciarios del país, determinados delitos que se pueden cometer al exterior, es decir, en la comunidad. Que se evite, en la medida de lo posible, que los centros penitenciarios se vuelvan verdaderas "bandas organizadas" de planificación delictiva. No obstante que ya desde la Parte general del Código penal existían normas vinculadas a la sanción de conductas que se gestaban al interior de un centro penitenciario (véase el artículo 46-A[217] del Código penal), ahora el legislador nacional lo quiere hacer desde la Parte especial, a través de normas sancionatorias.

---

[217] Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, cuyo texto es el siguiente:
"Artículo 46-A.- Circunstancia agravante por condición del sujeto activo
Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.
En estos casos el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo esta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.
La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.
Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro. En tal caso, el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.
No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo, cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando esta sea elemento constitutivo del hecho punible."

Con respecto al bien jurídico al ubicarlo el legislador nacional dentro de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad, nos está diciendo que el objeto a proteger será la administración pública (a través del órgano de control más latente en nuestro país: el Instituto Nacional Penitenciario como órgano perteneciente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos); concretamente se trataría de una modalidad de personas particulares que cometen delitos en contra la administración pública.

En otras palabras, entiende el legislador penal nacional que los hechos cuyo origen criminal se sitúan al interior de los centros penitenciarios, afectan la correcta gestión de control de la administración pública; es decir, acciones concretas de particulares en contra de la administración estatal, específicamente, del Instituto Peruano Penitenciario, en su objetivo de controlar la seguridad de los centros de detención o de reclusión.

En el Código penal peruano, ya existen determinadas normas (como delito contra la administración pública, en su modalidad específica de función jurisdiccional) que sancionan aquellas conductas que tienen como escenario un centro penitenciario, donde indirectamente también se afecta la seguridad en los controles (tanto interna como externamente); así, por ejemplo en el artículo 413° se tipifica el delito de evasión mediante violencia o amenaza en los siguientes términos: *"El que, estando legalmente privado de su libertad, se evade por medio de violencia o amenaza, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años"*.

En ese mismo sentido se tipifica en el artículo 414° del Código penal, el delito de favorecimiento a la fuga en los siguientes términos: *"El que, por violencia, amenaza o astucia, hace evadir a un preso, detenido o interno o le presta asistencia en cualquier forma para evadirse, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el agente que hace evadir, o presta asistencia para tal efecto, es funcionario o servidor público, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Si el agente actuó por culpa, la pena será no mayor de un año"*.

Finalmente, en el artículo 415° del Código penal, se tipifica el delito de amotinamiento de detenido o interno, en los siguientes términos: *"El detenido o interno que se amotina atacando a un funcionario del establecimiento o a cualquier persona encargada de su custodia, u obligando por la violencia o amenaza a un funcionario del establecimiento o a cualquier persona encargada de su custodia a practicar o abstenerse de un acto, con el fin de evadirse, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".*

II. EL DELITO DE INGRESO INDEBIDO DE EQUIPOS O SISTEMA DE COMUNICACIÓN, FOTOGRAFÍA Y/O FILMACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 368-A tipifica el delito de ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión, en los siguientes términos:

> *"El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.*
>
> *Si el agente se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código".*

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

De acuerdo a la descripción legal, cualquier persona puede cometer el delito. Aquí no debe estar implicado como sujeto activo el interno

de un Centro Penitenciario, al cual precisamente se pretende ayudar en su comunicación.

2.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo lo será el Estado, a través de la sdministración pública, especialmente el Instituto Nacional Penitenciario.

2.3. Conducta típica

La conducta típica admite dos tipos de comportamientos:

En primer lugar, que el sujeto activo ingrese, o trata de ingresar a un centro de detención o reclusión, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video.

El legislador penal ha confundido los distintos niveles de recorrido del *iter criminis* externo, al equiparar tentativa como los actos de consumación. En efecto, el artículo 368-A del Código penal tipifica en los siguientes términos: *"El que indebidamente* ***ingresa, intenta ingresar...****"*; es decir, lo más lógico era solo reprimir la conducta consumativa: "ingresar", y aquellos actos anteriores al verbo "ingresar" se sancionarían desde la Parte general (artículo 16º): por ejemplo: el sujeto es sorprendido en la fila de ingreso al penal, por personal de seguridad, llevando en uno de sus bolsillos algunos chips de celulares; aquí el sujeto, en estricto, no logró ingresar al penal, pero quedó en grado de tentativa.

Luego el artículo 368-A del Código penal tipifica en los siguientes términos: *"El que indebidamente ingresa, intenta ingresar* ***o permite el ingreso...****"*, aquí el legislador nacional reprime la conducta del sujeto activo tanto de modo directo, cuando él mismo ingresa al penal, como de modo indirecto, cuando facilita que otra persona ingrese al penal, es decir, el sujeto activo realiza actos de colaboración en la puerta de entrada principal al penal (por ejemplo: realiza determinados actos de distracción con respecto a los demás miembros de seguridad) que per-

miten la entrada de otra persona al penal; serán reprimidos tanto la persona que "deja" ingresar como aquella que logra ingresar al Centro penitenciario.

La conducta típica de ingresar a un penal puede realizarse por *acción*; mientras que la conducta de permitir –dolosamente– que otra persona ingrese a un penal, se podría realizar por omisión impropia, llamada también *comisión por omisión* (artículo 13º del Código penal), en la medida que el sujeto activo, aquella que permite el ingreso de una u otras personas a un penal, tenga la calidad de sujeto garante, en virtud de un contrato, de la ley o de una conducta precedente, y se verifiquen los demás elementos de la omisión impropia; es decir, que el sujeto garante tenga y posea la obligación de impedir que personas ingresen de manera indebida portando objetos o instrumentos a un penal.

Además es relevante advertir que la norma prevé un término que refleja un elemento normativo que subyace a todo el comportamiento típico: "indebidamente". Lo indebido, según reza la norma, tiene un doble sentido: por un lado, el hecho de que las personas adquieran, porten u utilicen determinados equipos o sistemas de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video, son acciones totalmente lícitas para aun en una sociedad moderna en la cual vivimos; sin embargo, esos mismos objetos o instrumentos resultan ser ilícitos o peligrosos en manos o en poder de personas que vienen siendo investigadas o ya ha sido sancionadas, y más aún que se encuentran internadas en un centro penitenciario. El otro sentido va en el hecho de que es también lícito y normal que personas ingresen todos los días a un penal: por ejemplo, el Director, el personal técnico penitenciario que laboran al interior de un penal, las visitas de los familiares de los internos, las personas que proveen de alimentos al penal en forma diaria, etc.; sin embargo, lo ilegal va en el sentido de que se aprovechen de tal condición y hagan pasar objetos e instrumentos prohibidos.

En tal sentido, el orden jurídico ha dispuesto toda una prohibición legal y un orden reglamentario proveniente de su órgano natural: el Instituto Nacional Penitenciario, para que determinados objetos e instrumentos no puedan ser ingresados al penal; por lo tanto, lo indebido debemos de vincularlo a una interpretación extra penal, que deberá de realizarlo el juez; y esto está en conexión con los elementos subjetivos, especialmente con el conocimiento del dolo que lo veremos luego.

La norma prevé que los centros penitenciarios pueden ser tanto centros de detención o de reclusión, siendo los primeros aquellas instalaciones donde se alberga personas con medida cautelar, con mandato de prisión preventiva; en cambio lo segundo, son aquellas instalaciones donde se alberga personas declaradas culpables por el Poder Judicial; en consecuencia, la norma penal se aplica en ambas situaciones, siendo indiferente la clase de instalaciones.

El hecho que ingresen determinados objetos u instrumentos a un centro penitenciario tiene una finalidad concreta en la norma penal, sobre todo para fines de prevención en la sociedad: cual es el que los internos –detenidos o condenados– *no se lleguen a comunicar telefónicamente vía celular o fija, radial, vía internet u otra análoga.*

En este mismo sentido, la norma prevé un segundo supuesto de comportamiento típico: que el sujeto activo permita el ingreso de otra u otras personas a un centro de detención o reclusión, de objetos u instrumentos de registro de tomas fotográficas o de video.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

La conducta necesariamente debe ser alcanzada mediante dolo del agente; puede admitir el dolo directo como el dolo eventual. Ahora bien, ¿Qué tendría que conocer el sujeto activo en la norma en cuestión? En nuestra opinión dos extremos: en primer lugar, tendría que conocer lo *indebido* de ingresar o intentar ingresar o permitir el ingreso a un centro de detención o reclusión, de *determinados objetos o instrumentos*: es decir, equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o

filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video.

El otro extremo del conocimiento del dolo debería abarcar que precisamente lo indebido de ingresar determinados objetos o registros es para que los internos –detenidos o condenados– lleguen a comunicarse telefónicamente vía celular o fija, radial, vía internet u otra análoga con otras personas. Debe quedar claro que el dolo del sujeto activo *termina cuando logra ingresar al penal los objetos u instrumentos que tienen como finalidad específica que sean utilizadas por los internos,* no abarcando el conocimiento de otros hechos que vayan a realizar los internos; ahora bien, si el sujeto activo del delito en estudio sabe perfectamente que los objetos van a ser utilizados para un delito de extorsión a un empresario de la ciudad, plenamente identificado, entonces será procesado y condenado, en concurso, tanto como autor de este delito como partícipe (cómplice o inductor) del delito de extorsión.

Podría presentarse un supuesto de error (artículo 14° del Código penal) sobre los elementos normativos de la norma, en el sentido de que el sujeto activo no sabía exactamente qué objetos u instrumentos estaban prohibidos, para sobre esa circunstancia, condicionar su comportamiento, puesto que la norma recién tiene relativa vigencia en nuestro sistema jurídico. En todo caso, discutiríamos si los elementos normativos se tratan de un error de tipo o un error de prohibición.

4. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

En el primer comportamiento típico del artículo 368-A se trata de un delito de mera actividad en la medida que se consuma en el instante mismo que el sujeto ingresa, o intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión. La consumación refleja solo un peligro concreto para el bien jurídico "administración pública", y no un resultado lesivo que normalmente estaría relacionada a otros bienes jurídicos de naturaleza personal: como la vida, cuerpo o la salud, que es lo que precisamente se quiere evitar.

5. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

En el segundo párrafo del artículo 368-A, se incorpora una circunstancia agravante, cual es: aquel que se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito. Es decir, se trata de aquellas personas que tienen cierta prerrogativa dentro de la comunidad, y que en dicha condición no solo tienen el privilegio de "dejarlos" ingresar a cualquier centro penitenciario del país, sino a cualquier institución pública y/o privada, para el ejercicio adecuado y correcto de sus funciones.

En ese sentido, para el cumplimiento del tipo penal, la persona debe contar el título y tener la colegiatura habilitante para el ejercicio de la abogacía; y en esa condición de defensor técnico del interno o internos se aprovecha, y logra (indebidamente) ingresar equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación o sus componentes que permitan la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, así como el registro de tomas fotográficas o de video.

Cuando hablamos del término autoridad nos referimos a aquellas personas que normalmente son funcionarios que pertenecen a la administración pública, que tienen un carácter de mando y dirección definido; que en muchos casos, representan a la institución a la cual prestan los servicios; ahora, el mando o el poder que tiene una autoridad puede emanar tanto de elección popular (Congresistas, Alcaldes, Presidentes Regionales, etc.) como puede emanar de lazos de confianza (Ministros de Estado, Directores Ministeriales o Asesores, etc.). En este mismo sentido, con las particularidades de cada caso, también puede ser interpretado los términos "funcionario" o servidor público".

A nuestro juicio, es claro el *plus* de reproche penal por dos motivos: en primer lugar, por la condición de la "investidura" que representan las personas antes citadas, por tal motivo, se les facilita el ingreso por parte del personal de seguridad de los centros penitenciarios, que normalmente no realiza un examen riguroso y estricto a las autorida-

des, abogados o funcionarios. Y en segundo lugar, precisamente por tal investidura que poseen, se espera de dichas autoridades, funcionarios o servidores de las leyes, por sus conocimientos de la norma en cuestión, que no van a ingresar objetos que vayan a facilitar la comisión de otros delitos que se pueden cometer al interior de los centros penitenciarios.

III. EL DELITO DE INGRESO INDEBIDO DE MATERIALES O COMPONENTES CON FINES DE ELABORACIÓN DE EQUIPOS DE COMUNICACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 368-B, tipifica el delito de ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión en los siguientes términos:

> *"El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*
>
> *Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código.*

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Se trata de un delito común, ya que cualquier persona puede realizar la conducta típica. Aquí no debe estar implicado como sujeto activo

el interno de un centro penitenciario, al cual precisamente se pretende ayudar en su comunicación.

2.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo lo será el Estado, a través de la administración pública, especialmente el Instituto Nacional Penitenciario.

2.3. Conducta típica

En cuanto a la conducta típica tiene similitudes con el anterior supuesto de hecho del artículo 368-A del Código penal, pues se tipifica lo "indebidamente" el "ingreso" o "intento de ingresar" o "permitir el ingreso" de personas a un "centro de detención o reclusión", por lo que nos remitimos a tales comentarios.

Donde sí encontramos diferencias es en cuanto a los objetos materiales que el sujeto activo logra o intenta ingresar a los penales, ya que aquí está vinculada a los materiales o componentes que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos; lo que se reprime es en realidad un acto preparatorio, pues son aquellos materiales o componentes (por ejemplo: varillas o fierros, cementos o ladrillos, alambres, etc.), que a nuestro criterio dicho comportamiento debe tener una relación de causalidad con dos circunstancias: en primer lugar, que puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos; y en segundo lugar, que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno.

En el caso de que no se verifique el primer supuesto circunstancial, la conducta quedará impune por atipicidad objetiva, pues normalmente se permite, o se tiene que permitir el ingreso de personal especializado, por ejemplo de construcción, para realizar trabajos de reparación en algunas de las paredes al interior de los pabellones. Aquí no hay ninguna finalidad delictiva.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

La conducta típica debe realizarse de manera dolosa, puede admitirse el dolo directo, y la posibilidad del dolo eventual.

Empero, el dolo debe abarcar el conocimiento de las circunstancias típicas en dos vertientes de causalidad: en primer lugar, el conocimiento debe abarcar que tanto los materiales o componentes deben utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros equipos; y en segundo lugar, el conocimiento debe abarcar la posibilidad o facilitación de comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno.

Resultan importantes estos datos (subjetivos) ya que van a direccionar la conducta típica del sujeto activo.

4. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

En cuanto a los grados de desarrollo tenemos que señalar que se trata de un delito de mera actividad, esto es, se consuma en el acto mismo que el sujeto activo logra ingresar o intenta ingresar a un centro penitenciario. Por ejemplo, se consuma cuando al sujeto activo se encuentra en la puerta principal de un penal, y el personal de seguridad en la revisión de las pertenencias del sujeto activo, encuentra en su mochilla varios artículos de construcción.

Resulta irrelevante para los efectos de la consumación típica, que los materiales o componentes hayan logrado su finalidad, es decir, que ya la antena, el receptor u otros equipos estén en funcionamiento para la respectiva comunicación telefónica celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno. Esto formará parte de un plus agravatorio dentro de los márgenes de punibilidad que prevé el tipo penal.

Algo debe quedar claro: si bien el citado tipo penal señala expresamente que los "materiales o componentes" deben servir para la comunicación del "interno", esto solo es relevante en la medida que sirve para direccionar la tipicidad subjetiva, mas no para la consumación del tipo penal.

IV. EL DELITO DE SABOTAJE DE LOS EQUIPOS DE SEGURIDAD Y DE COMUNICACIÓN EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 368-C, tipifica el delito sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios, en los siguientes términos:

> *"El que dentro de un centro de detención o reclusión vulnera, impide, dificulta, inhabilita o de cualquier otra forma imposibilita el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.*
>
> *Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código".*

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Se trata de un delito de circunstancia especial, porque el propio tipo penal delimita a determinadas personas, quienes pueden ser sujetos activos: solo lo puede cometer el que está "dentro" de un Centro de detención o de reclusión.

2.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo lo será el Estado peruano, a través de la administración pública, especialmente el Instituto Nacional Penitenciario.

2.3. Conducta típica

El artículo 368-C, del Código penal tipifica, parte pertinente: *"El que dentro de un centro de detención o reclusión..."*; que debemos en-

tender por estar "dentro" de un centro penitenciario: una primera interpretación debemos vincularla a aquella persona que está internado por resolución o por sentencia judicial; una segunda interpretación puede estar vinculada a aquella persona, que sin tener una resolución o sentencia judicial con declaración de culpabilidad, labora, bajo un régimen laboral, al interior de un centro penitenciario del país, siempre y cuando el sujeto activo no tenga la condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público, porque en este caso estaría implicado en el supuesto agravatorio del segundo párrafo del artículo 368-C. En consecuencia, por descarte, podrían ser las personas que realizan determinados trabajos permanentes o eventuales al interior de un penal.

En realidad los verbos rectores "vulnerar", impedir", "dificultar", "inhabilitar" o de cualquier otra forma "imposibilitar" el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, el legislador lo tipifica y le asigna un *nomen juris* de sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios.

La conducta típica puede ser realizada por acción del sujeto, aunque no se descarta la posibilidad de realización vía omisión impropia, siempre y cuando se verifiquen los presupuestos del artículo 13º del Código penal.

La lógica de represión del tipo penal es por partida doble: que preexistan los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, y que los mismos deben estar funcionando en dichos penales. Con respecto al primer supuesto, debe ser visible a los ojos de las personas que se encuentran al interior de un penal; con respecto al segundo supuesto, los equipos de seguridad deben estar en perfecto estado, no será típico si dichos equipos de seguridad, por más que pueden ser observados, están totalmente deteriorados, aunque tenemos que aclarar que si los equipos estuvieran en un 50% de funcionamiento, pero igual cumple su cometido de prestar seguridad, el tipo penal sí se verifica.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Con respecto al primer párrafo del artículo 368-C del Código penal, la conducta típica debe ser alcanzada mediante dolo del agente. En nuestra opinión, solo será posible aquel dolo que sea causalmente directo. En otras palabras, el dolo implica conocer, en este delito, que el agente esté dentro de un centro de detención o reclusión. El dolo del agente, además, debe conocer el "impedimento", la "vulneración", el "dificultar", "inhabilitar" o cualquier otra forma de "impedimento" de funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios.

Con respecto al segundo párrafo del artículo 368-C del Código penal, además de lo dicho, el agente debe conocer que se vale de un menor de edad, que deba conocer su condición de autoridad, también de su condición de abogado defensor, o de servidor o funcionario público; no debemos perder de vista la frase típica que señala: *"...para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito..."*, pues permite direccionar el aspecto subjetivo del agente hacia la afectación del bien jurídico; ya que si no se llegara a probar, al menos en la cabeza del agente este aspecto, la conducta será atípica.

4. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Con respecto al primer párrafo, este supuesto se encardina bajo una estructura de delito de resultado lesivo, sin embargo, debemos tener en consideración que el agente debe realizar conductas llamadas plurisubsistentes por la doctrina, de cara a la afectación en la seguridad en los centros penitenciarios.

Con respecto a este último supuesto, el agente debe cumplir varios comportamientos; en primer lugar, el agente debe realizar conductas al interior de las instalaciones de un centro penitenciario; en segundo lugar, realizar conductas de vulneración, de impedimento, de dificultad, de inhabilitar o cualquier otra forma que imposibilite el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios.

Ahora bien, nos preguntamos lo siguiente: ¿En cuál de estos dos supuestos se consuma el delito en mención?, en nuestra opinión, como estamos en un delito de resultado lesivo, necesariamente debe haber una afectación real a través del comportamiento del agente: y recién se presenta cuando el agente realiza las conductas impeditivas; siendo irrelevante si efectivamente se llegó a realizar el delito (finalidad última) o no.

Con respecto al segundo párrafo, se consigna el hecho de que el agente ejecute los actos de impedimento, de dificultad, de inhabilitación o de cualquier otra forma de imposibilidad con respecto al funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, utilizando un menor de edad; estamos ante un caso típico de autoría mediata (artículo 23° del Código penal) del agente con relación al inimputable por edad; con lo cual admitiría la tentativa por tratarse de un delito de resultado lesivo: por ejemplo, el adolescente que se encontraba de visita en el penal, está a punto de poner una cinta en el ojo de la **cámara de seguridad de uno de los pabellones del penal**, para que sus demás compañeros puedan salir del pabellón, hacia la parte externa, y luego puedan fugar del penal. Luego de una rápida intervención policial es atrapado tanto el adolescente como la persona que conducía a dicho menor, adviértase que la cámara de seguridad nunca dejó de funcionar.

Siguiendo en el segundo párrafo del artículo 368-C, en lo que respecta al supuesto de condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, debemos de precisar que aquí observamos una estructura típica de resultado lesivo, en ese sentido, este delito se consuma cuando aquellos sujetos realizan las conductas impeditivas en las funciones de seguridad en los centros de detención o reclusión; siendo irrelevante si efectivamente se llegó a realizar el delito (finalidad última) o no.

V. EL DELITO DE POSESIÓN INDEBIDA DE TELÉFONOS CELULARES O ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 368-D, tipifica el delito de posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios, en los siguientes términos:

> *"La persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión, que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.*
>
> *Si el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.*
>
> *Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años".*

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

El artículo 368-D del Código penal, tipifica un delito de naturaleza especial, ya que solo será sujeto activo aquella: *"...persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión..."*

2.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo lo será el Estado peruano, a través de la administración pública, especialmente el Instituto Nacional Penitenciario.

2.3. Conducta típica del primer párrafo: posesión o portación de armas de fuego o armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos

El tipo penal prevé dos verbos rectores: que la persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión, "posea" o "porte" un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos. Los verbos rectores dan cuenta que el sujeto activo no tiene que haber realizado acciones (u omisiones) tendentes a facilitar el "ingreso" al centro penitenciario de armas de fuego o armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, porque estaríamos bajo ámbito del siguiente artículo (368-E).

La condición es que el sujeto activo esté bajo una situación legal concreta: que esté privado de su libertad en un centro penitenciario; no interesando si está privado de su libertad por medida cautelar (detención) o por medida definitiva (sentencia condenatoria).

La posesión implica actos de dominio absoluto del sujeto activo con respecto a determinados objetos que prohíbe la norma (arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos), y que esté a disposición para hacer ejercicio de ella. La disposición debemos entenderla siempre en términos físicos y materiales (que los tenga siempre consigo: por ejemplo en la casaca, en los bolsillos del pantalón, pero también puede ser cercano al interno: puede estar en un ropero, puede estar debajo de la cama donde duerme el interno).

No interesa, al menos para el primer párrafo, si el sujeto realmente utiliza el arma de fuego, por ejemplo no interesa si el sujeto hiere a otro interno o al personal de seguridad, pues será juzgado por otro delito: será el tercer párrafo del artículo 368-D del Código penal que señala que si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

De la lectura del tipo penal consideramos que solo es posible realizarlo por acción, y descartarse la imputación a título de omisión impropia, por ser un delito de mera actividad.

Tampoco interesa quién o quienes hayan sido las personas que hayan encontrado al interno en posesión de los objetos prohibidos; podría ser en el marco de un operativo inopinado ordenado por el Jefe de personal de Seguridad del Penal, por el Director del Penal o por el propio Jefe del INPE o del Ministerio de Justicia, e incluso puede ser otro interno.

2.4. Conducta típica del segundo párrafo: posesión, portación, utilización o traficación de teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios no expresamente autorizados

En el segundo párrafo se castiga la posesión o la portación, agregándose los verbos de "usar" o de "traficar". Como es sabido, usar implica la utilización de un objeto sin percibir nada a cambio, y como es obvio debe estar prohibido por la norma; en cambio el término traficar implica una utilización con un aprovechamiento económico para alguna de las personas, en igual sentido dicho aprovechamiento debe de estar prohibido.

No cualquier cosa debe estar prohibido, sino solo aquellos que la norma los considera como tal: así un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado. **Nótese que la prohibición debe estar "expresamente"** plasmado en una Directiva o una Resolución Administrativa del INPE, que implica, que previamente todos los internos tienen que conocerla.

Por otro lado, los teléfonos que están debidamente autorizados al interior de un penal son de aquellos funcionarios o servidores que trabajan al interior de un penal, de algunos funcionarios judiciales.

Resulta indiferente si el teléfono fijo o celular se haya verdaderamente utilizado (por ejemplo que registre llamadas entrantes o salien-

tes) o no, porque para la represión basta simplemente que se porte o se posea tal aparato.

Es lícito que existan en los centros penitenciarios teléfonos fijos (monederos) para que los internos realicen las llamadas respectivas a sus abogados y/o familiares; estos teléfonos, o mejor dicho, estas llamadas, reiteramos, son totalmente autorizados por la autoridad estatal del sector. La idea de la incorporación de esta norma es tratar de prevenir las llamadas desde celulares o teléfonos fijos que hagan los internos desde sus celdas o pabellones hacia otras personas ubicadas en las afueras o en el exterior del centro penitenciario, para coordinar actividades ilícitas.

La represión de esta norma es de pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, con lo cual resulta mucho menor –tanto en su extremo mínimo como en su extremo máximo– que aquella conducta reprimida en el primer párrafo.

2.5. Conducta típica del tercer párrafo: si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal

En el tercer párrafo, en realidad, se castiga la finalidad concreta por la cual la norma del artículo 368-D existe y se justifica en el Código penal peruano, de ello da cuenta la mayor represión en su respectiva sanción: con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, mientras que el primer párrafo de este mismo artículo está sancionado con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Para la tipificación se tiene que demostrar, al menos judicialmente, que del uso de los aparatos (así: armas de fuego o armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios) se cometió o intentó cometer un ilícito penal. Resulta indiferente si se cometió realmente el ilícito penal (se llegó a asesinar a un adversario político y el asesino tenía en su celular llamadas entrantes provenientes de un

celular del penal, pertenecientes a un interno), o simplemente quedó en grado de tentativa (el interno ha realizado las llamadas al sicario y este cuando se proponía a asesinar al adversario político la policía lo detiene). Lo relevante de cara a la tipificación es que realmente se llegue a utilizar, bajo cualquier contexto, dichos aparatos y esté enlazado necesariamente a un ilícito penal.

Cuando se habla de "ilícito penal" al aparecer se estaría dando pie a varias interpretaciones: en primer lugar, que podría comprender tanto delitos como a faltas; en segundo lugar, no interesa la naturaleza o clase del bien jurídico penal; en tercer lugar, podría ser un ilícito penal simple como también de criminalidad organizada; en realidad bastaría que esté tipificado en el Código penal o legislación complementaria.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

La conducta típica debe ser realizada a título de dolo (directo); es decir, el sujeto debe conocer que está en posesión de un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos.

Puede admitirse la posibilidad del dolo eventual.

4. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Los grados de desarrollo del delito dependerán de las particularidades de cada párrafo del artículo 368-D. Así, en el primer párrafo se trata de un delito de mera o simple actividad, además estamos ante un delito de peligro abstracto, en la medida en que el tipo penal se consuma con la simple posesión o portación que realice el sujeto activo de un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos. Es difícil admitir la tentativa.

Con respecto al segundo párrafo, se consuma igualmente con mera posesión, portación, el usar o el traficar con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, en ese sentido, estamos igualmente ante un delito de mera actividad.

Con respecto al tercer párrafo, habría que diferenciar dos momentos: en primer lugar (artículo 368-D: *"Si se demuestra que del uso de estos aparatos* ***se cometió*** *o intentó cometer un ilícito penal...)* el delito se consuma, por tratarse de un delito de resultado lesivo, en el momento no del uso de los aparatos antes citados, que servirán para la comisión o intento de comisión un ilícito penal. En realidad, el perfeccionamiento típico se produce recién, por ejemplo, cuando el arma de fuego, utilizada por el agente, producirá el homicidio o asesinato; con respecto al segundo momento (artículo 368-D: *"Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o* ***intentó cometer*** *un ilícito penal...),* la consumación estará fijada, por tratarse de un delito de peligro concreto, en el momento en la cual el sujeto, teniendo el arma de fuego y dentro del penal, se dirige a otra celda para asesinar a otro interno, sin embargo, en ese preciso momento es intervenido por el personal de seguridad del penal.

VI. EL DELITO DE INGRESO INDEBIDO DE ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 368-E, tipifica el delito de ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios, en los siguientes términos:

> *"El que indebidamente ingresa, intenta ingresar o permite el ingreso a un centro de detención o reclusión, un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.*
>
> *Si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho punible descrito, la pena privativa será no menor de diez ni mayor de veinte años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente Código".*

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Se trata de un delito común, ya que cualquier persona puede realizar la conducta típica. Aquí no debe estar implicado como sujeto activo el interno de un centro penitenciario.

2.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo lo será el Estado peruano, a través de la administración pública, especialmente el Instituto Nacional Penitenciario.

2.3. Conducta típica

Con respecto al primer párrafo, y siendo similares los verbos rectores ("ingresar", "intentar ingresar" o "permitir" el ingreso) del artículo 368-A del Código penal, nos remitimos a los comentarios ahí expuestos.

Los ingresos de determinados objetos a un centro de detención o reclusión, como armas de fuego o armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, tienen que ser "prohibidos" por ley o en su defecto, por reglamentaciones internadas dadas por la autoridad competente, en este caso del Instituto Nacional Penitenciario.

Resulta indiferente para la tipicidad del delito que el interno efectivamente haya utilizado para fines delictivos, los objetos prohibidos. Aquí es donde se observa con mayor claridad el objetivo prevencionista de la norma penal, al soslayar criterios de lesividad material de la conducta.

2.4. Circunstancia agravante: si el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público

Se produce aquí una agravante en función a un mayor disvalor de la acción, pues el agente, utilizando el rol social que desempeña, faci-

lita que por ejemplo las armas de fuego o armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos puedan ser ingresadas a un penal.

La otra persona al cual el sujeto activo utiliza de manera dolosa, debe tratarse de un "menor de edad", es decir, debe tratarse de una persona inimputable por minoría de edad (menos de 18 años de edad). Entendemos que la norma penal se refiere a que el sujeto utilizado sea una persona inimputable absoluto y no uno relativo (de 18 a 21 años de edad). En todo caso, el sujeto activo será considerado como un autor mediato que utiliza o se aprovecha de la condición de la otra (instrumento inimputable) para cometer un delito.

Con respecto a la condición de autoridad, servidor o funcionario público debemos remitirnos a las consideraciones del artículo 425° del Código penal, que define el concepto de sujetos especiales de la administración pública; aunque no lo diga expresamente el artículo 425°, el concepto de autoridad se encontraría incluida dentro de los alcances normativos de dicho articulado.

Por último, con relación a la condición de abogado defensor –se entiende que tiene que estar en posesión de un título profesional–, se trataría de un mayor disvalor de la acción, en el sentido que determinadas personas, por el rol que desempeñan en la sociedad, tienen algunas prerrogativas como por ejemplo, ingresar, con relativa facilidad, a un centro de detención o reclusión, y precisamente la sociedad espera de él, que realice su labor exclusivamente de asesoramiento técnico al interno, y no otras acciones lesivas a la sociedad. Por ello, si el abogado ingresa a un penal, teniendo consigo un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, defrauda las expectativas que la sociedad tiene respecto de los abogados.

Ahora bien, el solo hecho que sean ingresados los objetos antes descritos a un penal, por medio de un menor de edad, de una autoridad, de un abogado defensor, o de servidor o funcionario público, no constituye la infracción penal analizada; pues tienen que ser ingresa-

dos para una finalidad específica: para el "uso" únicamente del interno, y no otras personas.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Con respecto al primer párrafo del artículo 368°-E del Código penal, la conducta típica debe alcanzarse a título de dolo, es decir, el sujeto debe conocer que el ingreso a un penal de determinados objetos como armas de fuego o armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, esté prohibido expresamente. Si el sujeto activo no conoce este elemento normativo de la prohibición, estaremos ante una causal de exoneración de responsabilidad penal (error).

Resulta necesario y condicionante que el sujeto conozca efectivamente que lo que está ingresando sea un arma de fuego, armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, pues de lo contrario, estaríamos ante un error de tipo (artículo 14° del Código penal): por ejemplo alguien en la fila de entrada al penal, le dice a otra persona para que le ingrese un caja cerrada, y le engaña diciéndole que se trata de utensilios de cocina cuando en realidad se trata de dos armas de fuego.

Ahora, con respecto al segundo párrafo el agente debe conocer que la otra persona es una persona "menor de edad", que el sujeto activo debe conocer que es una autoridad, que es un abogado, que es un servidor o un funcionario público.

4. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Con respecto al primer párrafo del artículo 368-E del Código penal, al tratarse de un delito de mera actividad y de técnica legislativa de peligro abstracto, el delito se consuma en el mismo instante que el sujeto activo "ingresa"; la tentativa resulta difícil en este caso.

Ahora, con respecto al segundo supuesto de verbo rector, cual es la de "intentar ingresar", el delito de se consuma en el instante mismo

que el sujeto se proponía a ingresar, se trata igualmente de un delito de mera actividad; por ejemplo, lo intervienen en la fila de personas de ingreso al penal; lo único que debe quedar claro es que el sujeto debe hacer pasar los objetos para uso de un interno.

Con respecto al tercer supuesto del verbo rector cual es la de "permitir" el ingreso "a otra persona" a un centro de detención o reclusión, un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno, aquí debemos precisar que el delito se consuma no cuando el "otro" sujeto ingresa a un penal, sino cuando el sujeto activo realiza actos de facilitamiento para que el "otro" pueda ingresar, pueda ser que el "otro" esté todavía llegando al penal en un automóvil, y por ejemplo el sujeto activo le ha dado la llave de la puerta principal, al "otro".

CAPÍTULO CUARTO
EL DELITO DE DESACATO DE PERTURBACIÓN EN LUGARES DONDE LA AUTORIDAD EJERCE FUNCIÓN PÚBLICA

(ARTÍCULO 375º DEL CÓDIGO PENAL)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En la Sección III, correspondiente al Capítulo I, de los Delitos contra la Administración Pública, incorpora el llamado delito de "desacato". Normalmente el desacato se ha entendido contra la ley y contra el acto del funcionario que lo realiza, precisamente amparado en dicha ley; se trata de cualquier acto constitutivo de falta de respeto u ofensa a la autoridad –entiéndase también al funcionario público–, hallándose esta en el ejercicio de sus funciones u obligaciones, o con ocasión de ellas, realizado en su presencia o por medio de escrito a la misma. Establecido desde luego en la ley. Por eso se dice desacato a la ley. El desacato entendido como una especie de resistencia a la autoridad es, en algunos ordenamientos legales, una infracción que se comete al calumniar, injuriar, o amenazar a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ya de hecho o de palabra, o ya en escrito que se le dirija.

En tal sentido, debemos de tener en consideración que el artículo 374º que sancionaba el delito de Desacato, tipo básico, quedó derogado a partir del artículo Único de la Ley N° 27975, publicada el 29-05-2003 en el Diario Oficial El Peruano. El citado artículo 374 rezaba de la siguiente manera: "*El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años*". De la redacción legal quedaba establecido que

su delictuosidad radicaba en esencia en un aspecto de "investidura" que tenía un funcionario público, más que en un aspecto material de lesividad de la conducta que podría ejercer el sujeto activo.

Solo ha quedado en pie dentro de la Sección III –de Desacato– el delito de perturbación en lugares donde la autoridad ejerce función pública (artículo 375º del Código penal), que en definitiva si fuéramos estrictos con el principio de lesividad material o riesgosa de la conducta (artículo IV del Título Preliminar del Código penal) dicho delito en cuestión también debía derogarse de nuestro ordenamiento jurídico-penal, al menos una primera parte de la descripción legal. Nos explicamos: en la primera parte del artículo 375º se lee lo siguiente: "*El que **causa desorden** en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Consejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones...*"; en este punto, se llega a reprimir el mero desorden en un lugar o recinto público, es decir que el sujeto activo realiza una o varias conductas desestabilizadoras del orden y la tranquilidad en un lugar donde el funcionario o servidor público están ejerciendo sus funciones. Esto debería quedar en el ámbito del Derecho disciplinario del sector correspondiente o en el Derecho administrativo sancionador; otra cosa sería si el agente ejerciera "violencia" o "amenaza" en un lugar público donde están ciertas autoridades, con lo cual constituiría el delito de violencia contra autoridades elegidas (artículo 369º del Código penal).

Lo que sí quedará claro es que con la vigencia del artículo 375º en el Código penal, el Derecho penal, a través de la pena conminada, cumplirá aquella función preventiva (general) que le es, en ciertos casos, inherente; y esto dependerá si alguna autoridad, principalmente de persecución del delito, denuncie el hecho, para que los demás miembros de la sociedad se abstengan de cometerlo, aunque digan después que la pena, por ser sumamente exigua, no cumpliría dicha función preventiva. En efecto, el artículo 375º del Código penal, desde su versión original, se encuentra reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[218], en el Capítulo VI, regula bajo el rubro "Delitos contra la administración pública", el denominado delito de "Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función", en el artículo 427° en los siguientes términos: *"El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los concejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichos lugares será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas"*.

En la legislación comparada, el Código penal argentino tipifica en el artículo 241° el delito de desacato de alteración en lugares públicos, en los siguientes términos: *"Será reprimido con prisión de quince días a seis meses: 1) El que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones; 2) El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones"*.

2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado, en términos generales, como no podía ser de otra manera, será la administración pública tal como lo contemplaba nuestro Código penal en el derogado artículo 374°; sin embargo ahora solo tiene como infracción lo dispuesto en el artículo 375°.

En otras palabras, el bien jurídico tutelado es garantizar el regular y normal funcionamiento de la administración pública, protegiéndo-

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

lo de los comportamientos ofensivos que obstaculicen su desarrollo; y como tal su finalidad es garantizar la obediencia debida que tienen todos los ciudadanos al poder coactivo del Estado.

Específicamente, el objeto a proteger en el artículo 374º es el debido respeto y prestigio de los entes públicos, es decir, Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Concejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar[219]

3. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 375º del Código penal reza de la siguiente manera:

> *"El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Concejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichos lugares, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas".*

El Código penal de 1924, hoy abrogado, en el artículo 329º decía lo siguiente: "*El que causare desorden en las salas de sesiones de las Cámaras o de los Tribunales de Justicia o dondequiera que las autoridades públicas estuvieren ejerciendo sus funciones, o el que entrare armado en dichos lugares, será reprimido con prisión no mayor de tres meses y multa de la renta de tres a treinta días*".

4. TIPICIDAD OBJETIVA

4.1. Sujeto activo

En cuanto al sujeto activo puede ser realizado por cualquier persona, por lo tanto se trata de un delito común.

---

[219] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, p. 1092.

4.2. Sujeto pasivo

Ahora, en cuanto al sujeto pasivo del delito lo será, en todos los casos, la administración pública.

4.3. Conducta típica

En lo que respecta a la conducta lo podemos clasificar de la siguiente manera:

4.3.1. El causar desorden

La conducta típica está compuesta por dos verbos rectores: "causar" "desorden". El verbo causar, en el Derecho penal, significa "identificar" y/o "individualizar" quién o quiénes son las personas naturales que han realizado la conducta típica, en este caso de causar desorden. Del mismo verbo rector "causar" también se deduce que la conducta solo puede ser llevada a cabo por comisión activa, y no mediante omisión propia; aunque sí cabría la posibilidad del delito de omisión impropia, siempre y cuando hubiera una posición de garantía del sujeto activo (artículo 13° del Código penal).

Desorden significa alteración o perturbación del estado normal del desenvolvimiento de la actividad funcional de los recintos públicos; en otras palabras, significa confusión, desasosiego, ocasionado con el comportamiento del sujeto activo[220].

El "desorden" causado debe ser grave[221]. Esta interpretación no solamente se deriva del respeto del principio de lesividad, sino también porque ya existe un tipo de faltas en el art. 452° numeral uno que se refiere a perturbaciones leves de actos, espectáculos, solemnidades o reuniones públicas.

---

[220] ROJAS VARGAS, 2007, p. 1093

[221] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 175.

4.3.2. Perturbación en Salas de Sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas

El tipo penal exige que el desorden sea en Salas de sesiones de Congreso, con lo cual solo se podría realizar, este supuesto típico, en la ciudad de Lima porque el Congreso queda ubicado en la Capital de la República, desde que en nuestro país rige el sistema unitario de gobierno estatal. En tal sentido, debe cumplirse con algunas condiciones: a) que la conducta típica sea realizada al "interior" de las instalaciones del recinto parlamentario, descartándose por ello que puede ser, por ejemplo, en las afueras del citado recinto, podría ser otro delito –de disturbios–; b) que se haya abierto y comenzado la sesión congresal, que puede ser el Pleno del Congreso o en las respectivas reuniones de Comisiones parlamentarias; una exigencia en un momento anterior al comienzo de la Sesión, podríamos estar ante un mero acto preparatorio, y nos atreveríamos a decir, colindante con las fases subjetivas del *iter criminis*, reprobables desde un Derecho penal de acto.

4.3.3. Perturbación en las Asambleas Regionales o Perturbación en los Concejos Municipales

También el tipo penal exige que la conducta se pueda realizar en los interiores de las Asambleas Regionales, y obviamente la condición es que dicha Asamblea haya empezado a sesionar, siendo discutible la punición si la Asamblea Regional haya ya culminado, porque el Presidente Regional y/o los Consejeros ya no ejercen ninguna función pública en una Asamblea formal. Esta conducta típica, no podría realizar en la Capital de la República, sino solo en las Capitales de los Departamentos, donde funcionan las sedes regionales.

Estos mismos comentarios son totalmente extendibles si la conducta típica es realizada en una Sesiones del Concejo Municipal.

4.3.4. Perturbación en los Tribunales de Justicia

Cuando el tipo penal exige que sean en los Tribunales de Justicia, se está refiriendo a cualquier instancia perteneciente a la administra-

ción de justicia en sentido estricto de la palabra, es decir, vinculado al órgano jurisdiccional de cualquier especialidad o materia: Juzgado de Paz, Juzgados Especializados, Salas Superiores, Salas Supremas. De la misma forma, la conducta típica tiene que darse en los interiores de las instalaciones del Poder Judicial, siempre que el magistrado esté realizando las labores propias del cargo.

4.3.5. Perturbación en otros lugares donde se ejerza funciones públicas

Se establece aquí una cláusula legal abierta donde se puede abarcar en sentido amplio otras instancias o dependencias públicas donde también la autoridad o el funcionario ejercita su función. En tal sentido, esta cláusula tiene que ser interpretado desde dos puntos de vista: desde el órgano donde se ejerce una función pública como es el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Policía Nacional, Defensoría del Pueblo, los Ministerios de Estado, etc.; y desde el lugar físico donde deberá producirse el desorden, que puede ser aquel lugar donde el funcionario regularmente ejerce sus funciones o, en su defecto, en ciertos lugares determinados.

4.3.6. Que, el sujeto activo haya ingresado armado en los lugares antes mencionados

El tipo penal también reprime a aquella persona que logra ingresar a Sala de sesiones, en primer lugar del Congreso; en segundo lugar, en las Asambleas Regionales, o de los Concejos Municipales; en tercer lugar, de los Tribunales de Justicia; y en cuarto lugar, otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones.

No importa la forma o modalidad de cómo es que haya ingresado el sujeto activo al recinto público: puede ser guardando las formalidades en la puerta de acceso principal, quedando el sujeto activo ubicado dentro de la Asamblea esperando el inicio de la Asamblea; o en su defecto, que el sujeto haya ingresado violentando la seguridad de la puerta principal de acceso. Como el verbo "ingresar" implica que el sujeto activo camine de un lado a otro, es decir, se tiene que verificar

un desplazamiento físico del sujeto hacia donde se está llevando a cabo la Asamblea Congresal, Regional, Municipal, etc.; cualquier otro desplazamiento físico del sujeto (por ejemplo hacia la cochera del recinto público) no resultará relevante para los efectos típicos.

Ahora bien, hasta aquí sería irrelevante penalmente si es que el sujeto activo no ha ingresado a los recintos públicos con determinado armamento consigo. Aquí habría que realizar algunas precisiones en torno a una correcta tipicidad: en primer lugar, cuando el sujeto ingresa por la puerta principal del Congreso por ejemplo, no es necesario que el sujeto exhiba el armamento al personal de seguridad, sin embargo, sí resulta necesario que el sujeto exhiba el arma a los funcionarios asistentes o en todo caso, al público que también ha asistido a la Asamblea, con lo cual repercutirá en los funcionarios que ocasionará la suspensión de la sesión; en segundo lugar, no es necesario que el armamento esté con todas sus funcionalidades vigentes (por ejemplo el arma puede estar sin cartuchos o sin municiones), incluso el arma puede estar en malas condiciones técnicas (por ejemplo hay un problema en el gatillo que impide la salida de la bala); lo importante es que el arma sea un "instrumento" que obstaculice el normal desarrollo de las funciones en los recintos públicos señalados; en tercer lugar, el tipo penal no precisa el número ni la clase de armas que el sujeto activo deba portar, basta por ejemplo con una sola arma.

En este supuesto, es claro que el sujeto activo no utilice el arma en los recintos públicos, es decir, que no logre disparar ni siquiera al vacío, pues ello constituiría otro delito, y entraríamos a un tema concursal.

5. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo penal en estudio solo se podrá realizarse a título de dolo, en los momentos de la conducta típica.

6. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Se trata de un delito de mera actividad; y como hemos dicho, tiene dos clases de conducta típica, por ello habrá que hacer la distinción para ubicar el momento exacto el perfeccionamiento típico: en la primera clase, el delito se consuma cuando el sujeto causa dolosamente el desorden en un lugar público, es decir, en la Sala de Sesiones del Congreso o en los Tribunales de Justicia u otro lugar: por ejemplo cuando un dirigente de un sindicato logra burlar la seguridad del Congreso de la República, e irrumpe inmediatamente en el recinto congresal, impidiendo, por breves momentos, la respectiva votación de ciertos congresistas de oposición.

En la segunda clase, también estamos ante un delito de mera actividad. En tal sentido, el delito se consuma en el preciso momento cuando el sujeto activo ingresa a un recinto público provisto de armas; por ejemplo, el personal de seguridad logra intervenir al sujeto activo, en el instante en que se disponía a ingresar.

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO QUINTO
ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES DE ABUSO DE AUTORIDAD

I. EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

1. Consideraciones generales y el bien jurídico tutelado

Debemos de partir de la idea de que en todo Estado de Derecho, como es el nuestro, aquellas personas que pertenecen o están incorporadas a la administración pública, poseen ciertas prerrogativas y atribuciones legales y reglamentarias que todos los administrados deben respetar y acatar.

Una de las reformas legales que trae el Código penal peruano de 1991, con respecto al Código penal de 1924, es precisamente haber dividido sistemáticamente el tema de los delitos contra la administración pública en dos grandes partes: en primer lugar, aquellos delitos que cometen los particulares que cometen (mayoritariamente) en contra de la administración pública, y en segundo lugar, de aquellos funcionarios públicos (mayoritariamente) que cometen delitos en contra de la Administración pública; y en este último caso, quizá el delito "bandera" sea el delito de abuso de autoridad; incluso la jurisprudencia penal nacional ha señalado que los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios, son delitos de infracción del deber.[222]

---

[222] Véase, en este sentido: Ejecutoria Suprema del 26/08/2009, R.N. N° 5434-2008-JUNIN vocal ponente: Gonzales Campos, Robinson, Gaceta penal, tomo 15, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2010, p. 112. "Es menester precisar que los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de infracción del deber, lo que supone que el sujeto especial, calificado adquiere

El abuso de autoridad es asociado comúnmente al uso de un poder otorgado por la posesión de un cargo o función, pero de tal forma que este uso no está dirigido a cumplir las funciones atribuidas a ese cargo, sino a satisfacer intereses personales del individuo que lo ejerce. Por otro lado, el abuso de autoridad es reconocido en figuras que ostentan poder físico en la sociedad, como policías o guardias de seguridad, quienes estarían abusando de su autoridad cuando arrestan a una persona sin darle a la misma opción al diálogo[223].

Normalmente el Derecho penal contempla el abuso de autoridad en *sentido lato*, como la figura delictiva que comete quien investido de poderes públicos realice en su gestión actos contrarios a los deberes que le impone la ley, por lo que aflige la libertad de las personas, las intimida o de cualquier manera les causa vejámenes, agravios morales o materiales. Por el contrario, en *sentido estricto*, se entiende como infracción penal dolosa que comete el que actuando en calidad de funcionario público dictare resoluciones u órdenes contrarias a las Constituciones o leyes o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere[224].

---

deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico por su vinculación con el bien jurídico específico, esencialmente por deberes institucionales o relaciones penales extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento –con la ocurrencia de los demás componentes del tipo especial– explica la existencia del delito de infracción de deber".

(223) http//es.wilkipedia/org/wiki//Abuso_de_autoridad

(224) Véase, por ejemplo: la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 2 de setiembre de 2008, en el Exp. N° 02284-2007-HC/TC – CUSCO, en el caso "César Raymundo Linares Torres", ha señalado que: "Cabe señalar que en el caso concreto se imputa al recurrente la comisión del delito de exceso en la facultad de mando, previsto en el artículo 139° del Código de Justicia Militar Policial (tipo penal que con la vigencia del Código de Justicia Militar de 1980 se denominaba delito de abuso de autoridad), por lo que se le viene instruyendo ante el fuero militar. No obstante, es pertinente indicar que el Código penal también sanciona en su artículo 376° el delito de abuso de autoridad. Se advierte entonces que en nuestro ordenamiento jurídico a nivel legislativo existe un **delito de abuso de autoridad "común"** (siendo competente

El abuso de autoridad es ya una forma de extralimitación o mal uso del poder público vinculado a expresos ámbitos de competencia que nacen de la función o el cargo[225], y que el funcionario público quebranta mediante acciones u omisiones que resultan perjudiciales a la administración pública y a las partes directamente agraviadas (personas naturales o jurídicas) o a la sociedad misma.

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[226], en el Título XVIII regula bajo el rubro "delitos contra la administración", los denominados "abuso de autoridad", en el artículo 428° en los siguientes términos: *"El funcionario que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause un grave perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1, 2, 3 y 8 del Código penal. Cuando los hechos deriven de un*

---

para su instrucción la justicia ordinaria) y un **delito de abuso de autoridad "militar"** (el cual corresponde ser analizado en el fuero militar).

La existencia de un delito de abuso de autoridad previsto en el Código de Justicia Militar, cuyo juzgamiento está previsto en el fuero militar no implica que todos los actos de abuso de autoridad cometidos por personal policial o militar en el ejercicio de sus funciones deban de ser conocidos y juzgados en el fuero militar, sino solo aquellos que impliquen la vulneración de bienes jurídicos militares o policiales (es decir, bienes que se configuran a partir de las finalidades encomendadas por la Norma Fundamental tanto a las Fuerzas Armadas como a la Policía Nacional); esto es, cuando constituyen delitos de función".

(225) Véase, en este sentido: TERRAGNI, Marco Antonio; *Tratado de Derecho penal,* tomo III, Parte especial, II, La Ley, 2012, p. 361 "El común denominador de los delitos abarcados en el Capítulo que estoy examinando es la extralimitación del funcionario en sus atribuciones, que comete un atropello empleando el poder que la sociedad le ha concedido. Tal es el significado de la palabra abusar en castellano: usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien; en definitiva, hacer mal uso".

(226) Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 249.

procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no mayor de cuatro años".

Como parte del Derecho comparado esta vez hemos tomado en cuenta el Código penal para el Distrito Federal (México), el mismo que contiene un Capítulo que se denomina Abuso de Autoridad y Uso Ilegal de la Fuerza Pública, y que en el artículo 262° sanciona lo siguiente: *"Se le impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a quinientos días multa al que en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas: I. Ejerza violencia a una persona sin causa legítima, la vejare o la insultare; o II. Use ilegalmente la fuerza pública"*; sin embargo, más adelante contiene un Capítulo (V), en la cual sanciona más específicamente el delito de abuso de autoridad a través del uso indebido de atribuciones y facultades del funcionario, así en el artículo 267° del citado texto, señala varias conductas: *"Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades: I. El servidor público que indebidamente; a) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes del patrimonio del Distrito Federal; b) Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico; c) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados por la administración pública del Distrito Federal; o d) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos".*

En esta línea de pensamiento, el Código penal argentino, en el artículo 248°, reprime expresamente la conducta abusiva del funcionario público de la siguiente manera: *"Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere"*; y en ese sentido, podemos observar que en el Código penal argentino la conducta punible del sujeto funcionarial está más enfocada

en sancionar el disvalor del acto en sí, que reprochar el resultado posterior, ya que está ausente de la descripción típica el tema del resultado perjudicial a algún sujeto particular ya sea natural o persona jurídica; y en esto se distancia del Código penal peruano, como veremos luego, que sí es requisito indispensable para la consumación típica el "perjudicar" a alguien.

2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Concretamente es la legalidad del acto oficial la que se afecta. Se busca que los funcionarios públicos investidos de autoridad ejerzan sus atribuciones o competencias sin vulnerar los derechos de los particulares. De lo que se trata es preservar la regularidad del funcionamiento de la administración pública, la legalidad de los actos administrativos; sin embargo, habrá que precisar que el delito de abuso de autoridad requiere hechos suficientemente graves y no simples providencias disciplinarias[227].

El bien jurídico genérico siempre es el correcto funcionamiento de la administración pública[228]. En tanto que el objeto de tutela es-

---

[227] Véase, en este sentido: Ejecutoria Suprema del 25/07/1998, Exp. N° 5341-97-PIURA-TUMBES, Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia penal, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 642: "Para que se materialice el delito de abuso de autoridad, se requiere de parte del sujeto activo que haya cometido un hecho suficientemente grave como para ser objeto de represión penal, y no simples providencias disciplinarias, se le incrimina al acusado, en su posición de alcalde, el haber impedido a la agraviada realizar el estudio de un expediente administrativo en circunstancias que se encontraba en la oficina de la Dirección de Obras de la Municipalidad Provincial, habiéndola amenazado además con proceder con su detención si no abandonaba la oficina; teniendo en cuenta la negativa del encausado, de ingreso restringido por la naturaleza de los asuntos que allí se veían y que además en ningún momento se produjeron los actos que hace mención la agraviada, afirmación corroborada con las declaraciones testimoniales de autos; advirtiéndose de los actuados que la conducta incriminada al procesado no tiene las características ni contenido penal por delito de abuso de autoridad".

[228] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, 2012, p. 660. FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Derecho penal.*

pecífico es el asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, orientándolos con exclusividad a la obediencia de la ley y el Derecho. En la base fundante de la norma penal se halla el enunciado normativo que obliga al funcionario público a encauzar sus actos de función en sujeción a los dispositivos legales que fijan y delimitan sus funciones y marco de atribuciones o, cuando ellas sean insuficientes, a criterio de finalidad pública y de respeto a la dignidad y derechos fundamentales de las personas.

Según Rojas Vargas, "podemos concluir que el bien jurídico protegido del delito de abuso genérico de autoridad tiene como objeto garantizar la regularidad del desempeño funcional de los funcionarios públicos, de modo que se excluyan situaciones de abuso de poder; es decir asegurar el correcto ejercicio de las atribuciones de los funcionarios públicos referenciándolas con exclusividad en la obediencia a la ley, el derecho y el ordenamiento jurídico"[229].

La jurisprudencia penal nacional ha señalado en relación al bien jurídico que es el *aseguramiento que los poderes del funcionario se adecúen a la legalidad*[230]; o que la descripción típica del delito debe ser integrada con las normas de otras ramas del *Derecho público que fijan el contenido y los límites de las funciones públicas*[231].

Parte especial, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, 2002, p. 815.

[229] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, pp. 218 y 219.

[230] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 18 de marzo de 1998, Exp. N° 137-98. Baca Cabrera – Rojas Vargas - Neira Huamán, Jurisprudencia penal procesos sumarios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 503: "El delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares".

[231] Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libre de la Corte Superior de Justicia de Lima del 12 de septiembre del 2000. Exp. N° 1897-2000. Rojas Vargas, Fidel. Jurisprudencia penal y

3. ¿PUEDE SEGUIR SOSTENIÉNDOSE ACTUALMENTE EL CARÁCTER GENÉRICO DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD EN EL DERECHO PERUANO?

El delito de abuso de autoridad comúnmente se ha catalogado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como un tipo penal *innominado*, de tipo *genérico*. A través de este abuso de innominado el legislador pretende abarcar aquellos casos que no pueden ser comprometidos por los tipos de "abuso específico" (concusión, exacciones, peculado, etc.). Por eso se afirma, también, que este tipo de "abuso innominado" solamente tendría aplicación supletoria: cuando los otros supuestos de abusos de autoridad no sean aplicables[232].

En esta lógica, el antiguo artículo 376° del Código penal que fue modificado por la Sétima Disposición Final de la Ley N° 28165, publi-

---

proceso penal, IDEMSA, Lima, 2002, p. 730 "Respecto al delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376° del Código penal, es menester efectuar las siguientes precisiones: a) Tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; b) la conducta abusiva presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público, siempre dentro del marco de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico; y c) que, el precepto debe ser integrado por las normas de otras ramas del derecho público que son las que fijan las funciones de los órganos de la administración, y, consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas lícitamente".

(232) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código peruano*, Palestra editores 2011, Lima, p. 181. En esta línea: ROJAS VARGAS, Fidel; *"El abuso de autoridad: aspectos legales y jurisprudenciales"*, en: Francisco R. Heydegger / Atahuamán P. Jhuliana (Coordinadores) Delitos contra la administración pública, Lima, 2013, p. 261, quien ha dicho: "Todo acto de infracción del deber funcional, ya se trate –por ejemplo– de malversación de fondos, peculado, concusión o cohecho pasivo, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, abandono de cargo, incumplimiento de deberes, etc., supone un abuso funcional por parte del sujeto público, por cuanto este se aprovecha de la posición de ventaja que da el cargo para practicar actos delictivos, esto es, las atribuciones que posee por su vinculación con la administración pública sufren un deterioro en su destino".

cada el 10-01-2004, la misma que reformuló nuestro delito de abuso de autoridad, cuyo texto quedó descrito de la siguiente manera: *"El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario* ***cualquiera****..."*; es decir, técnicamente la mayoría de delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública resulta ser una especie del ejercicio abusivo que realiza la autoridad estatal, así por ejemplo, el delito de enriquecimiento ilícito o el delito de concusión.

Por otro lado, el efecto "genérico" del delito de abuso de autoridad no solo es relevante desde el Derecho penal material, a través de las reglas del concurso "aparente" (por ej. de subsidiaridad) de normas que puede generar entre el abuso de autoridad y otros tipos penales similares, sino que su efecto es también relevante desde el Derecho procesal penal, a través de tipificaciones alternativas o en la posible acusación fiscal de tipo principal, de alternativa o subsidiaria, que puede realizar el Fiscal en el marco del nuevo proceso penal, respecto del delito abusivo con relación a otros tipos penales similares.

Además, debemos precisar que una de las razones del grado de subsidiaridad del delito de abuso de autoridad es precisamente la forma de cómo el legislador nacional ha reprimido dicho delito; en efecto, el funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, solo será reprimido con pena privativa de libertad *no mayor de dos años,* es decir, una pena sumamente exigua en relación a los otros tipos penales ubicados en otros clasificadores jurídicos del mismo rubro contra la administración pública.

Sin embargo, debemos advertir que con la reforma legal última aplicada al delito de abuso de autoridad, a través de Ley N° 29703 de fecha 10 de junio de 2011 se ha suprimido literalmente la frase *"...un acto arbitrario* ***cualquiera****..."*; con lo cual nos queda realizar la siguiente pregunta: ¿Seguirá siendo el delito de abuso de autoridad un tipo genérico en relación a los otros delitos contra la administración pública? En nuestra opinión, creemos que ya el delito de abuso de autoridad ha

dejado de ser un tipo genérico y ha pasado a ser un delito autónomo; es decir, se ha extirpado de la tipicidad objetiva aquella conducta del funcionario público que ocasionaba un acto arbitrario "cualquiera", circunscribiéndose ahora a un acto concreto, revestido de funcionalidad y perjudicialidad a una persona natural o jurídica.

Con la nueva modificación del tipo penal en cuestión ya no encontramos razones para continuar con una interpretación genérica y subsidiaria del tipo en cuestión. En modo alguno parece razonable ni congruente hablar de tipo penal abierto, genérico e indeterminado que supuestamente sigue caracterizando al artículo 376° del Código penal. No, al menos con la supresión del vocablo "cualquiera"[233].

---

[233] Las consecuencias, según HUGO ÁLVAREZ, Jorge; "*El nuevo constructo del delito de abuso de autoridad*", en: Francisco R. Heydegger / Atahuamán P. Jhuliana (Coordinadores) Delitos contra la administración pública, Lima, 2013, pp. 288 y 289 que supuestamente podrían derivarse del reconocimiento de la subsidiaridad del tipo son:

a. La subsidiaridad implica la exclusión de toda aplicación alternativa de los tipo penales funcionales de abuso (Incumplimiento de deberes funcionales, omisión o retardo injustificado de apoyo judicial, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de cargo y nombramiento o aceptación indebida del cargo.) dado que el carácter subsidiario del tipo (abuso de autoridad) es excluido por el tipo principal (abandono del cargo, incumplimiento de deberes funcionales, etc.). Resulta que ninguno de estos tipos denominados principales por exclusión de lo secundario tiene un contenido actual que emerge del abuso de atribuciones. Ello operaría si en ambos tipos mantiene una misma raíz emergente.

b. Que, el injusto penal abuso de autoridad no es un delito que posee autonomía propiamente; es decir carece de supuestos típicos propio y suficientemente determinados. Lo expuesto indica todo lo contrario. El contenido del acto arbitrario es la extralimitación de atribuciones.

c. La subsidiaridad del tipo implica reconocer que de darse el concurso aparente de leyes, este se resuelve por la regla de subsidiaridad, de manera que si en el proceso se logra establecer con certeza que la conducta del agente no cae dentro de otra modalidad de abuso de autoridad tipificado de manera especial; entonces al agente se le sanciona por el delito de abuso de autoridad innominado, siempre que se den los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal descrito (acto arbitrario, resultado, etc.). Puede comprenderse lo contradictorio de aquella afirmación. El hecho confirma todo lo contario.

4. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 376° del Código penal modificado por la Sétima Disposición Final de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, regula el delito de abuso de autoridad cuyo texto es el siguiente:

> *"El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años."*

5. TIPICIDAD OBJETIVA

5.1. Sujeto Activo

Tenemos que advertir que solo pueden serlo los funcionarios públicos que ejercitan abusivamente sus atribuciones[234], en el entendimiento que solo aquellos tienen dentro de sus facultades el *ius imperium* y el *ius coertio.*

En esta línea de ideas, a los funcionarios se les identifica con el deber de mantener la regularidad y legalidad de los actos que ejecuten durante el ejercicio de sus funciones, sea ordenándolos o cometiéndolos, constituyéndose en los directos garantes por responsabilidad estatal (delito de infracción de deber propio)[235].

---

[234] Véase, en este sentido: Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 9 de noviembre del 1998, Exp. N° 2730-98, Rojas Vargas, Fidel. Jurisprudencia penal comentada, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 848: "En cuanto a la imputación por el delito de abuso de autoridad (artículo 376), este exige del sujeto la calidad de funcionario público, de lo que se desprende que estamos ante un **tipo penal limitado**; existiendo por lo mismo atipicidad objetiva al no adecuarse los Policías Municipales a dicha calidad pública de conformidad con el art. 344 del Decreto Supremo 590-PCM (Reglamento de la carrera administrativa) y 52 de la Ley 23856 (Ley Orgánica de Municipalidades) que señalan que el personal de vigilancia de las municipalidades son servidores públicos".

[235] GARCÍA NAVARRO, Edward; *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Lima, 2009, p. 544.

La imputación por autoría puede ser individual o también en forma colegiada. En esta segunda modalidad son los funcionarios que cometen u ordenan el hecho ilícito (autoría colegiada a título de coautoría –artículo 23° del Código penal). Estos coautores deben actuar concertadamente de forma conjunta o a través de actos secuenciados[236].

5.2. La problemática del sujeto pasivo en el delito de abuso de autoridad

En principio debemos de destacar que será el Estado (peruano) el sujeto pasivo de este delito, pues es el único titular del bien jurídico, según reza nuestro Código penal (Delitos contra la administración pública); sin embargo, –y es aquí donde se inicia la problemática[237]– también habrá que mencionar que existiría una fusión de titularidad en cuanto a la protección del bien jurídico "administración pública", pues puede entenderse como sujetos "afectados" (aunque "perjudicados" es un concepto del Derecho procesal), en primer lugar, tanto los particulares[238], como a los mismos funcionarios públicos –y por ende

---

[236] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 241.

[237] Si bien la problemática de sujeto pasivo y su impacto en el Derecho procesal penal encierra principalmente en los delitos de abuso de autoridad, también cabe extenderla a casi todos los Delitos contra la administración pública donde se observe un perjudicado directo como sería un "particular" como persona física o como persona jurídica (véase, el delito de concusión, colusión, etc.).

[238] Así, véase: ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra...* ob. cit., p. 224 señala que, mediante este tipo penal no solo se protege a la administración pública sino que "también se protegen intereses de particulares". EZAINE CHÁVEZ, Amado: *Diccionario de derecho penal*, Chiclayo, 1996, palabra "abuso de autoridad", p. 17 es elemento objetivo del tipo del denominado "perjuicio del particulares", con lo que no bastaría que el funcionario público desatienda las funciones que por la ley corresponde realizar, sino que, además, debe causar perjuicio a los particulares, afectando derechos individuales".
Véase, en este sentido: Ejecutoria Suprema del 23/08/2001, Exp. 1697-2001-ANCASH. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, Delitos contra la administración pública, Jurisprudencia Penal, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 106: "Se considera al Estado como agraviado de manera equivocada, toda vez que en el delito de abuso de autoridad, el sujeto pasivo es el particular".

el Estado– mediante actos arbitrarios provenientes de un ejercicio abusivo de las atribuciones públicas.

Para ello se debe tener en claro una posición que proviene desde el Derecho penal material, en el sentido de que una cosa es el *sujeto pasivo del delito* y otra cosa es el *sujeto pasivo de la acción*; y esto cobra especial relevancia cuando de bienes jurídicos institucionales-colectivos se trata; en efecto, en los delitos contra la administración pública, el sujeto pasivo del delito es y lo será siempre el Estado, pues es el único que ostenta la titularidad del correcto funcionamiento de la administración pública.

En cambio, sujeto pasivo de la acción, es decir, donde recae "directamente" la acción del sujeto activo, lo será el particular afectado por el acto arbitrario; en ese sentido, el *quid* del asunto está en desentrañar la siguiente pregunta: ¿Si el sujeto pasivo de la acción *comprende* o *absorbe* también al sujeto pasivo del delito? Si la respuesta es positiva, es decir, debemos mantener aquella posición doctrinal que sostiene que tanto la administración pública como el ciudadano (particular) pueden ser sujetos pasivos del delito de abuso de autoridad, y esto obviamente tiene importantes consecuencias jurídico-procesales. En consecuencia, un agraviado (o varios agraviados), por su sola condición jurídica de tal se halla en la posición de solicitar su respectiva incorporación como "actor civil" en la investigación del delito de abuso de autoridad.

Bajo esta premisa, tendríamos que admitir que para un mismo tipo penal, el Estado peruano aparecería no solo como agraviado –y en consecuencia con derechos de ser sostenidos como parte civil– sino que además, se presentaría como sujeto pasivo, puesto que la administración pública es responsable de los actos y omisiones que realizan sus funcionarios. En tal sentido es posible que, participe en el proceso penal como tercero civilmente responsable.

Por el contrario, y retomando la pregunta antes realizada, y si la respuesta fuera negativa, es decir, que no se condicen los conceptos de "sujeto pasivo del delito" como de la "acción", entonces debemos de concluir que el único y excluyente titular de bien jurídico "admi-

nistración pública" es el Estado, y por lo tanto, aquellos particulares afectados por los actos abusivos, serían terceros ajenos a la relación sustancial jurídica material, y solo serían testigos presenciales, pues la titularidad del objeto protegido les daría la categoría jurídico-procesal de "agraviado" o "actor civil" .

5.3. Conducta típica

La conducta típica se resume de la siguiente manera:

5.3.1. Sobre la naturaleza jurídica del término "abuso" funcional: ¿Se trata de un abuso de "autoridad" o de un abuso de "atribuciones"?

Antes de analizar el presupuesto objetivo del tipo penal en comentario es conveniente solucionar el problema de interpretación, en el sentido que si la fórmula penal peruana estaría relacionada a *un abuso de autoridad* o frente *a un abuso de atribuciones inherentes a la función.* En ese sentido, si nos adscribimos a la primera orientación tendremos como consecuencia una gran restricción del círculo posible de autores, ya que no todos los funcionarios se hallan dotados de autoridad; esto es, de poder ejercido en una jurisdicción con capacidad de obligar a su ejecución (coerción), sino solo los señalados en la Constitución Política (artículo 100) y en las leyes de modo taxativo. La autoridad como facultad de *ius imperium* le está pues reservado en exclusividad a determinado ámbito de funcionarios. En consonancia con esta interpretación restrictiva solo ellos podrían cometer abuso de autoridad[239].

La segunda lectura interpretativa, más conforme con el ámbito de tutela de la norma penal, parte de considerar a la denominación "abuso de autoridad" un *nomen iuris* clasificatorio caracterizado por su alto valor histórico, por lo mismo sin que ello sea implicante para excluir al vasto rango de funcionarios que no reúnen las condiciones inherentes

---

[239] ROJAS VARGAS, *"El abuso de autoridad: aspectos legales y jurisprudenciales"*, cit., p. 262.

a la autoridad; y ello se colige además del elemento normativo contenido en los tipos penales de abuso que aluden al funcionario público, no a la autoridad[240].

Un tercer argumento de orden sistemático lo podemos encontrar en el hecho de que determinados tipos penales de abuso específico no solo están referidos al funcionario, sino también al servidor público, lo cual de ser válida la tesis de la autoridad como único sujeto activo del delito de abuso innominado o genérico con base al *nomen iuris* generaría un intrincado problema de interpretación, pues no sabríamos a qué tipo de funcionario se estarían refiriendo las normas especiales de abuso (por ejemplo, el artículo 380 del Código penal), teniendo que concluirse para ser coherentes con la tesis reduccionista, que tiene que tratarse de una autoridad, lo cual de por sí es una apreciación errónea[241].

Ahora bien, la tipicidad del delito requiere que el agente este investido de autoridad y en vista de tal circunstancia ejerza determinadas funciones públicas[242], específicamente del sector donde pertenezca el funcionario estatal; en consecuencia, no serían típicos aquellos supuestos de clausura de local comercial en el marco de atribuciones funcionales[243], o aquel caso de creación de tributos municipales en mercados

---

(240) ROJAS VARGAS, *"El abuso de autoridad: aspectos legales y jurisprudenciales"*, cit., p. 263.

(241) ROJAS VARGAS, *"El abuso de autoridad: aspectos legales y jurisprudenciales"*, cit., p. 263.

(242) Véase, en este sentido: Ejecutoria Suprema del 17/09/1998 (Sala C), Exp. N° 335-98-CALLAO. Revista Peruana de Jurisprudencia, año II, N° 3, Editora Normas Legales, Trujillo, 1999, p. 378 "Los presupuestos legales que exige el tipo penal descrito por el numeral 376 del Código punitivo requieren que el sujeto activo no solo sea funcionario público, sino que se encuentre investido de autoridad y ejerza funciones públicas".

(243) Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 14 de diciembre de 1998, Exp. N° 137-98. Baca Cabrera – Rojas Vargas – Neyra Huamán, Jurisprudencia penal de procesos sumarios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 506: "Al haber los procesados, en su calidad de funcionarios públicos de la

y mataderos públicos se halla en el marco de la ley[244]. Finalmente, en el caso de las rocas colocadas en la puerta de ingreso a un Penal, al no ser de competencia del funcionario municipal, por lo tanto, es atípica por delito de abuso de autoridad[245].

En esta línea de pensamiento, el artículo 376° del Código penal, parte pertinente, cuyo texto es el siguiente: *"El funcionario público que, abusando de sus atribuciones..."*; no puede hablarse técnicamente de un "abuso" de atribuciones estatales si alguien no posee dicha atribución; esto es, actos que no son competencia del sujeto no configuran abuso de atribuciones propio del delito[246],

---

Municipalidad, procedido a clausurar el local comercial del agraviado, se han limitado a cumplir con sus deberes de función, ejercitando sus atribuciones y autoridad dentro de los límites y con el procedimiento que la ley señala, no constituyendo su accionar delito de abuso de autoridad".

(244) Ejecutoria Suprema del 05/12/1995, Exp. N° 3565-95 AREQUIPA. Gómez Mendoza, Gonzalo, Jurisprudencia penal de la Corte Suprema, tomo II, IDEMSA, Lima, 1996, p. 353: "El delito de abuso de autoridad imputado al Alcalde Provincial, quien expidió Resolución Municipal por el cual se ordena el pago de tributos a los comerciantes mayoristas que utilizaban los mercados y mataderos de propiedad del Municipio, tributo que habría sido creado indebidamente, no se ha configurado, por cuanto el procesado **ha actuado dentro de las facultades establecidas en la Ley de Municipalidades que permiten la creación de tributos por el uso de mercados y mataderos públicos**, limitándose a delegar el cumplimiento de dicha resolución a su coencausado, quien se desempeñaba como Director de Rentas".

(245) Ejecutoria Suprema del 13/12/1994, Exp. N° 1207-94-B-AREQUIPA Gómez Mendoza, Gonzalo, Jurisprudencia de la Corte Suprema, tomo II, IDEMSA, Lima, 1996, p. 299. *"El encausado, Alcalde Provincial, no ha incurrido en el delito de abuso de autoridad, ya que la conducta de colocación de rocas en la puerta de ingreso al local del Ex CRAS,* ***se ha acreditado no ha sido de competencia del procesado****, toda vez que en dicha arteria se han realizado trabajos de rehabilitación de las redes de desagüe, ordenada por la Empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Arequipa, obras que necesitan de dicho material para su ejecución en beneficio de la ciudad".*

(246) Ejecutoria Suprema del 16/03/1998, Exp. N° 5676-97-CONO NORTE DE LIMA, Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia penal comentada, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 387 *"No se encuentra acreditado el delito de abuso de autoridad imputado al oficial de La Policía Nacional, al no haber ejecutado este el acto arbitrario* ***en el cumplimiento de sus funciones*** *si se tiene en cuenta que la*

en todo caso, lo que habría es otra tipificación: delito de "usurpación de funciones"[247].

Además, debemos tener en cuenta que la comisión del abuso de funciones requiere de la competencia de ejercer actos pasibles de abuso por parte del funcionario, pero como las implicancias típicas no son estáticas, es importante también que, previamente o durante el ejercicio conductual del abuso, el agente-funcionario se encuentre en su labor[248]; esto quiere decir que cometa u ordene actos arbitrarios en el ejercicio propio de sus funciones, pues de ella se abusa, lo contrario haría atípica la conducta[249].

Esta parte del tipo penal es lo que se conoce como ley penal en blanco, es decir, que el juez tendrá que acudir, necesariamente a normas

---

investigación policial estuvo a cargo de otro oficial policial; observándose sí un actuar negligente por parte del procesado al no adoptar las medidas correctivas del caso, actividad que sin embargo no puede ser penalizada al ser un delito de abuso de autoridad de eminente naturaleza dolosa".

(247) Véase: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código Peruano*, Palestra editores 2001, Lima, p. 183 "Ejemplos: El policía que ordena la detención de un indocumentado alcalde que sin motivos cancela una licencia de funcionamiento de un local; secretario judicial que embarga más de lo necesario y legal o que causa perjuicio innecesario durante el proceso de embargo; policía que ordena la incomunicación de un detenido sin razón alguna, etc." PEÑA CABRERA FREYRE, tomo V, 2010, p. 221 "Debe distinguirse esta figura del injusto funcionarial con el tipo penal de usurpación de funciones, pues mientras el primero importa una actuación competencial legítima del *intraneus*, el segundo supone la invasión y/o intrusión al fuero funcional, por ende, atenta contra la legitimidad de la administración y, el abuso de autoridad la legalidad de la actuación funcionarial, cuando se perpetra el acto abusivo".

(248) Véase, en este sentido: SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino,* tomo V, Buenos Aires, 1951, p. 155. BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, 2012, p. 660: "Se trata de una conducta abusiva, pero no por su disconformidad con el orden jurídico, sino por el mal uso de la autoridad dentro de la propia función, es el uso de un poder que, con arreglo a la Constitución o la ley, la propia función no atribuye".

(249) SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 161.

extra-penales para llenar el contenido del término "atribuciones"[250]; así, por ejemplo, si el acto abusivo proviene de un Alcalde, tenemos que remitirnos a la Ley Orgánica de Municipalidades y revisar cada una de las obligaciones y facultades que prevé dicha ley y a partir de ahí observar si dentro de la interpretación de las atribuciones haya existido una extralimitación, y luego veremos que el acto abusivo tiene que estar revestido de una connotación arbitraria.

En realidad, no interesa para los fines de la tipicidad, cómo y cuándo el funcionario haya adquirido el cargo del cual provienen las atribuciones funcionales, lo que sí será relevante es que el cargo se haya obtenido de acuerdo a los cánones que prevé la ley y sus reglamentos respectivos.

Todo abuso implica una extralimitación de las facultades previamente conferidas al funcionario público. Acto arbitrario es cualquier acto administrativo contrario a la ley. Se logra el acto arbitrario cuando el funcionario supera los parámetros de riesgos de su función regulados por la ley.

---

[250] La descripción típica del delito de abuso de autoridad debe ser integrada con las normas de otras ramas del Derecho público que fijan el contenido y los límites de las funciones públicas; en este sentido, véase la Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 12 de septiembre del 2000. Exp. N° 1897-2000. Rojas Vargas, Fidel. Jurisprudencia penal y proceso penal, IDEMSA, Lima, 2002, p. 730: "Respecto al delito de abusos de autoridad, previsto en el artículo 376° del Código Penal, es menester efectuar las siguientes precisiones: a) Tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; b) La conducta abusiva presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público, siempre dentro del marco de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico; y c) **Que, el precepto debe ser integrado por las normas de otras ramas del derecho público que son las que fijan las funciones de los órganos de la administración, y, consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas lícitamente**".

Por otro lado, en relación a la ilegitimidad propia de un "abuso" funcional puede consistir en dos supuestos: a) *El uso de facultades prohibidas específicamente o no concedidas a ningún funcionario* público (p. ej. detención ilegal; funcionario del Registro Civil que obliga a casarse a quien no quiere), y b) *El uso de facultades concedidas por la ley, pero ejercidas arbitrariamente por no darse los supuestos de hecho para su ejercicio*; así por ejemplo, el policía que detiene más tiempo del necesario que prevé la ley a personas acusadas de terrorismo o narcotráfico, pues como es sabido, la propia Constitución del Perú, señala en el artículo 2, numeral 25, inciso F que dichas personas pueden ser detenidas solo hasta 15 días.

5.4. Modalidades conductuales: cometer u ordenar

La autonomía de las modalidades se aprecia de la singularidad estructural, ya que mientras el "ordenar" es una conducta intelectual, la de "conocer" es material; y siguiendo esta lógica, la modalidad de ordenar revela un injusto de mayor disvalor que el supuesto de cometer, por lo que el juzgador debe castigar con una penalidad más severa el primero de ellos[251].

En ese sentido, el artículo 376° del Código penal peruano establece dicha dualidad de comportamiento, que a continuación lo detallaremos:

- Con relación al verbo "cometer" se trata de una conducta activa del funcionario público, en la cual el mismo tiene que realizar el acto abusivo; por ejemplo el policía que tenía una orden judicial lícita de desalojo, pero durante el desalojo, el mismo policía arremete contra los dueños de la casa, produciendo daños a bienes muebles que se encontraban dentro de la casa.

  Tiene que haber una necesaria y evidente –ya sea con prueba directa o indirecta– relación de causalidad, por un lado entre actos

[251] PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl; *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo V, Lima, 2010, p. 221.

de "ordenación" directa proveniente de un funcionario público y por otro lado, del acto abusivo y perjudicial hacia una persona natural o jurídica; por ello, aquellos actos arbitrarios por ejemplo de policías municipales no ordenados por funcionario municipal no configurarían delito de abuso de autoridad[252].

El delito tanto si el funcionario público actúa de propia mano como ordenando su ejecución, se puede llegar a concluir de que el tipo admite como posible sujetos activos a los funcionarios públicos y a los particulares a quienes estos les ordenan la ejecución de actos arbitrarios en perjuicio de alguien.

En esta modalidad de abuso de autoridad, el sujeto activo imputado de cometer dicho acto es también quien lo ha ordenado; la orden se halla implícita en la tipicidad del hecho ilícito[253]. El proceso ejecutivo del delito vincula directamente actos de orden y actos de ejecución-consumación, ambos imputados al funcionario público[254].

- Con relación al verbo "ordenar" esto implica una vez más las facultades decisorias (mandar hacer algo) del funcionario público[255]; es decir, debe quedar claro que ordenar solamente

---

[252] Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 9 de noviembre de 1998, Exp. N° 2730-98. Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia penal comentada, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 848. "Al corresponder los excesos, conscientes en utilizar violencia en la intervención, decomiso y retención de la mercadería de la vendedora ambulante agraviada, a actos propios de competencia de los policías municipales, no existiendo suficientes elementos probatorios que permitan establecer que el director municipal haya ordenado decomisar a sus coprocesados la mercadería a la agraviada, corresponde en consecuencia confirmar el sobreseimiento dictado a su favor, **ante la ausencia de vinculación causal imputable entre acto arbitrario y los actos u orden del funcionario edil**".

[253] SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011, p. 157.

[254] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007.

[255] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 1997, p. 115.

puede ser una "autoridad" que, en ejercicio de sus atribuciones (pero abusando) manda a otro (funcionario o particular) que ejecute determinado acto.[256]

Tal conclusión, sin embargo, carecería de certeza en vista de que los delitos comprendidos en la Sección I Abuso de Autoridad solo pueden ser cometidos por funcionarios públicos. De esta manera, los particulares que cumplen órdenes que conllevan la ejecución de actos arbitrarios realizarán actividades que se encuadran en el tipo, pero solo en calidad de partícipes o cómplices.

Su configuración obedece a formas de comisión activa y no omisiva, pues no es imaginable el supuesto de emisión de órdenes por omisión impropia, ya que estas dependen de una actuación propia de función de autoridad y no un dejar de hacer, por lo que no se satisface la equiparación jurídica. Así también concurrirán supuestos de órdenes de ejecución directa (delito instantáneo) y de tracto sucesivo (delito continuado)[257].

La orden se observa en forma escrita (v. gr. resoluciones, memorándums, oficios, directrices) o verbal, o simples vías de hechos, la actuación del agente es indirecta en la generación del perjuicio, basta que por cualquiera de estas circunstancias emita una orden para que la conducta se configure, no siendo necesario constatar que la disposición se haya ejecutado o haya generado perjuicio a terceros[258].

La orden del funcionario público tiene que ser dada de manera expresa y de forma inequívoca; sin embargo, el problema está en lo siguiente: ¿Si también puede darse el caso, para efectos de la tipicidad, de una orden implícita? Ponemos el siguiente supuesto: el funcionario realiza determinados actos que pue-

[256] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, Lima, p. 185.

[257] GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 559.

[258] GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 558.

den dar a entender que dicho funcionario público ha dado una orden; por ejemplo, el Alcalde que en algún momento manifestó en Sesión de Concejo que iba a desalojar, sin resolución judicial, a todos los ambulantes que se encuentran en la zona de la Parada, pero que finalmente no se llegó a realizar dicho desalojo por ciertos motivos; empero, luego de unas semanas, dos Serenos de la Municipalidad, en el entendido que la orden todavía sigue en pie, realizan el acto abusivo de desalojo hacia los integrantes de la Parada.

Desde nuestro punto de vista, y según el caso planteado, la orden implícita solo tendría relevancia jurídico-penal en la medida que dicha orden tenga, luego un grado de "actualización" por el mismo funcionario; es decir, necesariamente tiene que haber una orden expresa (y por tanto abusiva) que en momentos posteriores no se llegó a ejecutar, pero que el funcionario público ha realizado ciertos comportamientos (voluntarios y no coactivos) que "expresan" que dicha orden sigue "latente" y "vigente" en la actualidad, y que pueda ser percibido por terceras personas, normalmente cercanos al funcionario público. Como es sabido, se trata de un supuesto de interpretación *in extenso* en relación al tipo penal, en tal sentido, tiene que haber mostrado voluntariamente el funcionario público, en primer lugar, una orden expresa e inequívoca; en consecuencia, si no existe tal orden expresa, a nuestro juicio, no podrá verificarse una orden implícita, al menos para el delito de abuso de autoridad.

Ahora bien, la orden tiene que ser dirigida concretamente hacia otra u otras personas –y aquí tiene que ser necesariamente una persona natural– que están de alguna manera vinculadas al funcionario público; aunque no se trata expresamente de un requisito *sine qua non*, consideramos que entre el funcionario y la persona ejecutante –que puede ser un funcionario, un servidor público o simplemente un particular– debe haber determinados lazos de comunicación –ya sea amical, parental, funcional, etc.– mínimamente existentes.

Finalmente, las características de la orden son los siguientes: a) las órdenes que quedan en la oficina del funcionario y que no llegan a ejecutarse constituyen actos penalmente irrelevantes, B) las órdenes ejecutables firmadas (por el o los funcionarios competentes) que son notificadas, constituyen ya actos ejecutivos que hacen tentativa inacabada del delito; c) las órdenes ejecutadas pero que no producen el efecto perjudicial del "alguien" al que alude la norma penal y sea por razones externas o internas que frustran la realización del acto arbitrario, configuran tentativa acabada o delito frustrado; y d) las órdenes ejecutadas que resultan perjudiciales al tercero consuman el delito de abuso de autoridad[259].

5.5. Sobre el resultado típico: acto arbitrario en perjuicio de alguien

5.5.1. Se trata de un tipo penal de resultado lesivo

El delito de abuso de autoridad se trata de un delito de resultado lesivo de acuerdo al actual artículo 376° del Código penal (acorde con la modificatoria introducida a través de la Ley N° 29703) cuyo texto es el siguiente: *"El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena* ***un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien****"*,y desde nuestro punto de vista, consideramos que está acorde con el principio de lesividad material y fragmentariedad que debe reinar en el Derecho penal; porque el tipo penal no podrá perfeccionarse si es que la conducta abusiva acarrea algún perjuicio a un particular, ya sea una persona natural o una persona jurídica.

Igualmente no son casos de "abuso de autoridad" aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos: por ejemplo exacciones ilegales, cohecho, peculado, etc.[260]

---

[259] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 233.

[260] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 189.

5.5.2. Sobre el acto arbitrario

El abuso de autoridad no está en función solamente al "abuso" de atribuciones, sino también al acto en sí que debe ser catalogado como "arbitrario", y como es sabido, todo lo arbitrario es extralimitado, y por tanto sujeto a valoración jurídica: lo arbitrario es negar el Derecho, es desconocer, es prescindir de él[261]; el concepto de "arbitrariedad" no se trata de un concepto genérico, de carácter impersonalizado, sino que la arbitrariedad (funcional), para fines de la tipicidad penal, debe desembocar en algo concreto y específico[262].

Según Abanto Vásquez "...la arbitrariedad consiste en la oposición del acto a las leyes; en la cual el funcionario sustituye la ley por su propia voluntad. No habrá arbitrariedad, si la propia ley ampara las decisiones del funcionario.[263] Para García Navarro "...la definición del acto arbitrario, a partir de las variantes de la extralimitación, debe comprenderse a través del aumento del riesgo que categóricamente controla los parámetros de la norma. Como se sabe, la norma define los actos funcionales (señalamiento legal de facultades y atribuciones), tanto reglando su forma de actuación como el sentido de los mismos, por lo que demarca o fija el perímetro de lo que se debe o no hacer"[264].

El término acto es un requisito muy amplio que incluye a "resoluciones", "órdenes" o cualquier otro "acto administrativo", siempre que

---

[261] FERREIRA, Francisco José; *Delitos contra la administración pública,* Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 184.

[262] En este punto, véase a HUGO ÁLVAREZ, "*El nuevo constructo del delito de abuso de autoridad*", cit., p. 283 quien señala que: "Donde hay un abuso de atribución hay un acto arbitrario; sea ordenando: ejecutando. Entonces, sería mucho más apropiado denominar al tipo: "Delito de abuso de atribuciones públicas" en lugar de abuso de autoridad. No existe un acto arbitrario sin abuso de atribución (el perjuicio es implícito al abuso) que se constituye como un medio-fin. Por tanto, abuso de atribución y acto arbitrario son consustanciales y coexisten en la propia acción material del agente que actúa o ejecuta dolosamente".

[263] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2011, p. 187.

[264] GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 572.

tengan trascendencia externa, o sea, fuera de la administración pública. Con ello evita la discusión doctrinaria argentina sobre los conceptos de "orden" y "resolución". Como es lógico, el acto arbitrario se dirige sobre los derechos de las personas y no sobre objetos o cosas que lo representen (v. gr. el derecho de propiedad y no el terreno), y, si bien el objeto material directo es la función pública, debemos considerar a los derechos de las personas como un objeto material indirecto[265].

5.5.3. Sobre el perjuicio a alguien

La alusión expresa al término "alguien" en la fórmula peruana de abuso de autoridad permite legítimamente colegir que existe un perjudicado (una persona física y jurídica, un particular o un colectivo) que es el que sufre el agravio directo del acto arbitrario. Pero de allí elevarlo a la categoría de sujeto pasivo específico generaría algunas notas contradictorias con la del bien jurídico protegido como, por ejemplo, admitir el efecto justificador de la antijuridicidad del hecho de consentir el perjudicado el acto arbitrario[266].

Ese alguien perjudicado no es ciertamente la administración pública, sino una persona natural o jurídica distinta a aquella. Siendo esto así, debe interpretarse el sentido de este elemento típico para vincularlo a la finalidad de protección en este delito[267]. El acto arbitrario del funcionario, en su vertiente objetiva (acto material) repercute negativamente en el directo perjudicado. Pero, desde la perspectiva subjetiva (móvil o voluntad manifestada en el acto arbitrario), la arbitrariedad del funcionario que ordena o comete el acto arbitrario igualmente incide en la confianza, en la igualdad y en la certidumbre que deben tener los ciudadanos en el ejercicio de la función pública. Por tanto, la conducta del funcionario que adopta la decisión arbitraria vulnera específicamente esa relación de confianza, previsibilidad, y de trato

---

[265] GARCÍA NAVARRO, ob. cit., 2009, p. 588.

[266] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 223.

[267] FIGUEROA NAVARRO; *"Criterios político criminales para la Reforma de los Delitos contra la administración pública"*, en: Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima, Año 5 N° 6 , 2007.

igualitario que se garantiza a través de la observancia del principio de legalidad en la función pública[268].

Si el perjuicio importa un menoscabo al patrimonio estatal, cuando el funcionario desvía los fondos de una entidad pública, a un objeto distinto al previsto en la ley, será constitutivo del delito de malversación de fondos y, si aquel se manifiesta en una defraudación de los intereses patrimoniales del Estado, producto de una concertación del funcionario con un particular en un proceso de licitación pública, será reputado como delito de colusión ilegal"[269].

El perjuicio está empleado en su acepción genérica[270], por lo mismo, puede ser de naturaleza económica, administrativa, de operatividad funcional (para los negocios, trámites, viajes, etc.), moral (la imagen del afectado: de la persona natural o jurídica), aflictiva, política, civil, etc. Es evidente que el perjuicio al poseer naturaleza amplia no necesariamente está circunscrito a los de contenido patrimonial, sin embargo hablar de la posibilidad de perjuicio (perjuicio potencial) para ampliar el significante de dicho componente del tipo de abuso genérico de autoridad, supondría perder límites de la lesividad derivada de la conducta típica[271].

El elemento perjuicio es de naturaleza objetiva, de modo tal que debe resultar perfectamente medible, verificable en base a criterios objetivos de observación –contrastación. Y ello va a implicar por partida doble una lesión al bien jurídico tutelado con el delito de abuso de autoridad (la administración pública y los derechos de tercero); no es posible olvidar esta indesligable biodiversidad para priorizar la desven-

---

[268] FIGUEROA NAVARRO; "*Criterios político criminales para la Reforma de los delitos contra la administración pública*", loc. cit.

[269] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 221.

[270] Véase, en este sentido: SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011, p. 162 "El perjuicio está empleado en su aceptación genérica, por lo mismo, puede ser de naturaleza económica, administrativa, de operatividad funcional, moral, política, civil, etc."

[271] ROJAS VARGAS, ob. cit., p. 236.

taja que pudiera argumentar el consentimiento como factor de legitimación del comportamiento ilícito[272].

Se produce el perjuicio cuando se ocasiona daño o lesión o menoscabo a los derechos de otra persona; debemos de advertir, en este contexto, que por ejemplo los errores dolosos de autoridades judiciales no configurarían abuso de autoridad, sino más bien ámbito de materia disciplinaria[273]; en otras palabras, el delito de abuso de autoridad requiere hechos suficientemente graves y no simples providencias disciplinarias[274].

6. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de abuso de autoridad es esencialmente doloso[275]. La conducta del agente está cualificada por el dolo directo, ya que la vo-

---

[272] ROJAS VARGAS, ob. cit., pp. 236 y 237.

[273] Ejecutoria Suprema del 11/03/1981 Exp. N° 1110-80-LAMBAYEQUE. Jurisprudencia penal, Editora Normas Legales, Trujillo, 1987, p. 169: "Los errores en que incurren las autoridades judiciales al practicar las diligencias propias de la instrucción, al margen de actuación dolosa, no constituyen delito de abuso de autoridad sino faltas de carácter disciplinario, no resultando el Estado agraviado en tales casos, pues el perjuicio solo pueden cometerse en perjuicio de un particular".

[274] Ejecutoria Suprema del 25/07/1998, Exp. N° 5341-97-PIURA-TUMBES, Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia penal, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 642 "Para que se materialice el delito de abuso de autoridad, se requiere de parte del sujeto activo que haya cometido un hecho suficientemente grave como para ser objeto de represión penal, y no simples providencias disciplinarias, se le incrimina al acusado, en su posición de alcalde, el haber impedido a la agraviada realizar el estudio de un expediente administrativo en circunstancias que se encontraba en la oficina de la Dirección de Obras de la Municipalidad Provincial, habiéndola amenazado además con proceder con su detención si no abandonaba la oficina; teniendo en cuenta la negativa del encausado, de ingreso restringido por la naturaleza de los asuntos que allí se veían y que además en ningún momento se produjeron los actos que hace mención la agraviada, afirmación corroborada con las declaraciones testimoniales de autos; advirtiéndose de los actuados que la conducta incriminada al procesado no tiene las características ni contenido penal por delito de abuso de autoridad".

[275] Ejecutoria Suprema 11/03/1998 (Consulta), Exp. N° 571-97-LAMBAYEQUE, Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia penal comentada, Gaceta Jurídica, Lima,

luntad está dirigida a causar perjuicio. Y se aprecia el dolo en el funcionario cuando este deliberadamente hace mal uso de las atribuciones de las que goza para ir en contra de los deberes de su cargo que le obligan a desempeñarse de acuerdo a criterios de corrección y respeto por las leyes y normas jurídicas en general, buscando perjudicar la situación jurídica administrativa, de imagen, económica, etc., de la víctima material directa; es decir, del "alguien" (persona natural o jurídica e incluso otro funcionario o servidor público) a quien se refiere el tipo penal 376º. El dolo es así un dolo directo o de intención, o como se diría coloquialmente, de mala intención[276].

En consecuencia, el delito de abuso de autoridad excluye la posibilidad del dolo eventual. En este punto, el sujeto debe conocer la "idoneidad del perjuicio" de su conducta abusiva. Con todo ello se excluye claramente el "dolo eventual"; solamente es posible el dolo directo.[277]

Para Salinas Siccha "...no es posible admitir el dolo eventual, consideramos que si un funcionario actúa sin conocer su reglamentación en la práctica administrativa, se tiene como negligencia en el ejercicio de sus funciones y es objeto de sanción administrativa. Es un funcionario negligente aquel que no le interesa conocer las leyes o reglamentos que regulan su función. Aquí, para imputar la comisión del delito de abuso de autoridad se debe verificar si el agente conocía todos los elementos objetivos del tipo penal y pese a ello actuó"[278].

1999, p. 385: "La sentencia condenatoria debe fundamentarse en suficientes elementos probatorios que acrediten fehacientemente la responsabilidad del imputado, contrario sensu procede su absolución, que de autos se advierte que no se ha acreditado una conducta dolosa por parte del acusado, no contemplando además el ilícito materia del proceso un accionar culposo, lo que amerita su absolución".

[276] Véase, en este sentido: ROJAS VARGAS, *"El abuso de autoridad: aspectos legales y jurisprudenciales"*, cit., p. 267.

[277] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2011, p. 190.

[278] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 167.

7. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

De acuerdo a la lectura del artículo 376°, resultaría evidente que este delito admitiría interrupciones voluntarias e involuntarias en fase de ejecución (tentativa, artículo 16° del Código penal), empero consideramos que debe tenerse en consideración los dos verbos rectores que prevé el citado tipo penal:

a) Con respecto al verbo "**cometer**" puede suceder el caso que el policía haya tomado la decisión de realizar la diligencia de lanzamiento en un local comercial, sin tener todavía la orden judicial; sin embargo, en el momento que el personal policial está a punto de descender de los vehículos oficiales, otro grupo de personas tratan de impedir el lanzamiento, lo cual no ha perjudicado a ninguna persona en concreto; el caso ha quedado en grado de tentativa.

   Como es sabido, el que se atreve a cometer, a realizar la acción típica abusiva, puede ser una persona distinta a aquella persona quien finalmente tomó la decisión abusiva. En este caso, se producirá, para los efectos de los grados de desarrollo del delito, que quien comenzó a realizar el acto abusivo (que necesariamente tendrá que ser un funcionario estatal), pero que finalmente no se perjudicó a nadie, sin embargo, igualmente será sancionado en grado de tentativa del artículo 376° del Código penal.

   Ahora bien, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Cuál es la responsabilidad penal, en los grados de desarrollo delito, de la persona quien decidió la orden abusiva? La persona que está "detrás" de quien cometió "dolosamente" la acción abusiva, será responsable si es que esta persona haya tenido la decisión conjunta con el sujeto de "adelante" (obviamente se admitirá la coautoría, siempre que ambos sujetos sean "funcionarios"), aun cuando la persona de adelante solo haya realizado su conducta en grado de tentativa.

b) Con respecto al verbo "**decidir**", se observa con mayor nitidez la potestad de decisión que posee el funcionario, normalmente

este no ha realizado por sí misma la acción ejecutiva, de manera que en el caso del funcionario municipal (gerente de un área) que haya decidido por ejemplo demoler la fachada de una vivienda en un área que le pertenece a la Municipalidad, con la finalidad de poder construir, más adelante una avenida para la Comunidad; en efecto, la orden municipal ya está firmada y el personal municipal y policial ya elegidos; sin embargo, por motivos involuntarios la orden nunca se llegó ejecutar pero ya se inició la ejecución delictiva, la pregunta que cabe realizar, luego del supuesto fáctico, sería: ¿Ya se consumó el delito de abuso de autoridad?

Como es sabido, el verbo rector "ordenar" se trata de un tipo de mera actividad, que no requiere para su configuración de resultado típico[279]. ¿Cómo conciliar este último verbo rector con el perjuicio para evitar que un hecho de tal naturaleza quede impune? Existen varias hipótesis a plantear: El acto de ordenar un acto arbitrario no ejecutado no implica perjuicio directo al particular pero sí al Estado; entonces se lesiona el bien jurídico específico protegido por la norma penal: entendida como ejercicio regular de las atribuciones conferidas por ley al funcionario público dentro de la legalidad administrativa. La otra hipótesis: No hubo perjuicio pero se puso en peligro (concreto o abstracto) el bien jurídico tutelado, lo cual justifica un merecimiento de pena[280].

---

[279] HUGO ÁLVAREZ, Jorge; "*El nuevo constructo del delito de abuso de autoridad*", en: Francisco R. Heydegger / Atahuamán P. Jhuliana (coordinadores) Delitos contra la administración pública, Lima, 2013, p. 278.

[280] HUGO ÁLVAREZ, "*El nuevo constructo del delito de abuso de autoridad*", cit., p. 278.

II. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EN FUNCIÓN AL PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 376º del Código penal modificado por la Sétima Disposición Final de la Ley N° 28165, publicada el 10- 01-2004, en el segundo párrafo, se regula el delito de abuso de autoridad cuando deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, cuyo texto es el siguiente:

> *"Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años."*

2. COMENTARIOS

Constituye una circunstancia típica agravante el hecho de que el funcionario público, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, en el marco de un procedimiento legal de cobranza coactiva; en otras palabras, para la tipificación de esta agravante tiene que cumplirse con todos y cada uno de los elementos objetivos descritos en la tipicidad básica del artículo 376º.

Siguiendo a Peña Cabrera Freyre[281] en la presente agravante no se habla de planos de afectación a los ciudadanos, se tiene que el plus de disvalor ha de verse en las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de un procedimiento de ejecución coactiva, en cuanto a la lesión de derechos subjetivos de los administrados.

El procedimiento de cobranza coactiva es aquel procedimiento que en materia tributaria constituye una manifestación del principio de autotutela, por el que una administración tributaria puede hacer efectivo los actos administrativos que contengan deuda tributaria. El ejecutor coactivo es el titular y el responsable del procedimiento. Es

[281] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, 2010, p. 225.

quien en nombre de la administración tributaria ejerce las acciones de coerción para el cumplimiento de deudas que tengan la condición de "firmes".

Según la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (Artículo 2) se señala que en un procedimiento administrativo de ejecución coactiva intervienen los siguientes sujetos: en primer lugar, la entidad o entidades[282]; en segundo lugar, está el obligado[283] y el Ejecutor Coactivo o Ejecutor[284]; asimismo interviene si fuera el caso un Auxiliar Coactivo o Auxiliar[285], todo ello en el marco de un debido procedimiento administrativo[286].

La Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, en el Artículo 22, delimita el tema de la responsabilidad penal y/o administrativa del Ejecutor coactivo, como el Auxiliar y la Entidad, en el ámbito del abuso funcional que pudieran cometer dichos sujetos públicos, y serán responsables, según la Ley 26979, en los siguientes casos: **a)** Cuando se inicie un procedimiento sin que exista acto o resolución administrativa que determine la obligación; **b)** Cuando se inicie un procedimiento sin que el acto o resolución administrativa que determine la obligación hubiese sido debidamente notificado; **c)** Cuando el procedimiento se inicie sin esperar el vencimiento del plazo fijado por ley, para impugnar el acto o la resolución administrativa que determine la obligación; **d)** Cuando no se hubiese suspendido el procedimiento a pesar que el obligado hubiese probado fehaciente y oportunamen-

---

(282) Aquella de la administración pública nacional que está facultada por ley a exigir coactivamente el pago de una acreencia o la ejecución de una obligación de hacer o no hacer.

(283) Toda persona natural, persona jurídica, sucesión indivisa, sociedad conyugal, sociedad de hecho y similares, que sea sujeto de un procedimiento de ejecución coactiva o de una medida cautelar previa.

(284) El funcionario responsable del Procedimiento de Ejecución Coactiva.

(285) Aquel que tiene como función colaborar con el Ejecutor.

(286) El conjunto de actos administrativos destinados al cumplimiento de la obligación materia de ejecución coactiva.

te el silencio administrativo positivo; **e)** Cuando no levante la orden de retención sobre las cantidades retenidas en exceso, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación cursada por el agente retenedor; **f)** Cuando ejecute las medidas cautelares y/o las garantías ofrecidas en contravención a lo dispuesto en la ley; **g)** Cuando el monto obtenido por la ejecución de las garantías no sea destinado a la cancelación o amortización de la deuda; **h)** Cuando se incumpla con lo dispuesto por el Tribunal Fiscal, o en los casos que corresponda conforme a ley; y, **i)** Cuando se incumpla con el procedimiento establecido para la tercería de propiedad a que se refiere la ley.

Los casos de la jurisprudencia sobre abuso de autoridad, serían aquellos bienes ordenados por la ejecutora coactiva sin que exista obligación de la parte afectada con la Comuna[287]; o de aquel caso del ejecutor coactivo que secuestra vehículo de transporte[288].

Como es lógico, este delito se comete a título de dolo por parte del autor.

---

[287] Ejecutoría Suprema del 03/06/2001, Exp. N° 4562-LIMA, Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia penal comentada, tomo II, IDEMSA, Lima, 2005, p. 173: "Se encuentra acreditado el delito de abuso de autoridad por lo que ha quedado demostrado que la encausada, ejecutora coactiva de la Municipalidad, dolosa y arbitrariamente ha trabado embargo sobre bienes de la agraviada, quien no tenía ninguna deuda con la citada comuna".

[288] Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín del 29 de abril de 1997, Exp. N° 818-95. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, serie de jurisprudencia 1, Lima, p. 467: "El embargo en forma de secuestro de un vehículo de transporte por un ejecutor coactivo argumentando las facultades legales de dicho cargo, constituye abuso de autoridad al haberse violado lo señalado en los artículo 647° y 648° del Código Procesal Civil, así como por haber dispuesto el vehículo para fines no establecidos dentro de sus funciones, habiendo dicho funcionario actuado con exceso doloso".

III. EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO TUTELADO

Con la inclusión del art. 376-A, el legislador señala una agravante genérica, en la cual se consuma cuando se condiciona la distribución de bienes correspondientes a programas públicos y sociales con la finalidad de obtener ventaja política o electoral. Sostenemos que es una agravante genérica, porque en puridad de concepto son auténticos elementos típicos, encontrándose algunas de ellas en la parte especial, jugando el papel de circunstancias agravantes específicas o calificativas.

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[289], en el Capítulo XVIII, regula bajo el rubro "delitos contra la administración", los denominados "abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios", en el artículo 429° en los siguientes términos: *"El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social con la finalidad de obtener ventaja política o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 35 del Código penal".*

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 376-A reubicado y reformado por el Artículo 2 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, regula el delito de abuso de

---

[289] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 253.

autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios, de la siguiente manera:

> *"El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código penal".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Solo puede ser sujeto activo, el que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, realiza la conducta típica.

3.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el Estado, a través de la administración pública.

3.3. Conducta típica

La conducta típica tiene las siguientes características:

3.3.1. Valerse de su condición de funcionario o servidor público

El agente conocedor de su calidad de funcionario o servidor público y del poder que le da su cargo, tiene que hacer uso indebido de las posibilidades de acción que brindan sus atribuciones o que se desprendan de su calidad especial, esto es, del estatus que ocupa que serán más eficaces según el cargo o jerarquía de dicho sujeto público[290].

[290] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 263.

3.3.2. Condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social

El uso del verbo "condicionar" implica colocar exigencias o requisitos no contemplados en la ley o el reglamento al destinatario en la ejecución del programa. Supone una suerte de presión psicológica sobre la voluntad a efectos de conducirle al beneficiario o beneficiados a determinados cauces de acción u omisión anticipados en el dolo del sujeto activo[291].

El condicionamiento con que actúa el funcionario genera una situación de presión o dígase de coacción a los destinatarios (accesitarios del programa social), provocando una decisión desprovista de toda libertad, por lo que ellos no pueden ser considerados partícipes de este delito a efectos penales[292].

El fundamento material del injusto funcionarial viene informado por el "prevalimiento y/o abuso" del cargo confiado al funcionario, quien se sirve de aquel para obtener una ventaja indebida; por añadidura podría alegarse un contenido antiético, que sin duda llena también de valoración a este delito. Por consiguiente, se devela un quebrantamiento a los deberes propios del cargo[293].

En el marco de la política social, el Estado ejecuta, desarrolla, planifica como política de Estado, los denominados "Programas Públicos de Apoyo y Desarrollo Social", que tienen como principales accesitarios (destinatarios) a los sectores más pobres de la sociedad peruana, habiéndose focalizado en proyectos, como el FONAVI, INADE, INFES, PRONAA, Vaso de Leche, Comedores Populares, etc.; es decir se identifican programas que se dirigen a puntos estratégicos, donde se evidencia una mayor demanda de la sociedad.

---

[291] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 263.

[292] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., tomo V, Lima, 2010, p. 230.

[293] PEÑA CABRERA FREYRE ob. cit., tomo V, Lima, 2010, p. 230.

3.3.3. *Con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral*

Por ventaja política puede entenderse toda posición de predominio o privilegio que otorga poder, que ayuda a adquirirlo o a reconquistarlo, de acuerdo a las exigencias del tipo penal, con el condicionamiento practicado, tanto a nivel de simpatías políticas, aquiescencias ante decisiones adoptadas o por adoptar incondicionalismos, etc., apuntalando algún proyecto o interés personal del funcionario o del servidor o de terceros, vinculado o conexo con actividades políticas.

Las ventajas electorales están directamente vinculadas a la partición en elecciones directas o por representación a todo nivel o ámbito en la administración pública[294].

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito se comete exclusivamente en forma dolosa; excluyéndose la posibilidad de comisión culposa.

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

El delito bajo comentario se trata de un tipo de mera actividad, desde que no se exige expresamente un resultado lesivo, pues solo se exige que el agente realice acciones de condicionamiento en relación a la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, y nada más.

Bajo esta perspectiva, las posibilidades de grados de interrupción en el proceso de ejecución (tentativa) son casi nulos.

---

[294] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 265.

IV. EL DELITO DE OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES (ARTÍCULO 377º DEL CÓDIGO PENAL)

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La política criminal que adoptó el sistema penal peruano sobre el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales "...es un esquema legislativo de integración, es decir, ha sido –reajustando los tiempos verbales– construido tomando los componentes de otros modelos legales extranjeros. Así, del Código argentino se ha trasplantado todo el componente descriptivo: el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusase hacer o retardar algún acto...; del Código italiano de 1889 se ha tomado la frase "acto de su cargo". El reajuste o readaptación de los tiempos verbales se ha producido al cambiar el tiempo futuro al presente en los verbos rectores omite, rehúsa o retarda.

Otra adecuación observada en el texto peruano en relación al argentino es no haber copiado completo el núcleo rector rehusar hacer, sino únicamente rehúsa. Con este dispositivo legal, que contiene en su estructura el elemento normativo ilegalmente, que además acude a verbos rectores omisivos y que extiende la relevancia penal a los actos propios del cargo del funcionario, nos hallamos al igual que en el caso anterior (aunque en menor grado por cierto) frente a un relativo tipo genérico de incumplimiento de función. No siendo correcto señalar que estemos frente a un delito especial frente al abuso genérico de autoridad. En el tipo penal de incumplimiento de funciones se entrecruzan, objetivamente, la relevancia administrativa con la relevancia penal de los actos funcionales, jugando un papel de primera importancia la existencia del dolo para diferenciar en tal contexto la simple infracción culposa o administrativa de los actos u omisiones jurídico-penalmente relevantes.[295]

---

[295] Idem, p. 270.

En cuanto al Derecho comparado, podemos citar al Código penal argentino, que en el artículo 249, reprime expresamente estas conductas de la siguiente manera: *"Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio".*

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[296], en el Capítulo XVIII regula bajo el rubro "delitos contra la administración", los denominados "omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales", en el artículo 430° en los siguientes términos: *"El funcionario que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, con treinta a sesenta días multa e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1, 2, 3 y 8 del Código penal".*

El bien jurídico que se pretende proteger con este hecho punible es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública en cuanto oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública por parte de los funcionarios públicos que representan al Estado.

En otras palabras, el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de las funciones públicas, pues se trata de evitar que el funcionamiento de la administración pública se vea perjudicado por la inercia dolosa del funcionario público que ejerce un cargo determinado[297].

---

[296] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 253.

[297] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N° 169-2012-ÁNCASH, doce de setiembre de dos mil trece (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2015, Tomo 68, Editorial Gaceta Jurídica, pág. 182)

El delito de omisión de actos funcionales (artículo 377 del CP) es un delito de infracción del deber, que se perfecciona con la sola omisión, sin exigir un resultado lesivo a la administración pública más allá de la propia inercia dolosa del funcionario, lo que implica que estamos ante un delito de mera actividad.

La jurisprudencia penal ha señalado que en el delito de omisión de actos funcionales afecta la regularidad y legalidad de estos y no directamente el patrimonio público. Así, en *"El delito de omisión de actos funcionales no afecta directamente al patrimonio público (caudales o efectos), sino que lesiona esencialmente el correcto funcionamiento de la administración pública –como bien jurídico protegido–, en cuanto persigue garantizar la regularidad y legalidad de los actos realizados por los funcionarios públicos en el desarrollo de las actividades propias del cargo, así como evitar su actuación arbitraria, contraria a la Constitución, leyes o deberes.* (Sala Penal Permanente R.N. N° 2347-2008-LIMA)

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 377° regula el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, de la siguiente manera:

> *"El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días multa".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Al tratarse de un delito especial, el sujeto activo o agente del delito solo puede ser una persona que tenga la calidad o cualidad de funcionario público. Nadie más que aquel puede ser agente del delito, que lo puede realizar tanto a título personal como colegiado. De la propia lectura del tipo penal se concluye que están excluidos los servidores

públicos, es decir, de aquellos sujetos que no tienen capacidad de decisión en el ejercicio de sus funciones.

3.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo siempre será en primer lugar el Estado y luego la persona natural o jurídica que haya sido perjudicada con el acto abusivo del agente. No hay explicación razonable para excluir al perjudicado directo en sus derechos como sujeto pasivo-agraviado y por tanto participar del proceso penal como tal.

3.3. Conducta típica

De la lectura del tipo penal se cae en la cuenta de que la figura delictiva que en conjunto se conoce con la denominación de incumplimiento de deberes se perfecciona hasta por tres hipótesis o supuestos ilícitos perfectamente diferenciados. Ello tiene que ver con los tres verbos rectores que recoge el contenido del tipo penal: omitir, rehusar y retardar.

Ya hemos adelantado que el tipo penal del Art. 377º recoge tres modalidades o supuestos delictivos:

a) Omitir algún acto de su cargo

El comportamiento se configura cuando el agente, siempre funcionario público, omite, prescinde, descuida, desatiende o incumple algún acto funcional que normalmente está en la obligación de hacer o cumplir por estar dentro de sus atribuciones en el cargo, empleo u oficio que desempeña al interior de la administración pública.

El delito de omisión de actos funcionales no requiere de un resultado lesivo más allá de la propia inercia dolosa del funcionario. Así *"La conducta típica es omitir algún acto propio del cargo de forma ilegal, el cual está delimitado en el respectivo reglamento o ley, de ahí que sea necesario hacer mención a la norma que obliga al funcionario a efectuar determinado acto. Pero para diferenciar esta conducta de una simple infracción administrativa, se requiere que*

esta omisión sea ilegal, es decir, contraria a la normas que regulan la administración pública, y, además, dolosa, es decir, realizada con el conocimiento de que se omite hacer algo propio del cargo (omisión que se sabe es ilegal)"[298].

b) Rehusar algún acto de su cargo

El supuesto se configura cuando el sujeto activo, siempre funcionario público, pese al requerimiento efectuado, rehúsa, rehuye, esquiva, declina, desestima o niega el cumplimiento de un acto funcional que está en el deber de hacer al estar dentro de sus atribuciones, de acuerdo con el cargo que desempeña al interior de la administración pública.

c) Retardar algún acto de su cargo

Este supuesto se configura cuando el agente, siempre funcionario público, retarda, demora, retrasa, difiere, aplaza, dilata o pospone el cumplimiento de un acto funcional que está en el deber de hacer en tiempo oportuno, de acuerdo con el cargo o función que desempeña al interior de la administración pública.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la simple lectura del tipo penal se concluye que se trata de supuestos delictivos de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa. El agente con conocimiento que su conducta es ilegal, voluntariamente actúa y omite, rehúsa o retarda un acto funcional que le corresponde realizar. De la estructura de la fórmula legislativa se advierte que los supuestos delictivos que engloba el delito en análisis solo será posible su comisión por dolo directo. La circunstancia de que el tipo penal no exija alguna finalidad especial que pretenda conseguir el agente con su

---

[298] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N° 169-2012-ÁNCASH, fecha doce de setiembre de dos mil trece (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2015, Tomo 68, Editorial Gaceta Jurídica, pág. 182)

actuar, de modo alguno puede servir para sostener que las modalidades requieren dolo eventual, como argumenta Rojas Vargas.

No debemos confundir la figura del dolo como conocimiento y voluntad de realizar la acción u omisión dañosa, con lo que en doctrina se conoce "elementos subjetivos adicionales al dolo". Estos últimos no son más que la finalidad u objetivo último que guía al sujeto activo para realizar su acción dolosa. No en todos los delitos se exige la concurrencia de algún elemento subjetivo adicional al dolo para su comisión. Por ejemplo, en las hipótesis delictivas en hermenéutica jurídica, el tipo penal no exige la concurrencia de algún elemento subjetivo adicional al dolo. Pero sí es necesaria la concurrencia de los elementos del dolo directo.

Es posible el error de tipo y el de "prohibición" con la peculiaridad de que el desconocimiento del elemento típico "ilegalidad" incluye ya la conciencia de antijuridicidad, es decir funciona como error de tipo y de prohibición al mismo tiempo. Pero, deben aplicarse las consecuencias jurídicas del primero por ser más beneficiosos al reo: en caso de error evitable también habrá impunidad (y no solo atenuación de la pena) a falta de un tipo culposo correspondiente.[299]

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Las tres modalidades constituyen delitos de simple o mera actividad. Se perfeccionan sin necesidad de que se produzca un resultado material o un perjuicio para tercero. Al verificarse la omisión, el rehusamiento o el retardo de los actos funcionales, el delito queda consumado automáticamente. Es lugar común en la doctrina considerar que no es posible la tentativa.

La jurisprudencia penal ha señalado que en el delito de omisión de deberes funcionales se consuma cuando el funcionario no realiza una conducta a la que estaba obligado en razón de su cargo. Así, cuando

[299] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2011, p. 199.

"El delito de incumplimiento de funciones, en su modalidad de omisión de actos del cargo (previsto en el artículo 377 del CP), en tanto delito de omisión, se consuma cuando se debió actuar, que es la situación generadora del deber de actuación del agente. Esto ocurrió en el presente caso cuando los encausado, en su condición de funcionarios públicos, omitieron cautelar y orientar un uso adecuado de los fondos de la aludida Unidad Ejecutora Carretera Jorge Basadre[300].

V. EL DELITO DE DENEGACIÓN O DEFICIENTE APOYO POLICIAL (ARTÍCULO 378° DEL CÓDIGO PENAL)

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El interés fundamental para la sociedad que se pretende proteger con la construcción de la fórmula legislativa lo constituye el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública que sin duda se verá seriamente afectada ante la conducta del agente-policía de negarse a prestar auxilio a la autoridad o a un particular. La prestancia de la administración pública se ve afectada ante los ojos del conglomerado social al caer en la cuenta que sus policías se niegan a prestar auxilio a la autoridad o un civil.

A diferencia de la redacción del anterior Código penal de 1924, se ha empleado en el vigente el nombre propio del funcionario a quien va dirigido la norma penal: el policía. Esto obviamente fue posible tras el proceso de centralización y unificación de los diversos sectores policiales, producida por Ley N° 24949 del 25 de noviembre de 1988; es por eso hoy es posible utilizar la frase genérica policía nacional.

La definición legal del delito de denegatoria de auxilio reúne una serie de componentes: un sujeto específico, tres verbos rectores, ausen-

---

[300] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R.N. N° 2802-2007-UCAYALI, de fecha diez de abril de dos mil ocho. (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2010, Tomo 11, Editorial Gaceta Jurídica, pág. 216).

cia de justificación, petición de auxilio legalmente requerido, autoridad competente que pide la prestación de auxilio. Se observa así un apreciable celo garantista en la observancia de las formas para no incurrir en excesos de imputación contra el funcionario policial, de forma que no se lesione el debido principio de coordinación que debe de existir entre las entidades oficiales.

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[301], en el Capítulo XVIII regula bajo el rubro "delitos contra la administración", los denominados "Denegación o deficiente apoyo policial", en el artículo 431° en los siguientes términos: *"El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1, 2, 3 y 8 del Código penal.*

Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no mayor de tres años".

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El Artículo 378° que regula el delito de denegación o deficiente apoyo policial, de la siguiente manera:

> *"El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.*
>
> *Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años".*

(301) Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 253.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto Activo

Estamos frente a un delito especial, pues en el contenido del tipo penal se indica en forma clara la calidad o cualidad que debe tener el agente o sujeto activo.

Así tenemos que sujeto activo de los comportamientos delictivos en análisis solo será un policía, el mismo que puede ser un oficial sin interesar el grado o un suboficial. Es suficiente acreditar que el agente es miembro en actividad de la Policía Nacional.

3.2. Sujeto Pasivo

Sujeto pasivo siempre será el Estado, en tanto que la autoridad que hizo el requerimiento al que no hace caso el agente así como el particular en situación de peligro serán los directamente perjudicados con el actuar de aquel.

3.3. Conducta típica

Se tiene que este delito se perfecciona hasta por tres modalidades plenamente diferenciadas que es necesario explicar:

a) **Omitir auxilio requerido**

El comportamiento delictivo se configura cuando el agente, siempre policía, omite sin justificación aparente, prescinde o desatiende la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente que normalmente está en la obligación de hacer al estar dentro de sus atribuciones.

b) **Rehusar a prestar auxilio requerido**

El supuesto delictivo se configura cuando el sujeto activo, siempre policía, pese al requerimiento efectuado por autoridad civil competente rehúsa, rehúye, esquiva, declina, desestima o niega prestar el auxilio requerido que está en el deber de hacerlo al estar dentro de sus atribuciones.

c) Retardar el auxilio requerido

Retardar significa diferir, detener, dilatar, actuar con lentitud, entorpecer, dejar para fecha posterior, suspender algo pero sin desistir.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del tipo penal se deduce que estamos ante una conducta netamente dolosa, no cabe la comisión por culpa. El agente con conocimiento que la autoridad civil o un tercero en peligro le requiere auxilio, voluntariamente y sin justificación alguna se niega, rehúsa o retarda prestar el auxilio que se le solicita.

En el aspecto subjetivo no se requiere algún elemento adicional al simple dolo, por lo que la finalidad o fin que persiga el agente con su actuar no es penalmente relevante, por tanto no es determinante verificarlo. No obstante, la no exigencia de algún elemento subjetivo adicional al dolo de modo alguno puede llevarnos a sostener que es posible la comisión por dolo eventual, pues tal como aparece construida la fórmula legislativa consideramos que solo es posible la comisión por dolo directo.

El agente sabe en forma precisa que se requiere auxilio y, sin justificación, en forma voluntaria se niega, rehúsa o retarda prestarlo sabiendo incluso que esa es su obligación como miembro de la Policía Nacional.

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Tal como está construida la fórmula legislativa del delito en hermenéutica jurídica, es lugar común en la doctrina nacional que los comportamientos delictivos son de mera actividad o emprendimiento, esto significa que se consuman con la sola verificación de la conducta omisiva, o la conducta de rehusar o la conducta de retardar a prestar el auxilio requerido.

A efectos de perfeccionarse el hecho punible, no se necesita acreditar que con tal conducta se haya causado algún perjuicio real a la

administración pública ni menos a un tercero. Sin embargo, si llega a verificarse que la conducta del agente causó algún perjuicio real, solo servirá para graduar la pena a imponer al agente por parte de la autoridad jurisdiccional.

VI. EL DELITO REQUERIMIENTO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA (ARTICULO 379º CÓDIGO PENAL)

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[302], en el Capítulo XVIII, regula bajo el rubro "delitos contra la administración", los denominados "requerimiento indebido de la fuerza pública", en el artículo 432º en los siguientes términos: *"El funcionario que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1, 2, 3 y 8 del Código penal".*

Esta figura versa sobre la invocación indebida e ilegal que hace el funcionario público de la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial.

Se protege el ordenado funcionamiento de la administración contra la perturbación que puede causar en sus actos el empleo ilegal de la fuerza requerida.

---

[302] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 254.

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 379 regula el delito de requerimiento indebido de la fuerza pública, de la siguiente manera:

> *"El funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Es el funcionario público con competencia para efectuar el requerimiento de la fuerza pública.

3.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el Estado peruano, a través de su administración pública.

3.3. Conducta típica

3.3.1. Requerir la asistencia de la fuerza pública

La acción consiste en "requerir" la asistencia de la fuerza pública, pero no para cualquier cosa, sino específicamente para oponerse a la ejecución de disposiciones legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial; el elemento subjetivo del caso exige precisamente la disposición de la fuerza con la finalidad prevista, es decir el auxilio para oponerse al mandato judicial

3.3.2. Oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial

Este el segundo momento de la conducta típica, la cual deberá tener dos finalidades específicas: en primer lugar, oponerse a la ejecución

de disposiciones u órdenes legales de la autoridad; en segundo lugar, oponerse a la ejecución de una sentencia o mandato judicial.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Es un delito doloso[303]. El autor debe conocer la existencia de la disposición, la orden, la existencia o el mandato, la legalidad de ellos y por consiguiente la legalidad del requerimiento, y debe tener la voluntad de formularlo para oponerse a aquellos. También debe saber y querer abusar de su competencia al formular el requerimiento, por ello a este tipo legal también se le conoce como requerimiento abusivo[304].

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

El delito se consuma con el requerimiento formulado de acuerdo con las formas legales correspondientes. El delito se consuma con la formulación del requerimiento, *ergo*, no es necesario que la ejecución se haya frustrado o que la asistencia de la fuerza se haya producido o siquiera haya sido concedida.

Es un delito de peligro porque la acción no es sino la de requerir, nada obsta a que el requerimiento se formule para oponerse a un acto que a va a realizarse, pero que todavía no comenzó ejecutivamente.

Es inadmisible la tentativa. La tentativa no es posible.

---

(303) La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a "[a] aquel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo". Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive. [Exp. N° 1805-2005-HC. Fundamento 34].

(304) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan "Delitos contra la administración pública". Edición Jurídica Portocarrero, Lima, p. 119.

VII. EL DELITO DE ABANDONO DE CARGO (ARTÍCULO 380° CÓDIGO PENAL)

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

A partir del concepto de política criminal, porque nos interesa saber la razón de ser del tipo penal del artículo 380° del Código penal peruano, la política criminal se define como un conjunto de estrategias destinadas por los poderes públicos a frenar altas tasas de criminalidad, en un sentido político porque es la que más nos interesa, la política criminal en sí es entendida como aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativa, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad.

Se protege el buen desarrollo de la administración pública en el aspecto de su continuidad o regularidad en el ejercicio de las funciones que le son inherentes. De esta manera se procura garantizar la pronta y oportuna prestación de las funciones públicas que tan necesaria es para el logro de una eficaz administración.

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 380° regula el delito de abandono de cargo, bajo los siguientes términos:

> *"El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, abandona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.*
>
> *Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos la pena será privativa de libertad no mayor de tres años".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto Activo

Solo pueden serlo los funcionarios o servidores públicos que aun no han cesado legalmente en el desempeño de sus cargos.

3.2. Sujeto Pasivo

Es el Estado como único titular del bien jurídico.

3.3. Conducta típica

La conducta típica del primer supuesto de hecho se constituye en base de tres componentes materiales:[305]

3.3.1. Abandono de cargo

Abandonar es así un verbo rector que con respecto a la administración pública siempre va a implicar una omisión, un incumplimiento grave de deberes; en relación a los actos del sujeto activo del delito va a suponer una acción (dejar, retirarse) o una omisión[306]. Abandonar el cargo es entonces el comportamiento en que incurre el funcionario o servidor público sin que exista causa justificada ni disposición legal o reglamentaria al respecto que ampare su conducta. Se trata en definitiva, de un acto unilateral por parte del agente de rompimiento total e injustificado del vínculo laboral con la administración pública.[307]

El abandono de trabajo es definido como la conducta propia del trabajador que sin causa que justifique su ausencia a laborar no se presenta al lugar de trabajo.

---

[305] ROJAS VARGAS, F. Delitos contra la administración pública. Lima: Editora Grijley; 2007.

[306] ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la administración pública. Grijley, 4a edición, p. 263.

[307] SALINAS SICCHA R. Delitos contra la admnistración pública. Lima: Editorial Jurídica Grijley; 2009, p. 198.

Para que el abandono resulte punible es menester que se produzca un daño en el servicio. Se puede decir de ello que el abandono de trabajo o empleo ocurre cuando se ha iniciado la prestación de servicio por el servidor público y este se ausenta de él, con la intención de ya no regresar o volver definitivamente al mismo, entendido esa intención como aquella expresión que para tal efecto haya manifestado o bien por hechos concretos que así lo revelen como puede ser que el trabajador ya esté prestando sus servicios en otro lugar,

Aquel abandono al que se refiere el artículo 380 del Código penal como bien señala Salinas Siccha[308] debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio, desaparece la antijuridicidad del hecho, a razón de ello comentaremos en el artículo 28 del Decreto Legislativo N° 276. A tal efecto, de determinar cuándo se considera abandono de trabajo.

Ausencias injustificadas por más de tres días consecutivos o por más de cinco días no consecutivos en un periodo de treinta días calendario o más de quince días no consecutivos en un periodo de ciento ochenta días calendario. Esta falta supone la comisión de dos conductas: *la primera, es el abandono de trabajo* que se configura por las ausencias injustificadas del puesto de trabajo por más de tres días consecutivos y que implica una desaparición súbita e intempestiva, sin comunicación alguna, ni verbal ni escrita, de que no se piensa volver a trabajar.

En este caso, la única manera de que un servidor no incurra en abandono de trabajo es que su ausencia sea puesta en conocimiento del empleador, exponiéndose las razones que la motivaron antes del tercer día de ausencia; pues sucedido el hecho la entidad tiene la potestad de

[308] SALINAS SICCHA, loc. cit.

aplicar las sanciones de ley. La otra conducta que se sanciona en esta causal son las ausencias injustificadas, relacionadas con el comportamiento personal del trabajador.

La falta se aplica cuando este, sin mediar causas relacionadas estrictamente con las de una suspensión legítima de la relación laboral, se sustrae de su prestación, inasistiendo al trabajo sin razón aparente ni justificatoria. Como lo precisa la doctrina, se sancionan las ausencias injustificadas porque implican que durante ellas el trabajo no se está prestando, se está frustrando el objeto del contrato y el trabajador está incumpliendo su obligación esencial.

Debe precisarse que la inasistencia al trabajo se refiere a su jornada completa y tal conducta incumplidora precisa de ser repetida continuada o intermitentemente por más de cinco días no consecutivos en un periodo de treinta días calendario o más de quince días no consecutivos en un periodo de ciento ochenta días calendario y no ser justificada. Asimismo, aun cuando el empleador no sancione disciplinariamente las inasistencias injustificadas, cada vez que se produzcan estas serán computables para establecer la existencia de falta, criterio que se aplica también en caso de que el empleador no haya sancionado con el despido estas inasistencias por más de tres días consecutivos, las cuales podrán incluirse en el cómputo de las ausencias injustificadas no consecutivas.

3.3.2. No haber cesado legalmente

Este elemento significa que el agente abandona el cargo, puesto o empleo que venía desempeñando normalmente sin haberse producido el cese en la forma como aparece en la ley o reglamento respectivo. La forma general en que se produce un cese laboral con la administración pública en la legislación peruana es por renuncia aceptada, límite de edad, pérdida de nacionalidad, etc. Circunstancia relevante a tener en cuenta es el hecho de que el agente debe haber asumido y estar desempeñando el cargo o empleo respectivo que luego abandona sin justificación. Si no ha asumido el cargo ni menos lo ha desempeñado por

algunos minutos u horas, de modo alguno puede haber abandono sin haber cesado legalmente.[309]

El término "cargo" se halla definido legalmente como el puesto de trabajo oficial a través del cual el funcionario y servidor público desempeñan las funciones asignadas por los órganos de la administración estatal o las leyes.

Según Fidel Rojas Vargas, el cargo tiene que haber sido desempeñado, es decir, ejercido con las obligaciones y atribuciones que corresponden tanto al funcionario como al servidor público. La interrogante de si las personas que aún no desempeñan el cargo, pero que ya han sido designadas y/o elegidas, pueden incurrir en abandono delictivo al no concurrir a asumir materialmente sus puestos, encuentra respuesta negativa, pues la redacción misma del tipo penal requiere que el sujeto activo haya estado desempeñando el cargo. De ello se desprende el principio de que no puede haber abandono típico del art. 380° si no se ha ejercido el cargo. De no darse esta circunstancia del tipo, el sujeto habrá incurrido en el supuesto del artículo 377° del Código penal.

Las formas de cesar legalmente están establecidas en la ley. Si no es formalmente aceptada la renuncia no podrá producir efectos de atipicidad del comportamiento, de tal forma que el sujeto activo presenta su renuncia, y luego abandona el cargo, sin esperar la aceptación de la misma, su comportamiento es delictivo. Una vez aceptada la renuncia, es irrelevante que el cargo haya sido cubierto por otro funcionario o servidor, la circunstancia del abandono dejar de ser típica, es decir, no habrá delito. A lo sumo se presumirán infracciones administrativas si así lo establecen los respectivos reglamentos[310].

De ello se puede producir que no solo se debe tomar en cuenta las designadas y/o elegidas por el empleador, sino también la aceptación de parte del servidor público antes de ejercer el cargo designado por el

---

[309] Idem 5°. p. 199.

[310] ROJAS VARGAS, Grijley, 4a edición, ob. cit., pp. 263 y 264.

empleador ya que las decisiones no son unilaterales, que pasaría si una vez designado el cargo a un servidor público o funcionario público y este no acepta o renuncia a ello, no estaríamos frente al delito de abandono de cargo.

Si no es formalmente aceptada la renuncia, no podrá producir efectos de atipicidad del comportamiento, de tal forma que si el sujeto activo presenta su renuncia y luego abandona el cargo, sin esperar la aceptación de la misma, su comportamiento es delictivo, ya que legalmente sigue siendo funcionario o servidor, según el caso. Una vez aceptada la renuncia, es irrelevante que el cargo no haya sido cubierto por otro funcionario o servidor, la circunstancia del abandono deja de ser típica, es decir, no habrá delito. [311]

3.3.3. Causar perjuicio o daño al servicio público

Producto del abandono, no necesariamente de la intención o voluntad del sujeto activo, debe producirse un perjuicio en el ejercicio de las funciones o de los servicios públicos brindados por la entidad estatal. Debe haberse verificado la existencia de este daño vinculado causalmente al hecho del abandono y no a otra causa o circunstancia.

Servicio público es el conjunto de prestaciones reservadas en cada Estado a la órbita de las administraciones públicas y que tienen como finalidad ayudar a las personas que lo necesiten. Suelen tener un carácter gratuito, que corre a cargo del Estado, son propios de los países con un Estado de bienestar.[312]

El daño del servicio cumple el papel de condición objetivo-subjetiva para la perfección del delito. De forma tal que si se produce el abandono arbitrario, es decir, cuando el sujeto activo no ha cesado legalmente en el cargo, sin existir perjuicio a la regularidad y continuidad de las funciones y servicios de la entidad administrativa en sentido

---

[311] Ídem p. 382.

[312] http://www/servicios-publicos/servicios-publicos.shtml#ixzz2pGVU9bHA

lato, el hecho no podrá ser castigado a pesar de reunirse los otros componentes típicos. Así puede suceder que el puesto sea cubierto inmediatamente por otro funcionario o servidor público (reemplazantes o sustitutos legales), supuesto que pasará a constituir un hecho de relevancia administrativa.

El daño del servicio cumple el papel de condición objetivo-subjetiva para la perfección del delito. De forma tal que si se produce el abandono arbitrario, es decir, cuando el sujeto activo no ha cesado legalmente en el cargo, sin existir perjuicio a la regularidad y continuidad de las funciones o servicios de la entidad administrativa en sentido lato, el hecho no podrá ser castigado a pesar de reunirse los otros componentes típicos[313].

3.3.4. Tipicidad subjetiva

Los tipos son dolosos.

3.3.5. Grados de desarrollo del delito

En el primer supuesto típico, la consumación del delito se dará cuando el agente haya abandonado su cargo, ocasionando daño en el servicio público que presta.

En el tipo de incitación de abandono colectivo de trabajo a los funcionarios o servidores públicos, la consumación se realizará cuando el agente incita al abandono, no siendo necesario el logro de su cometido delictivo.

Cuando el agente incita el abandono colectivo de trabajo a los funcionarios o servidores.

Se producirá con la mera actividad de incitar al abandono colectivo del trabajo entre los funcionarios o servidores públicos. No es necesario, entonces, que finalmente se produzca el abandono.

---

[313] ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la administración pública. Grijley, 4a edición, p. 265.

El delito solo aparece cuando el agente incita al abandono colectivo del trabajo. Por esta razón, el abandono debe ser mayoritario o generalizado; esto es, no es necesario el abandono de la totalidad de los que atienden en el servicio público, pero sí de la inmensa mayoría, de forma que aquel deje de ofrecerse o se haga deficiente.

El abandono puede ser temporal o definitivo, comunicándolo al superior jerárquico o de forma subrepticia. No se incurrirá en delito alguno, en cuanto no hay abandono, cuando se produzca el cese previa solicitud de obtención de baja, excedencia o traslado.

Cuando el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos debe hacerlo sin ejercitar legalmente el derecho de huelga. Esto porque promover el abandono colectivo del trabajo de los funcionarios o servidores públicos puede pertenecer al ejercicio legítimo del derecho de huelga y, que de entrar en el terreno de la ilegalidad, tiene su tratamiento en el ámbito del derecho administrativo sancionador.[314]

VIII. EL DELITO NOMBRAMIENTO O ACEPTACIÓN ILEGAL (ARTÍCULO 381° CÓDIGO PENAL)

1. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico genérico que el legislador pretende proteger con la tipificación de las conductas recogidas en el tipo penal 381[9] lo constituye la recta administración pública. En tanto que el bien jurídico específico es preservar la legalidad de los nombramientos de los funcionarios y servidores públicos, protegiendo a la administración pública de irregularidades en el ingreso a la función pública, afirmando con ello el prestigio de la administración, que debe hallarse al margen de cuestionamientos sobre la idoneidad y calidad de su recursos humanos[315].

---

[314] PEÑA CABRERA R. Delitos contra la administración de justicia. LIMA: Editora Fecat; 2002, p. 224.

[315] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2009, p. 211.

Esta modalidad es de abuso de autoridad, dado que el sujeto activo está dolosamente concretando un manifiesto abuso de poder, haciendo un mal uso de sus atribuciones, para incorporar ilegalmente personal a las reparticiones públicas.

Esta modalidad es de abuso de autoridad, dado que el sujeto activo está dolosamente concretando un manifiesto abuso de poder, haciendo un mal uso de sus atribuciones, para incorporar ilegalmente personal de reparticiones públicas[316].

La norma penal peca aquí de escueta pues no agrega ninguna complementación que otorgue precisión a la figura, esto es, ningún motivo, propósito o circunstancia específica, lo que origina que de presentarse significarán concurso con otras figuras penales, por ejemplo en el caso de recibir donativo, o de condicionamiento para el futuro desempeño funcional del nombrado[317].

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[318], en el Capítulo XVIII, regula bajo el rubro "delitos contra la administración", los denominados "nombramiento o aceptación ilegal", en el artículo 434° en los siguientes términos: *"El funcionario que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años de pena privativa de la libertad, con sesenta a ciento veinte días multa e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1, 2, 3 y 8 del Código penal. El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena".*

---

[316] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 328.

[317] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007. p. 397.

[318] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 254.

Debemos de realizar el siguiente cuestionamiento, de si el delito de nombramiento indebido del cargo se trata de una estructura típica de participación necesaria entre el que hace el nombramiento y el que acepta el mismo. Consideramos que en cuanto al funcionario público que nombra de manera indebida, se consuma solo para él el tipo penal, pues puede pasar que la persona a quien iba favorecida el nombramiento finalmente no termine aceptando; de tal manera consideramos que el delito de nombramiento indebido no es un tipo penal de participación necesaria.

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 381 regula el delito de nombramiento o aceptación ilegal, bajo el siguiente tenor:

> *"El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa.*
>
> *El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto Activo

El primer párrafo del artículo 381° recoge una figura delictiva especial, pues solo puede ser sujeto activo o autor aquella persona que reúne la condición o cualidad de funcionario público, se excluye en forma automática al servidor público[319].

Solo puede ser sujeto activo el funcionario público que nombra, no el empleado o servidor. En la forma como está configurado el tipo penal no podrá ser autor o coautor el que propone, no siendo suficiente su condición de funcionario, salvo que el funcionario que propone concentre también facultades de nombramiento.

---

[319] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2009. p. 212.

En el caso del funcionario público, solo puede serlo aquel competente, es decir quien esté dotado de atribuciones legales para efectuar nombramientos. De ser un funcionario no facultado para ello, este incurrirá en usurpación de funciones[320].

3.2. Sujeto Pasivo

Sujeto pasivo siempre será el Estado, único titular del bien jurídico protegido con la tipificación del delito[321].

3.2.1. Conducta típica

El primer supuesto delictivo regulado en el primer párrafo del artículo 381° del Código penal de 1991, se verifica cuando el agente, siempre funcionario público, hace un nombramiento para cargo, empleo o trabajo público a una persona que no cuenta con los requisitos que exige la ley o reglamento para desempeñar cargo público.

De ahí que en un caso concreto debe verificarse la concurrencia de hasta tres elementos objetivos importantes: hacer nombramiento, cargo público y persona que no cuenta con los requisitos legales.

El funcionario público hace un nombramiento cuando designa para un cargo o empleo público a una persona debidamente individualizada. El nombramiento para ser legal tiene que cumplir con las formalidades previstas en la ley, reglamento o resolución administrativa de la institución pública donde se hace la designación. Naturalmente ello supone observar la estricta confluencia de todos los requisitos legales exigidos en las calidades del aspirante. El incumplimiento doloso de estos requisitos es lo que torna penalmente relevante el supuesto de hecho. La omisión de la observancia debida de los requisitos legales, por parte del funcionario, actúa aquí como presupuesto de la conducta de nombramiento ilegal de naturaleza activa.

---

[320] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007. p. 397.

[321] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2009, p. 212.

El nombramiento que se hace a una persona determinada es para el desempeño de un cargo, empleo o trabajo público. Cargo o empleo público es aquel que ejercen o desempeñan los funcionarios o servidores públicos al interior de la administración pública. En tal sentido, el nombramiento puede ser tanto para cumplir funciones propias de funcionario o funciones propias de un servidor público. El tipo penal no hace distinción entre ambas categorías. Comete el delito en análisis el jefe de recursos humanos del Poder Judicial que sabiendo que el cargo de secretario judicial debe ser ejercido por una persona que tiene la profesión de abogado, nombra o designa como secretario judicial a una persona que tiene la profesión de administrador o nombra a una persona que recién está estudiando leyes. Es irrelevante determinar si el nombramiento es de carácter definitivo o provisional. En ambos supuestos se exige que el nombramiento para cargo público se realice sobre persona que reúne los requisitos legales exigidos por ley o reglamento.

Otro elemento objetivo fundamental en la tipicidad del delito lo constituye el hecho que la persona a quien se nombra para desempeñar cargo público no reúne los requisitos legales previstos en la ley, reglamento o resolución administrativa previamente emitida por la institución pública de que se trate.

La expresión requisitos legales constituye una frase normativa que para el caso de nombramiento ilegal nos conduce a la normativa extrapenal, donde se prevé los requisitos legales que debe cumplir una persona para ser nombrada definitiva o provisionalmente en un cargo público.

Sin duda, no le falta razón a Rojas Vargas cuando enseña que estos requisitos deben reunir características significativas y relevantes que los hagan merecedores de atención penal, tales como falta de título profesional para el cargo (para ser nombrado Juez de Paz Letrado o de primera instancia se necesita que el postulante tenga el título de abogado), falta de edad que exige la ley (por ejemplo para ser nombrado fiscal o vocal superior el postulante debe haber supe-

rado los 32 años de edad o para ser nombrado fiscal o vocal supremo el postulante debe ser mayor de 45 años), no tener la nacionalidad peruana, etc.

Del mismo modo, los requisitos pueden estar previstos en los reglamentos de concursos públicos. Los que de cumplirse no tienen relevancia penal salvo que en forma evidente sean contrarios a lo que establece la ley o reglamentos generales. Ese es el sentido que tiene la ejecutoria suprema del 25 de noviembre de 1997 donde se argumenta que "si el nombramiento para cargo público se realizó conforme a lo establecido en el reglamento de convocatoria, en el que se establecía que de no presentarse el ganador en el término de 24 horas de la fecha de adjudicación, automáticamente se adjudicaría el cargo a quien haya quedado segundo en el cuadro de méritos, la conducta imputada a los acusados resulta atípica al no adecuarse a la hipótesis legal del artículo 381 del Código penal: Aceptar cargo público sin contar con los requisitos legales.

El segundo párrafo del artículo 381° tipifica el hecho punible que se configura cuando el agente sabiendo perfectamente que no reúne los requisitos establecidos en la ley, reglamentos o resoluciones acepta el nombramiento para desempeñar un cargo o empleo público. Aceptar el cargo es un comportamiento activo que debe exteriorizarse con actos positivos por parte del sujeto nombrado, no basta el aprobarlo o admitirlo. La pasividad o el no ejercicio real del cargo, pese a existir el nombramiento, hace atípica la conducta. La existencia de resolución que hace público el nombramiento no supone la aceptación, salvo que así lo establezca la ley.

Por ejemplo, comete delito aquel abogado que sabiendo que no ha cumplido los 35 años que exige la Ley de Carrera Judicial, acepta el nombramiento provisional al cargo de vocal superior y comienza a ejercer funciones. O también comete delito aquella persona que pese a conocer que para desempeñar el cargo de secretario judicial se necesita tener el título de abogado, acepta tal cargo sin tener aquel título profesional y comienza a ejercer funciones, etc.

De acuerdo a los ritualismos propios del ingreso de los funcionarios a la administración pública, el nombramiento es un momento previo a la proclamación, juramento, y ejercicio de cargo. Resulta forzado considerar que los reingresos ordenados por autoridad competente (por ejemplo, por sentencia judicial) de funcionarios que fueron separados o destituidos de la entidad administrativa ingresen en la tipicidad de la figura penal[322].

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Del análisis del tipo penal del art. 381° se concluye que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa. El agente, siempre funcionario público, con conocimiento que está haciendo un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, voluntariamente lo hace. En el supuesto del segundo párrafo, el particular o un funcionario o servidor público con conocimiento que para aceptar un cargo público es necesario contar con requisitos legales que sabe no los tiene, no obstante voluntariamente acepta el cargo y comienza a ejercerlo.

Consideramos que el tipo penal solo acepta la comisión del delito por dolo directo, pues si el agente no conocía perfectamente los requisitos legales que debió reunir la persona a quien nombró a un cargo público, incurrirá en un error de tipo vencible o invencible según sea el caso particular. Igual ocurre en el segundo supuesto, si el agente no conocía perfectamente los requisitos legales que debió reunir para aceptar el cargo, incurrirá en error de tipo.

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

El delito previsto en el primer párrafo del tipo penal en análisis se perfecciona o consume en el instante en que el agente-funcionario

---

[322] ROJAS VARGAS Fidel, Delitos contra la administración pública. Grijley, 4a edición, p. 330.

público hace el nombramiento oficial y con las formalidades de ley de la persona que no cuenta con los requisitos establecidos.

Es posible que la conducta se quede en el grado de tentativa. Por ejemplo, ocurrirá cuando el sujeto activo estando a punto de publicar en El Peruano o notificar oficialmente la resolución de nombramiento es descubierto que estaba nombrando a una persona que no reunía los requisitos de ley. Frustrándose de ese modo el nombramiento ilegal.

En el segundo supuesto se consume el delito cuando el agente admite voluntaria y formalmente el cargo (con el juramento, firma de conformidad, asume el cargo, etc.), o según exija la formalidad del caso. Por la naturaleza misma de esta modalidad, es imposible que la conducta se quede en el grado de tentativa, toda vez que ante el nombramiento ilegal solo cabe no aceptar el cargo con lo cual no hay delito, o aceptar el cargo con lo cual se consuma el delito en hermenéutica[323].

Al ser el tipo penal uno de resultado y de naturaleza instantánea se requiere que se oficialice el nombramiento con las formalidades del caso para la consumación del delito. No basta la simple propuesta, la designación de hecho o la entrega material del cargo, supuestos que sí son contemplados con relevancia penal por la norma penal española.

Son admisibles también formas de tentativa, incluido el desistimiento, pues el acto de nombramiento supone un proceso fragmentable de actos parciales[324].

---

[323] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2009, p. 213.

[324] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007. p. 400.

CAPÍTULO SEXTO
EL DELITO DE CONCUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 382°

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El origen de la concusión se remonta a los tiempos de la República Romana. El Derecho Romano Republicano estableció mediante la *Lex Julia* (que formó parte de la legislación conocida como las Doce Tablas) sanciones de carácter pecuniario para los funcionarios que realizaban concusiones. La referida ley consagraba el título *depecuniis repetundis* o *crimen repetundarum* para describir este delito cuya única sanción consistía en obligar al funcionario punido a devolver el valor duplicado de lo recibido mediante la extorsión[325].

En el delito de concusión[326] nos hallamos ante un tipo especial de abuso del cargo, orientado a la obtención ilícita de bienes o beneficios patrimoniales mediante el uso de la coacción y del convencimiento en tanto medios facilitadores de la consumación típica del delito. Se trata así de un ámbito de delincuencia facilitada en uno de sus extremos por el denominado *metus publicae potestatis* (miedo al poder público) que el sujeto activo se esfuerza por lograr.[327] En opinión del maestro Francisco Carrara, la concusión constituye el hecho especial de los que obtienen lucro de otros. Si para obtener el lucro indebido, decía el

---

[325] FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011, p. 301.

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

[327] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, p. 364.

maestro italiano, se amenaza solamente con el uso de la fuerza privada, ya no hay delito contra la justicia pública, sino que se originan los títulos de extorsión o de hurto violento; pero cuando el temor resulta de la fuerza pública, se encuentra en el medio empleado el objeto predominante, y como este objeto consiste en la justicia pública, a que todos los ciudadanos tienen derecho, el delito se hace social[328].

En líneas generales, la Sección que tiene el delito de concusión viene a recoger una serie de figuras delictivas, cuyo patrón generalizador (fundamento material del injusto) viene a constituir el prevalimiento del cargo funcional, con la particular concurrencia de una afectación a los intereses de los particulares, como se desprende de los delitos de concusión y de cobro indebido[329]. Hay dos clases de concusión, la propia y la impropia, es propia cuando el agente en verdad es autoridad, es un funcionario y amenaza con el uso de esa verdadera autoridad; es impropia cuando el agente es un particular y la autoridad que amenaza usar es simulada. Naturalmente que en ambos casos en el sujeto pasivo subsiste el temor del poder público[330]. En esencia, la concusión es el enriquecimiento sin causa legal del funcionario, empleando métodos extorsivos para lograrlo, y lo que se quiere castigar, en términos de Manzini, es la *ávida procacidad* de los funcionarios[331].

---

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

[329] PEÑA CABRERA, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial,* tomo V, Lima, 2010, p. 278.

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

[331] MANZINI Vincenzo; *Tratado de Derecho penal,* Tomo 8, Segunda Parte, de Los Delitos en Especial Volumen III, Delitos contra la administración pública I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón., Buenos Aires, p. 210.

En resumen, se llama concusión el hecho del funcionario público (o servidor público) que, abusando (dolosamente) de su calidad o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o a prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad económica. En sus dos formas típicas (de "inducción" o de "obligación") la concusión constituye la extorsión o la estafa del funcionario público[332].Por esencia, la concusión es el enriquecimiento sin causa del funcionario, cuando emplea métodos extorsivos para lograrlo. Si lo que enriquece al funcionario público le era "legalmente debido", habrá empleado abusivamente su poder que ostenta, pero no habrá concusionado. Por esto es bienvenida a esta tipicidad penal la advertencia que califica el enriquecimiento por parte de su autor.

La Corte Suprema de la República, a través del Recurso de Nulidad N° 3448-2004 – ANCASH, en su Considerando Octavo, ha conceptualizado el delito de concusión bajo los siguientes términos: "(...) *en consecuencia en la concusión, quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo exige a la víctima prestar la cosa como consecuencia del terror infundido y no por otra causa, que no se ha llegado a establecer que el procesado haya compelido a los servidores de la municipalidad a pagar beneficios que no le correspondían* (...)"[333].

---

[332] MAGGIORE, Giuseppe; *Derecho penal. Parte especial*, Reimpresión de la Segunda Edición, Volumen III, Bogotá, 1989, pp. 180 y 181.

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

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

---

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

ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona"[334].

La concusión se diferencia de la figura delictiva de la extorsión propiamente dicha (artículo 200° del Código penal), en cuanto la violencia o el engaño provienen del funcionario o servidor público que abusa de su cargo funcional *(metus publicae potestatis* [por miedo al funcionario público]). Por otro lado, se distingue del delito de estafa (artículo 196° del Código penal), porque este es un delito con sujeto indiferente (pues puede ser cometido por "cualquiera"), mientras que la concusión fraudulenta es un delito con sujeto calificado (ya que solamente puede cometerlo el funcionario o servidor público, abusando de su calidad, según el artículo 382° del Código penal)[335].Por otro lado, lo que distingue la concusión y la corrupción es el uso de la violencia o del engaño, que faltan en la segunda, por cuanto hay un concurso de voluntad. En la corrupción, el particular es sujeto activo junto con el funcionario, porque coopera con este en el delito (delito bilateral). Y en la concusión hay solamente un sujeto pasivo no imputable (delito unilateral).[336]

Finalmente, el agente público hace las veces del cohechante activo (artículo 397° del Código penal), ya que de él nace la idea del beneficio patrimonial, y para ello se vale de la "obligación" o "inducción". Se tra-

---

[334] Ejecutoria Suprema del 28/01/2009, R.N. N° 1601-2006-HUAURA. Vocal Ponente: Barrios Alvarado, Elvia, extraído de: *Gaceta penal y procesal penal*, tomo 12, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2010, p. 199.

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

[336] MAGGIORE, Volumen III, 1989, pp. 180 y 181.

tan de verbos rectores "activos" pues el nacimiento de la idea y ejecución del hecho punible es por parte del agente público para el beneficio propio o de tercero.

2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien protegido del delito de concusión es el recto y regular funcionamiento, prestigio y buena reputación de la administración pública, pues el delito de concusión afecta los intereses de la administración pública, y de consumarse también estaría vulnerando, de manera genérica, a la Constitución Política, al incumplir el mandato constitucional que emana del artículo 39° que a la letra dispone: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación", todo ello podría ser entendido en un sentido amplio del bien jurídico (institucional); sin embargo, en un sentido específico, el objeto concreto a proteger en el delito de concusión sería la protección de la corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones al interior de la administración pública.

Según Portocarrero Hidalgo, el bien jurídico en el delito de concusión "se cuida el normal funcionamiento de la administración pública, evitando abusos de los funcionarios o servidores públicos mediante los cuales obligan o inducen a una persona para que entregue a él o a un tercero cosas no debidas"[337]. Por su parte, Rojas Vargas sostiene que en el delito de concusión lo que se busca proteger es "...el regular y correcto desenvolvimiento, el prestigio y la buena reputación de la administración pública, derivada de una actuación funcional al margen de abusos de poder de connotación patrimonial"[338]. Frisancho Aparicio señala que el bien jurídico tutelado en el delito de concusión "... es el normal desarrollo de la administración pública que precisa en sus funcionarios una total fidelidad al orden legal y el interés por mantener

[337] PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 145.

[338] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 361.

el prestigio, eficacia y confianza en la administración por parte de los particulares"[339].

En Italia, para Maggiore "El objeto jurídico de esta acriminación es el interés de la administración pública por la probidad y fidelidad del funcionario, gravemente comprometida por el hecho de que extorsiona o arranca dinero u otra utilidad; y además, el interés de que la libertad de consentimiento de los particulares quede ilesa al tratar con los órganos de la administración pública"[340].Asimismo, para Manzini: "Es el interés concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública en sentido lato, en lo que particularmente atañe a la observancia del deber de probidad de los oficiales públicos, que conviene garantizar contra los abusos de oficio en daño ajeno, cometidos para sacar ilícitos provechos, extorsionando o sonsacando dinero u otras utilidades[341]. En Argentina, para Buompadre el bien jurídico protegido en esta figura y con la Reforma introducida en el Capítulo IX bis (vid Ley 25.188) tiene como fin "tutelar la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos"[342]. Algunos apuntan a que el tipo penal de concusión es un tipo pluriofensivo, en la medida que su materialización no solamente afecta la administración pública –en tanto bien jurídico tutelado– sino, también, la libertad y, eventualmente, el patrimonio económico del sujeto pasivo de la infracción[343].

Una Ejecutoria Suprema peruana tiene dicho, en relación al bien jurídico protegido en el delito de concusión, lo siguiente: "Del análisis del hecho incriminado a los procesados, se advierte que dicha con-

---

[339] FRISANCHO APARICIO, ob. cit., 2011, p. 303.

[340] MAGGIORE, ob. cit., Volumen III, 1989, p. 182.

[341] MANZINI Vincenzo; *Tratado de Derecho penal,* Tomo 8, Segunda Parte de los delitos en especial Volumen III. Delitos contra la administración pública I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón., Buenos Aires, p. 210.

[342] BUOMPADRE, ob. cit., Tomo III, p. 340.

[343] PEÑA CABRERA, ob. cit., tomo V, 2010, p. 278.

ducta se encuadra dentro del supuesto fáctico del delito de concusión, descrita en el artículo trescientos ochenta y dos del Código penal, cuyo bien jurídico tutelado se encuentra en la misma línea de protección del delito de colusión desleal, es decir, proteger el regular el funcionamiento, prestigio y la buena reputación de la administración pública, expresados en la idoneidad moral y celo profesional en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los funcionarios o servidores públicos, quienes transgrediendo sus roles lesionan los intereses del Estado, más aún, si ambas conductas se encuentran reguladas dentro del rubro de los delitos cometidos por funcionarios públicos"[344].

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Descripción legal

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

> **"Artículo 382.** El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; inhabilitación según corresponda, conforme a los inciso 1, 2 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa."
>
> ***(Artículo modificado por el Decreto Legislativo N.° 1243, publicada el 22 octubre de 2016)***

(344) Extraído de: URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia (2006-2010)*, Tomo II, Primera edición: Lima-2011, IDEMSA, p. 710.

3.2. Legislación penal nacional y comparada

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

Por su parte, el Anteproyecto del Código penal peruano realizado por el Congreso de la República en el año 2010[345], ubica sistemáticamente al delito de concusión en la Segunda Sección, como una forma específica de los delitos cometidos por funcionarios. El delito de concusión en este Anteproyecto legislativo se ubica en el artículo 435º del Código penal peruano, casi en los mismos términos típicos del actual Código penal de 1991, solo diferenciándolo en la pena impuesta en el marco mínimo: en el Anteproyecto Legislativo el delito de concusión tiene una pena mínima de tres años, mientras que en el actual Código penal, la pena mínima es de dos años.

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

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

---

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

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

> **ARTÍCULO 266°.** - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.
>
> *(Artículo sustituido por art. 37 de la Ley N° 25.188 B.O. 01/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación).*
>
> **ARTÍCULO 267°.** - Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.
>
> **ARTÍCULO 268°.** - Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

3.3. Sujeto activo

De la descripción típica se desprende que se trata de un delito especial propio, o mejor dicho de un delito de infracción del deber, en la medida que solo puede ser autor un funcionario o servidor público de acuerdo a las normas del artículo 425° del Código penal. En tal sentido, la jurisprudencia penal ha dicho que: *"Los cargos de concusión y corrupción de funcionarios atribuidos al procesado por actos realizados cuando ya no reunía la calidad de funcionario público no resultan configuradores de los delitos imputados, ya que estos requieren la calidad de funcionario o servidor público en el sujeto activo al momento de cometer el delito"*[346].

---

[346] Ejecutoria Suprema del 23/03/1998 (Sala B), Exp. N° 6084-97-LIMA, extraído de ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 410.

Ahora bien, resulta dudoso que se trate de cualquier funcionario público, dado que más adelante, como requisito objetivo, se exige un "abuso del cargo" en el sentido de "abuso de las propias funciones que se tiene", no cualquier funcionario tiene dentro de su cargo la facultad de recibir bienes de parte de los particulares. Por eso se suele admitir que el sujeto activo debe tener cierto "poder de gobierno"[347].

La Corte Suprema de la República se ha pronunciado en su Ejecutoria Suprema de fecha 23.03.1998 sobre este aspecto señalando que "los cargos de concusión y corrupción de funcionarios atribuidos al procesado por actos realizados cuando ya no reunía la calidad de funcionario público, no resultan configuradores de los delitos imputados, ya que estos requieren la *calidad de funcionario o servidor público en el sujeto activo al momento de cometer el delito*"[348].

3.4. Sujeto pasivo

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

- Por un lado, se encuentra el sujeto pasivo del delito, que es definitivamente el Estado peruano, a través de una forma concreta traducida en la administración pública.
- Y por el otro lado, se encuentra el sujeto pasivo de la acción, o algunos lo llaman "objeto material del delito", que será una persona concreta o una víctima material. Tenemos que precisar –junto con Rojas Vargas[349]– que la referencia típica a una "persona" hace expresa alusión a un particular o a un colectivo de personas, incluso a otros funcionarios o servidores públicos contra quienes se mantiene relaciones de dominio jerárquico y

---

[347] De la misma manera: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano,* Lima, 2003, p. 286.

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

[349] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública,* Lima, 2007, p. 362.

funcional. También pueden ser víctimas las personas jurídicas de derecho privado o público.

3.5. Conducta típica

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

3.5.1. Abusando del cargo funcional

En primer lugar, se exige que el agente abuse del cargo, es decir, que dentro del marco normativo se extralimite realizando comportamientos ilícitos; esta misma descripción de "abusar del cargo" se puede encontrar en el actual y reformado delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401° Código penal). Abusando del cargo es sinónimo de hacer un mal uso de la calidad funcional que le ha sido otorgado al sujeto activo funcionario o servidor público, es decir, del oficio o investidura pública, aprovechando así ilícitamente dicho agente de las facilidades o ventajas que confiere el cargo[350].

En general, el uso del cargo puede ser para fines lícitos o ilícitos. El funcionario o servidor puede hacer valer su calidad para asegurar un mejor ejercicio de la función misma o para obtener un mayor prestigio en el mundo de las relaciones sociales, circunstancias ambas lícitas, socialmente, ajustadas[351]. Pero puede ser usado igualmente para concertar precios (por ejemplo, en perjuicio del Estado), para exigir ilícitamente dinero, para prevaricar, etc.; hipótesis en las cuales estaremos junto a la figura del mal uso o abuso del cargo.

Existe abuso del cargo las veces que este es ejercido fuera de los casos establecidos por la ley, los reglamentos o instrucciones del servicio o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, con la finalidad de conseguir algo ilícito. De forma, que es el *prevalimiento*

---

[350] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 363.

[351] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 363.

del cargo funcionarial lo que dota de sustantividad a esta figura delictiva, basta que se aprecie que la ventaja indebida fue obtenida por otros medios, para dar por negada la tipicidad penal por este delito[352].

El abusar supone la posesión legítima de las calidades funcionales, por lo tanto, este delito no es posible cuando el agente es un usurpador. Según el profesor Manzini "Solo puede *abusar* de una cosa quien tiene derecho a usar de ella legítimamente. Por eso, el abuso de que se trata presupone que el sujeto tenga la cualidad de oficial público y las funciones de oficio de que ha abusado. La concusión, pues, como título delictuoso específico, no es posible cuando el sujeto (aunque sea un oficial público) cometa el hecho *usurpando* un oficio que no sea suyo"[353].

En esta lógica, una Ejecutoria Suprema ha señalado la necesidad de que los actos del autor adquieran visos de poseer carácter oficial. Así "*El delito de concusión, para su configuración requiere que el sujeto activo, además de ejercer los actos que son propios de una autoridad pública, atribuya el carácter oficial a dicha conducta, lo cual no ha sido demostrado en el presente proceso, por cuanto la conducta desplegada por el citado justiciable fue la de contratar los servicios de la sociedad auditora con el objeto de que realice un diagnóstico situacional de los sistemas administrativos de la agraviada, sin que dicho servicio corresponda a una auditoría general que requiere la autorización de la Contraloría General de la República y que expresamente es señalado por la sociedad contratada, situación que determina que no se configure el delito anotado*"[354].

---

[352] PEÑA CABRERA, ob. cit., tomo V, 2010, p. 281.

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

[354] Ejecutoria Suprema del 08/08/2002, Recurso de Nulidad N°4050-2001-CONO NORTE DE LIMA, extraído de: URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José Luis / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 624. Otra Ejecutoria Suprema, sigue esta misma línea: "En el delito de concusión, previsto en el artículo 382° del Código pe-

La inexistencia de "abusar del cargo" por parte del funcionario o servidor, por más que haya únicamente irregularidades administrativas en un proceso de contratación, no se produce el delito de concusión. En efecto, una Ejecutoria Suprema ha dicho: *"Que teniendo en cuenta el informe pericial se puede concluir que, si bien es cierto ha existido un manejo irregular en lo administrativo y contable por parte del procesado, no es menos cierto que no se ha establecido fehacientemente que el procesado abusando de su cargo haya obligado o inducido a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o beneficio patrimonial".*(355)

Por su parte, Portocarrero Hidalgo contrariamente nos dice que "...el comportamiento puede realizarlo estando de permiso o de vacaciones, para el caso no interesa. No estando pues considerado entre sus atribuciones obligar o inducir a dar un bien o un beneficio patrimonial, el hacerlo constituye un exceso, esto es lo que considera el tipo abuso del cargo, que puede hacerlo con personas que están dentro o fuera de su competencia"(356). De la misma manera Abanto Vásquez apunta que el término *abuso del cargo*, que es lo más genérico, el tipo penal peruano parece querer comprender todas las posibilidades de abuso de funciones. Y así es como se ha interpretado este elemento en buena parte de la doctrina nacional; el abuso no necesariamente se produciría durante el ejercicio de las actividades funcionariales(357).

---

nal, para su configuración se requiere que el sujeto activo además de ejercer abusivamente los actos que son propios de una autoridad pública, atribuya el carácter de oficial a dicha conducta" (Ejecutoria Suprema del 08/08/2002. Exp. N° 4050-2002-CONO NORTE DE LIMA. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 133).

(355) Ejecutoria Suprema del 07/05/2002, Exp. N° 1599-2001-PIURA. Extraido de SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 138.

(356) PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 145.

(357) ABANTO VASQUEZ, 2003, p. 287. De la misma forma: PEÑA CABRERA, tomo V, 2010, p. 282 indica que: "Cuestión importante a saber, es que el haberse descrito en la normativa que el abuso debe ser del *cargo* y no de la

El abuso se refiere alternativamente a las calidades o a las funciones; esto hace que haya delito, tanto cuando el funcionario público obra dentro de los límites de su competencia funcional, como cuando se sirve de manera genérica de sus calidades, para cometer el delito[358]. Como quiera que sea, la coacción o la inducción deben cometerse mediante el abuso de la calidad de funcionario público. Pero si este, para obtener dinero de un particular, lo amenazare con un arma de fuego, habrá extorsión, y no delito de concusión.

3.5.2. Modos de ejecución: obligar o inducir

Luego, el tipo penal de concusión prevé dos modalidades específicas de ejecución delictiva: *"obligar"* o *"inducir"*. En este punto debemos citar a Rojas Vargas, quien hace la siguiente pregunta: "¿Los medios comisivos obligar e inducir deben reunir condiciones de idoneidad y suficiencia? ¿Quién y qué referentes permiten evaluarlas? Sí, no bastan para tipificar el delito las simples declaraciones, consejos desprovistos de intencionalidad o indirectas que lance el sujeto activo. Se requiere, como dice Pagliaro, seriedad y eficacia de la coacción e inducción. La calidad del sujeto activo y las circunstancias de vulnerabilidad que rodean a la víctima son los referentes más usuales. El encargo de evaluar la idoneidad de los medios es el juez. El abogado debe ofrecer argumentaciones racionales y convenientes".

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

---

función, por tales motivos, podrá incurrir en este injusto, cualquier individuo que haga uso de su investidura funcional para hacerse de un beneficio indebido. En tal entendido, parece que la intención del legislador es la de cubrir un mayor espectro de acriminación, de forma que aparece un sentido más amplio que el tipo penal de abuso de autoridad".

(358) MAGGIORE, ob. cit., Volumen III, 1989, p. 186.

Ahora veamos cada uno de ellos:

3.5.2.A. Obligar a dar o prometer

En relación al verbo "obligar", el agente tendrá que doblegar la voluntad de la víctima, ejercitando violencia de baja intensidad, amenaza o presión sobre una persona, de modo tal que altere el proceso formativo de su voluntad y le determine a una acción u omisión diversa de aquella otra que (sin coacción) habría realizado. Implica entonces tanto una coacción física material, una imposición o forzamiento sobre la persona como una coacción o presión psicológica (amenaza, intimidación)[359].

La jurisprudencia ha señalado que existe concusión, cuando el funcionario obligó al proveedor a entregarle parte del dinero que este cobró por servicio prestados. Así "*Se encuentra acreditado el delito de concusión, pues el acusado (gerente del programa de apoyo al repoblamiento y desarrollo) abusó de su cargo para obligar a una proveedora de alimentos a entregarle indebidamente una suma de dinero. En efecto, por los servicios que esta prestó, el encausado le giró un cheque por el monto de 1300.00 nuevos soles, con la condición de que le entregara 950.00 nuevos soles, dinero que aquel aceptó haber recibido de parte de la proveedora. El dinero que recibió el funcionario imputado de la proveedora formaba parte de los honorarios que contractualmente esta habría cobrado, de modo que tal acto de disposición implicaba un desprendimiento del dinero que teóricamente correspondía a ella y no de fondos públicos, razón por lo cual no se configuran los presupuestos del delito de peculado, que entre otros supuestos, exige que los caudales materia de apropiación pertenezcan al Estado*"[360].

---

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

[360] Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R.N. N° 1906-2009-HUANCAVELICA, de fecha treinta y uno de mayo de dos mil diez (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2011, Tomo 29, Editorial Gaceta Jurídica, p. 153).

Empero, la jurisprudencia penal peruana ha señalado con buen criterio que procede la absolución por concusión, cuando el funcionario no obstante de haber recibido una remuneración indebida, no compelió la voluntad de otro para obtenerla. Así, se señala lo siguiente, parte pertinente: *"**Tercero**.- Que, el delito de concusión previsto en el artículo trescientos ochenta y tres del Código penal, se configura cuando "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". Que, el punto de partida para establecer un presente caso de relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada a los recurrentes, además de la posición de la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario. **Cuarto**.- Que, en el caso submateria los cargos formulados a los procesados Figueroa Otazú y Samaniego Condori no se han acreditado de modo alguno; en principio, para que se configure este tipo penal, se exige que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para poder obtener un beneficio, lo que no se ha acreditado en autos conforme se corrobora con el informe pericial contable de fojas cuatrocientos veinticinco, que en sus conclusiones determinó que "respecto al sueldo del Alcalde percibido en el mes de octubre de mil novecientos noventa y seis, por el procesado Figueroa Otazú, se constituye en legal solamente desde su proclamación ocurrida el catorce de octubre de mil novecientos noventa y seis, fecha en que el Jurado Nacional de Elecciones le otorgó credencial que lo reconoce como Alcalde", el mismo que concuerda con la pericia contable de parte obrante a fojas quinientos ochenta que concluye que el pago de remuneraciones por parte de Figueroa Otazú se efectuó conforme a las normas legales vigentes, por tanto, no se configuran los requisitos por el mencionado tipo penal, en consecuencia, lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra arreglado a ley."*[361]

---

[361] Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N° 1458-2007-Cusco, de fecha catorce de marzo de dos mil ocho (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2012, Editorial Gaceta Jurídica, p. 189).

Obligar debe entenderse, en consecuencia, como una amenaza de sufrir algún perjuicio derivado de la propia administración pública (por ej., no expedir una resolución, resolver un asunto de modo diferente a las pretensiones de la víctima, demorar la emisión de la resolución o en la ejecución del contenido de la resolución, entre otros) y no de cualquier otro perjuicio común (daños a la propiedad, lesiones, muerte, privación de la libertad, etc.)[362]

La doctrina admite en la concusión únicamente a la violencia moral, en el caso de coacción física el sujeto pasivo ya no actúa sino que es obligado a actuar, por eso en ese caso ya no se puede hablar de concusión. La violencia moral puede ser verbal, escrita, directa, indirecta, explícita, implícita, clara, simbólica, condicionada o incondicionada. No solo es necesaria la violencia moral sino que esta debe constituir el abuso el funcionario o servidor público en sus atribuciones con una persona que puede estar bajo su dependencia o no[363]. En este punto, una Ejecutoria Suprema sostuvo que no se incurre en el delito de concusión sino en el delito de peculado si el funcionario público *no obligó* a terceros a hacer entrega de fondos[364].

---

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

[363] PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 146.

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

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

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

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

Un caso de la jurisprudencia penal peruana señala lo siguiente: *"Se halla acreditado el delito de concusión al haber el encausado, en su calidad de asesor de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad, solicitado a meretrices la entrega de dinero a fin de no clausurar los locales donde ejercían la prostitución clandestina. De las actas de visualización del video se desprende que el encausado solicitó dinero a una mujer para no cerrar el local donde ejercía la prostitución, lo que se deduce de la expresión "te voy a cuidar tu departamento, pero me tienes que pagar mil quinientos soles para que no cierren tu local". Que el hecho que el informe municipal no hallara responsabilidad en el encausado no prueba la irrelevancia penal de los hechos incriminados, en tanto aquel no es el órgano competente para establecer la responsabilidad penal de una persona por la comisión de delito"*[365].

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

3.5.2.B. Inducir a dar o prometer

"Inducir" (el *allicere* de los latinos) significa persuadir, seducir, convencer, esto es, dirigir el entendimiento e inclinar la voluntad. Este acto supone todo un clímax; que va desde la simple persuasión hasta la sugestión, el engaño y el fraude más o menos capcioso[366]. Lo im-

---

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

(365) Ejecutoria Suprema del 07/04/2008, R.N. N°163- 2007-LIMA, extraído de: *Gaceta penal y procesal penal*, tomo 3, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre, 2009, p. 182.

(366) MAGGIORE, Giuseppe; *Derecho penal, parte especial*, Reimpresión de la Segunda Edición. Volumen III. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1989, p. 185. Agrega

portante, en todo caso, es que la inducción represente un abuso de las cualidades y funciones de parte del agente. Además podemos decir que inducir en la concusión se trata de un influjo psicológico tendiente a una finalidad: un bien o beneficio patrimonial; es decir, que el sujeto activo debe buscar en vencer la voluntad de la persona mediante la persuasión, el convencimiento, la apariencia, haciendo uso de estratagemas, falsedades, engaños o silencios que tengan la suficiente fuerza determinadora para que la víctima dé o prometa dar el bien o beneficio patrimonial[367].

Se ha dicho que el término inducir, en el marco del delito de concusión, tiene que estar relacionado con el engaño o mentiras; este engaño tiene que basarse en una situación referida a la actividad funcionarial; p. ej., que ha salido una ley que exige el pago de determinados impuestos, o que ha elevado las tasas. En el caso de que el engaño se base en la función que se tiene, se cometerá delito de "usurpación de función" y eventualmente "estafa"[368]. Por otro lado, Rojas Vargas señala que la inducción puede ser cometida también mediando omisión; por ejemplo, los silencios o la inercia del funcionario, ante la incertidumbre de la persona, que obran para dar o prometer dar. En todo caso debe existir una suficiente relación de causalidad imputable entre la causa (inducción) y el efecto (el dar o prometer), o si se quiere de incremento del riesgo para la lesión del bien jurídico[369].

---

que: "No es, pues, necesario un verdadero fraude, como tampoco es preciso que la inducción se efectúe mediante artificios y engaños, determinación a error, falsedad, mentiras, maquinaciones y estratagemas, "ya que el prestigio y la competencia presunta del funcionario hallan vías más fáciles para el engaño que la persona privada".

(367) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 368.

(368) ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, P. 291.

(369) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 368. De la misma forma admite una inducción por omisión: PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 147. ABANTO VASQUEZ, ob. cit., 2003, p. 291 "Así cuando se calla y, según las circunstancias, el silencio es idóneo para llevar a error al administrado. P. ej., si el administrado preguntara si es verdad que los derechos que debe pagar ahora son menores y el funcionario calla mortificado que debe pagar en vez

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

Ferreira nos dice que respecto de la inducción en el delito de concusión, hay dos cosas para aclarar: la primera es que *inducción* es algo distinto de *constreñimiento,* según la gramática con que se redacte el tipo, que entre uno y otro verbos coloca la disyuntiva o, e indica doble modalidad comisiva de una misma tipicidad. La segunda es que *inducción* no puede significar *convicción*, porque si el agente de la concusión logró *convencer* a su víctima de la entrega de la dádiva a cambio de su función o acto extralimitado, la víctima –por así llamarla– no será tal víctima, no habrá ofrecido o entregado la dádiva por miedo, sino por *convicción*. Y si es convicción lo que movió a la supuesta víctima, será un *cohecho.* Por consiguiente, *inducción* es algo diferente de constreñir y de convencerse de las razones dadas por el agente[370].

En este punto, sobre la inducción en el delito de concusión, podemos citar un caso de la Corte Suprema que ha dicho lo siguiente: "La imputación recaída sobre los procesados, los cuales en su condición de empleados municipales de la Municipalidad de Chorrillos se presentaron al local, conducido por [...], constatando que se desarrollaba una fiesta social no autorizada, oportunidad en la que por *insinuación*

---

de aclarar que ello no es así, ante lo cual el administrado presume que debe pagar la suma mayor calculada sobre la base de un derecho que ya no existe en tal cantidad". De la misma manera: PEÑA CABRERA, ob. cit., tomo V, 2010, p. 287 afirma que: "...puede ser cometida también por omisión; por ejemplo, los silencios o la inercia del funcionario ante la incertidumbre de la persona que obran para dar o prometer dar, siempre que el silencio pueda ser reputado como *concluyente*, para determinar una determinada situación generadora de una obligación por parte del particular".

(370) FERREIRA D., Francisco J.; *Delitos contra la administración pública*, Tercera edición actualizada. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 70.

de los procesados, la conductora del local les hizo entrega de veinticinco nuevos soles a fin de que no le impusieran la papeleta de sanción administrativa"[371].

---

[371] R.N. N° 1010-2001 LIMA SALA PENAL TRANSITORIA Lima, treintiuno de julio de dos mil uno.
VISTOS; de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal; declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas doscientos quince que condena a Juan Carlos Hurtado Nuñez, por el delito contra la administración pública –concusión–, en agravio de la Municipalidad Distrital de Chorrillos a tres años de pena privativa de libertad, de ejecución suspendida condicionalmente por el plazo de prueba de dos años; inhabilitación por el mismo término de la condena, de acuerdo con los incisos primero y segundo del artículo treintiséis del Código Penal; **FIJA** en quinientos nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil abonará el condenado a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene, los devolvieron.- S.S. SALAS GAMBOA / CARRILLO HERNANDEZ / BIAGGI GOMEZ / PADILLA MARTOS / SANTOS PEÑA.
EXPEDIENTE N° 1879-199
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
C.S. N° 1010-2001
DICTAMEN N° 1554- 2001-2°- FSP- MP
SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA:
Ha pasado a Vista a esta Segunda Fiscalía Suprema Penal, el principal en mérito del recurso de nulidad interpuesto por el condenado Juan Carlos Hurtado Núñez, contra la sentencia de FS. 209-211, en la cual falla, condenando a Juan Carlos Hurtado Nuñez por delito de contra la administración pública –concusión–, en agravio de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, a tres años de pena privativa de libertad, de ejecución suspendida condicionalmente por el plazo de prueba de dos años bajo determinadas reglas de conducta, fijaron en quinientos nuevos soles el monto por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor del agraviado. De la revisión de los efectuados, se establece la imputación recaída sobre el sentenciado absuelto Gabino Fernando Chambi Vargas, los cuales tenían la condición de empleados Municipales de la Municipalidad de Chorrillos se presentaron al local, conducido por Carmen Urrutia Arteaga, constatando que se desarrollaba una fiesta social no autorizada, oportunidad en la que por insinuación de los procesados la conductora del local les hizo entrega de veinticinco nuevos soles a fin de que no le impusiera la papeleta de sanción administrativa; así mismo se le atribuye, que con fecha cinco de abril del mismo año al verificarse una fiesta social en el mismo local la conductora le hace entrega de una suma similar, volviendo a retornar el día doce de abril del mismo año en mención,

Se puede decir que alguien "induce" a otro a llevar a cabo un determinado acto, solo cuando se vencen por la persuasión motivos de resistencia del sujeto pasivo. No tiene necesidad de ser "inducido" a una acción quien, siendo jurídicamente capaz, está plena y espontáneamente dispuesto a realizarla, de manera que el agente se presente como ocasión, y no como causa, de la determinación del otro. Por eso no constituye concusión la simple exigencia no hecha en la forma antedicha. En tal caso, si la exigencia es ilícita, podrá encontrar lugar un diverso título de delito[372].

En tal sentido, si no se llegara a probar ninguna de las modalidades previstas en el artículo 382, simplemente no se configura el delito de concusión. Así lo tiene dicho una Ejecutoria Suprema que señala lo siguiente: "(...) el delito de concusión en su modalidad de coacción o promesa indebida, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y dos del Código penal, se caracteriza porque el núcleo rector

---

oportunidad en que le solicita una suma igual y ante la negativa del pago el acusado le impuso papeleta acto que repitió el diecinueve de abril del referido año. Ahora bien, del análisis de los actuados que si bien se desprende cierto el sentenciado Carlos Hurtado Nuñez conforme es de verse del Dictamen Fiscal a fs. 150-151 se encuentra acreditado el delito cometido agravio de la Municipalidad de Chorrillos, así como la responsabilidad del procesado, ya que conforme es de verse de autos se tiene que Carmen Urrutia Arteaga en su manifestación policial señala en forma coherente las oportunidades en las que el sentenciado concurrió al bar recreo ubicado en "Los Pinos Lt. 08 Mz Ñ- Villa Marina", local que administraba siendo cierto que no contaba con autorización municipal para fiestas sociales, hecho que fue aprovechado por el sentenciado para solicitarle en varias oportunidades la entrega de la suma de dinero para evitar problemas, hecho que posteriormente fuera denunciado por Carmen Arteaga ante la Municipalidad de Chorrillos por dichas irregularidades situación que motivó al sentenciado a imponerle diversas papeletas por su negativa a seguir entregando suma de dinero alguno, encuadra dicha conducta dentro de los supuestos del tipo penal aludido.
En consecuencia, la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opina que se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida. Lima, 04 de mayo 2001.

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

del comportamiento típico es "abusar del cargo" para *obligar* o inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial; que en el caso de autos los imputados Benigno Nina Huamán Valdivia y Clemente Valero Pacori, titulares de la administración del "Hostal Pacífico Copacabana", admiten haber entregado sumas de dinero a los encausados en distintos momentos para la tramitación de la Licencia de Funcionamiento del local, *pero lo hicieron voluntariamente, sin coacción alguna, por lo que no se configura del delito de concusión al no existir como medio la imposición del pago con el abuso del cargo de funcionario*"[373].

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

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

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

- En primer lugar, "dar" significa entregar, proporcionar o transferir indebidamente un bien o beneficio patrimonial al agente como consecuencia de los actos de obligar o inducir arbitrarios; se exige la "entrega", en la cual el agente activo reciba físicamente, o reciba en su "mano" por parte de la víctima, el bien o el beneficio patrimonial; en otras palabras, debe haber una entrega material e inmediata.

---

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

- Mientras que en la segunda se exige la "promesa", donde se espera una expectativa a futuro (pero no remoto) de un bien o beneficio patrimonial, expectativa generada por el propio agente activo. En otras palabras, prometer significa obligarse a efectuar de manera indebida en un futuro inmediato la entrega o transferencia de un bien o beneficio patrimonial a favor del agente público a consecuencia de los actos de obligar o inducir arbitrarios. Aquí resulta irrelevante si la víctima haya aceptado o no la futura entrega del bien o beneficio hacia el agente activo.

  La promesa debe ser *seria*, pero no necesita cumplir con formalidades civiles, ni siquiera que se dé por escrito. Según Abanto Vásquez no importa si la promesa deviene imposible, pero si el funcionario sabía que la promesa era imposible de cumplir, no puede haber tipicidad de la conducta; podría discutirse si aquí todavía existiría alguna posibilidad de aplicar el tipo de coacciones (art. 151)[374]. La promesa no tiene que efectivizarse, para dar por cumplida la realización típica, la cual debe ir aparejada de cierta posibilidad fáctica, la entrega de un aeroplano no parece ajustarse a dicha caracterización[375].

  Según Manzini en la *promesa* "basta para concretar el delito aun la aceptación de una simple promesa, obtenida directamente o por persona interpuesta, y hecha en cualquier forma que represente una obligación, aunque solo sea moral, es decir, en cualquier modo que se designe al promitente como vinculado al cumplimiento del contenido del compromiso. Toda otra indagación jurídica acerca de los requisitos formales de la promesa sería absurda y contradictoria, ya que se trata siempre de un negocio ilícito y por tanto radicalmente nulo. Tanto vale, pues, la letra de cambio como la promesa meramente verbal[376].

---

[374] ABANTO VASQUEZ, ob. cit., 2003, p. 292.

[375] PEÑA CABRERA, ob. cit., tomo V, 2010, p. 285.

[376] MANZINI Vincenzo; *Tratado de Derecho penal,* Tomo 8, Segunda Parte De los Delitos en especial Volumen III. Delitos contra la administración pública

Tanto lo dado o prometido debe ser una cosa cierta, tangible, concreta, y no algo nebuloso, turbio o impreciso. La concreción de lo que se espera recibir es parte del dolo con que obra el agente al constreñir, inducir o solicitar la dádiva, y no puede haber dolo sobre finalidades turbias o confusas[377].

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

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

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

Aquí debemos encontrar otras diferencias con el delito de cohecho pasivo, ya que este delito por ejemplo, en el artículo 393°, primer párrafo, exige que el funcionario o servidor público acepte, reciba o solicite los medios corruptores "*...para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o las acepte a consecuencia de haber faltado a ellas...*", esto es, que en el delito de cohecho pasivo siempre se esperará "algo"

I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón., Buenos Aires, p. 216.

(377) De la misma forma: FERREIRA D, Francisco J.; *Delitos contra la Administración Pública*, Tercera Edición actualizada, Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 73.

del funcionario o servidor público, algo claro está, que esté ligado a su función pública; mientras que en el delito de concusión no se espera nada en el futuro por parte del agente activo, nada en relación a sus deberes funcionales, solo que él realice la obligación o la inducción de dar o prometer un bien o beneficio.

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

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

Y este elemento normativo permite diferenciar la concusión del abuso de autoridad. En efecto, para que exista concusión los bienes o beneficios patrimoniales que exige a la víctima no son aquellos que esta legalmente le debe. No sucede lo mismo con el abuso de autoridad que puede darse cuando el funcionario o servidor público, utilizando su poder o servicio, cobran lo que les debe, extralimitando sus funciones[378].

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

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

[378] FRISANCHO APARICIO, ob. cit., 2011, p. 305.

ser sus hijos o su esposa, o simplemente a cualquier sujeto que tenga algún vínculo cercano con el sujeto activo.

Como dice Abanto Vásquez, el tipo penal peruano de concusión no hace distinciones, el "otro" podría entenderse también como la propia administración pública. Desde la perspectiva del bien jurídico parece ser esto razonable, pues si se quiere el correcto funcionamiento de la administración pública, los únicos beneficios que el funcionario podría exigir son los previstos en la ley y en la forma que ella señala[379]. El "otro" resulta ser el beneficiario económico de la conducta ilícita realizada por el funcionario o servidor público agente y en ningún caso puede ser autor o coautor del delito de concusión. Puede sí adquirir la calidad jurídica de un instigador, un cómplice primario o secundario o un receptador[380].

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de concusión es de ejecución eminentemente dolosa, quedando descartada la modalidad típica culposa, de acuerdo al artículo 12° del Código penal. En consecuencia, se exige el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal, y obviamente la voluntad para ejecutarlo. Es uniforme la doctrina nacional[381] al sostener que solo es posible la comisión por dolo directo, no es posible la comisión por dolo eventual.

Se discute en la doctrina si se exige un elemento subjetivo distinto del dolo, es decir, si se exige un *ánimus de lucro* en el agente público[382],

---

[379] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, p. 294.

[380] De la misma forma: SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011, p. 228.

[381] Por todos: SALINAS SICCHA, 2011, p. 230.

[382] En este punto: ABANTO VASQUEZ, 2003, p. 295 afirma que "Aunque no se dice expresamente, con esto se incluye en realidad un elemento subjetivo especial: el ánimo de lucro", pues no puede consistir en otra cosa el conocer y querer un beneficio patrimonial a favor propio o de un tercero". SALINAS SICCHA, 2011, p. 231 sostiene que: "De la lectura del tipo penal, se concluye

ya que el tipo penal de concusión no lo señala expresamente, como sí lo hace en otras figuras delictivas como por ejemplo los delitos patrimoniales como el hurto (art. 185), robo (art. 188°) o la estafa (art. 196°).

Así se ha resuelto en la jurisprudencia en cuanto al animus de lucro como elemento subjetivo el delito de concusión: Quinto.-Que, sin embargo, para poder determinar la configuración del delito objeto de acusación se debe valorar si se cumplen los supuestos objetivos y subjetivos del tipo penal contenido en el artículo trescientos ochenta y dos del Código penal esto es, que el funcionario o servidor público, abusando de su cargo obliga o induce a una persona dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, de donde se colige que dicho delito es eminentemente doloso donde el agente busca un ánimo de lucro ya sea para él o para una tercera persona[383].

Ahora bien, el hecho de que el agente público realice actos de inducción o de obligación tendentes a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, tiene esto un evidente contenido económico. Si el tipo penal de concusión no dijese "o un beneficio patrimonial" y solo existiera el término "bien" podríamos sostener que se trataría de un beneficio que no necesariamente tenga un contenido económico, puede ser que tenga en un sujeto activo un beneficio de contenido personal-sentimental, familiar. Sin embargo, la frase que completa esta parte del tipo objetivo ("...un bien *o un beneficio patrimonial*...") hace suponer un aprovechamiento eminentemente económico por parte del sujeto activo, con lo cual el bien que

también que se trata de un delito en el cual, aparte del dolo, es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo: al ánimo de lucro. Es decir, el agente orienta su comportamiento guiado o motivado en el logro de un beneficio patrimonial en su propio beneficio o de un tercero". Por el contrario: PEÑA CABRERA, tomo V, 2010, p. 290 afirma que: "Resulta inapropiada la exigencia de un ánimo de naturaleza trascendente, aparte del dolo; de seguro que el ánimo de obtener un provecho (para sí o para otro) estará ínsito en la psique del autor, pero ello no es un elemento necesario para dar por configurada la conducta".

(383) R. N. N° 1433-2007, Madre de Dios, 03/03/2008.

recibe o promete recibir es para fines lucrativos, con lo cual en el proceso penal debería probarse este extremo de la tipicidad, no que efectivamente lo haya hecho en la realidad, sino al final que haya tenido esa finalidad.

5. GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO

El delito de concusión se trata de un delito de técnicas legislativas de protección mixta, en la medida que tiene dos verbos rectores de ejecución progresiva, y en función a ello también dependerán los grados de ejecución delictiva: en la parte cuando el tipo penal contenido en el Artículo 382° exige: "*El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar...*", cuando ya la víctima ha realizado la entrega del bien o beneficio patrimonial, aquí a nuestro juicio existe una afectación directa al bien jurídico institucional "administración pública", por lo tanto aquí existe un delito de resultado lesivo. En consecuencia, en este extremo existirá la posibilidad de actos de interrupción en los grados de ejecución: por ejemplo, el agente público está esperando en un parque de la ciudad la entrega de un sobre conteniendo dinero; sin embargo, luego de un operativo policial intervienen a dicho agente público antes de que la víctima le entregue el dinero, aquí existirá una tentativa punible (artículo 16° del Código penal).

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

Sin embargo, Salinas Siccha afirma que en ambos supuestos –de dar o prometer– es admisible la tentativa punible, al igual que el de-

sistimiento. La posibilidad de tentativa radica en el hecho de que no basta para consumar el delito una simple exigencia, petición o argumentación persuasiva por parte del agente, sino que es necesario llegar a determinar en la voluntad de la víctima la dación a la promesa y ello supone un *iter* o espaciamiento de actos o de un solo acto hasta llegar al momento de la dación o promesa afectiva[384].

6. RELACIONES CONCURSALES

Las relaciones concursales pueden presentarse con los siguientes delitos:

6.1. Con el delito de coacción

Otro de los delitos con los que podría entrar en concurso sería con el delito de coacción (artículo 151°del Código penal), que es un delito más bien que está fuera del alcance represivo de los delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública. En efecto, el delito de coacción tiene como verbos rectores "violencia" o "amenaza", obligar a otro hacer lo que la ley no mande o impedir hacer lo que ley no prohíbe. La diferencia radica en cuanto al bien jurídico tutelado, en el delito de coacción es la libertad personal, mientras que en el delito de concusión es la administración pública; otra de las diferencias podría encontrarse en los sujetos activos, en el delito de coacción es un delito común, pues cualquier persona lo puede ejecutar, mientras que el delito de concusión es un delito especial, ya que solo lo puede cometer un funcionario o servidor público. Otra diferencia lo podemos encontrar en los medios típicos a utilizar, ya que en la coacción el sujeto activo tiene que utilizar violencia o amenaza para obligar a lo ilícito, mientras que en la concusión no precisa de tal violencia o amenaza.

Sin embargo, ambos tipos penales tienen similitudes en cuanto a su estructura típica, en el sentido de que en el delito de concusión, el agente activo tiene que obligar o inducir a la víctima para que este entregue

[384] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 233.

o le prometa la entrega de un bien o beneficio patrimonial. Mientras que en el delito de coacción está el verbo rector "obligar" como parte de la conducta típica, es decir obligar a su víctima hacer lo que la ley no manda, o le impida hacer lo que ella no prohíbe.

Por todo ello, entre el delito de concusión y el delito de coacción existe un concurso aparente de normas resuelto por el principio de consunción[385] que no tiene versión legal en nuestro Código penal, ya que existe un mayor disvalor de la acción por parte de la concusión en relación a la coacción que quedará absorbido. Puede admitirse un concurso real de delitos (artículo 50° del Código penal), en la medida que existan comportamientos independientes, es decir, por ejemplo un agente público en el mes de junio del 2012 puede obligar o inducir a la víctima para que le dé un bien o beneficio patrimonial, y en ese mismo año, en el mes de agosto, el mismo funcionario público, obliga a otra persona a que le dé un beneficio patrimonial, el mismo que se concretiza.

Otra cosa es que el funcionario público, encontrándose de vacaciones en el cargo (por lo tanto es un funcionario, pero no en pleno ejercicio de sus funciones), obliga mediante amenaza, específicamente mediante actos de hostigamiento a sus vecinos para que estos desalojen un inmueble; aquí habría que señalar que cuando el funcionario público no esté en pleno ejercicio de sus funciones, no podría abusar del respectivo cargo, por lo tanto no se podría aplicar la tipicidad penal

---

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

de la concusión; en tal sentido, en el supuesto señalado anteriormente solo habría la concurrencia de una única circunstancia fáctica (solo en el mes de junio del 2012) y no dos supuestos, por lo tanto se descartaría la posibilidad de un concurso de delitos.

6.2. Con el delito de abuso de autoridad

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

Como es sabido, para que se tipifique el abuso de autoridad genérico, la conducta del sujeto activo debe guardar relación con el cargo funcional asumido, esto presupone el ejercicio de la función dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico, de esa forma el abuso de atribuciones o de poder se realiza cuando el funcionario extralimita –dolosamente– los límites de su competencia normativa, actuando fuera de los casos establecido en la ley o reglamentos internos que regulan su función estatal o cuando no observa las normas o formalidades prescritas o las instrucciones que le han sido impuestas y, finalmente cuando hace uso de sus facultades para un objeto distinto de aquel para el cual le fueron conferidas[386]. Por lo tanto es el Estado,

[386] Así lo ha entendido la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Lima, por Ejecutoria Suprema del 12 de septiembre de 2000, en forma pedagógica, disgregando los aspectos que encierra el bien jurídico protegido, argumentó que "respecto al delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código penal, es menester hacer las siguientes precisiones; a) tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos

a través de su administración pública, el directo sujeto agraviado en el delito de abuso de autoridad, y también del delito de concusión[387].

Por lo tanto un mismo supuesto fáctico cometido por un funcionario público puede generar una unidad de acción, en ese sentido, que podría ser calificado, por un lado, en el delito de abuso de autoridad, y por otro lado, en el delito de concusión; en ese sentido podría ocasio-

---

los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes o los particulares; b) la conducta abusiva presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público dentro del marco de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico; c) que el precepto debe ser integrado por las normas de otras ramas del derecho público que son las que fijan las funciones de los órganos de administración, y, consiguientemente determina la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercerlas lícitamente. Es más, la Ejecutoria del 25 de abril de 2006 considera de que el delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal e interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares.
En esta misma línea, se expresa la Ejecutoria Suprema del 07 de abril de 2008, da cuenta de un hecho real de abuso de autoridad. En efecto, allí se argumenta en forma atinada que se ha acreditado la responsabilidad penal del acusado, pues "conforme al Memorándum numero...puso a disposición al agraviado de la Gerencia de recursos humanos para que se le asigne funciones propias de su nivel, a pesar que el Órgano Jurisdiccional que conoció la demanda de amparo ordenó la reincorporación del agraviado al puesto o cargo y nivel en el que se desempeñó con anterioridad, es decir, al cargo de asesor jurídico conforme es de verse a fojas ocho, aunado a ello, con tal documento el encausado en su calidad de funcionario público *abusó de sus atribuciones* y causó perjuicio al agraviado, al disponer que retiren su tarjeta de marcado por lo que no le fue posible cobrar sus remuneraciones por el lapso de dos meses.

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

nar un concurso ideal o formal de delitos; máxime si el Nuevo Código procesal penal de 2004 permite las llamadas "tipificaciones penales alternativas" (artículo 336°, inciso 2, letra b).

6.3. Con el delito de cohecho pasivo

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

Debemos citar en este punto a Rojas Vargas quien hace la siguiente pregunta: "¿En qué se diferencia el delito de concusión del de corrupción? En el delito de concusión no existe concierto o confabulación (bilateralidad), para la entrega del bien económico o dinero y tampoco es relevante que la entrega de dinero se haga para cumplir u omitir un acto del cargo o función"[388].

Como ha dicho Soler "...la corrupción es un delito bilateral y la concusión no lo es. En este, quien paga es una víctima digna de protección contra los desmanes coactivos del funcionario, mientras que en la corrupción, quien formula la promesa es un codelincuente, es corruptor del órgano"[389].

---

[388] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007.

[389] SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, Tomo V, Buenos Aires, 1951, p. 221. En esta misma lógica: MANZINI Vincenzo; *Tratado de Derecho penal, Tomo 8*, Segunda Parte De los Delitos en especial Volumen III. Delitos contra la administración pública I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR Soc. Anón., Buenos Aires, p. 210, nos señala que: "Mientras que la concusión es delito unilateral y se caracteriza por el hecho

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

En esta descripción típica se puede notar que el agente público "condiciona" su conducta funcional a la entrega o promesa de algún medio corruptor, y el hecho de condicionar a la otra parte con la finalidad de que este realice la entrega o prometa la entrega de algún corruptor al agente público, es una forma de inducir, con lo cual se acercaría a la descripción típica del delito de concusión; sin embargo, solo esto tendría de acercamiento, ya que el delito de cohecho pasivo exige que el medio corruptor tenga como objetivo que el agente activo realice u omita un acto en violación de sus deberes funcionales, es decir, en el delito de cohecho pasivo se espera "algo" del agente activo, mientras que en el delito de concusión no, ya que este reprime el solo hecho de "abusar del cargo" e "inducir u obligar".

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

---

de extorsionar o sonsacar lo indebido, de manera que quien da o promete es sujeto pasivo del delito; el cohecho, en cambio, es delito bilateral, caracterizado por el hecho de aceptar ilícitos provechos de persona que es ella también sujeto activo del delito. GARCÍA DEL RIO, Flavio; *Manual de Derecho penal. Parte general y Parte especial,* Lima, 2004, p. 571.

CAPÍTULO SÉPTIMO
EL DELITO DE COBRO INDEBIDO O EXACCIÓN ILEGAL

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 383° DEL CÓDIGO PENAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO TUTELADO

En cuanto a la evolución histórica de las exacciones, podemos decir que hay que ubicarlo en Europa, concretamente en la antigua Roma; y habría que vincularlo al instituto de la concusión, el mismo que no era distinguido con claridad de otras figuras como el "cohecho", sino que a ambas –concusión (y por ende exacción) y cohecho se les aplicaba el mismo principio genérico de *crimen repetundarum*, es decir, bajo el título de la concusión en sentido genérico; se comprendían diversos fenómenos que generaban corrupción en contra del sistema de justicia en el Derecho romano, v.gr., se castigaba el acto de aceptar dinero para pronunciar sentencia[390]. En el Derecho imperial romano se contemplaba todo tipo de fenómenos que generaban corrupción sin distinguir claramente los límites entre cada uno de ellos. Es decir, bajo el título de la concusión se confundían actos como la extorsión, el soborno y el cohecho[391].

Aunque, según Soler[392], históricamente se hizo la distinción entre *concusión propia*, que era la ejercida por el sujeto dotado de autoridad; y *concusión impropia*, que era la extorsión cometida por un particular.

---

[390] SÁNCHEZ FRANCO, Alfredo; *El delito de la concusión cobro ilegal de impuestos*, México, 2001, p. 15.

[391] SÁNCHEZ FRANCO, 2001, p. 15.

[392] SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino,* tomo V, Buenos Aires, 1951, p. 217

El empleo de su nombre, sin embargo, se fue circunscribiendo para calificar exclusivamente la acción de los funcionarios que se sirven del temor suscitado por la autoridad (*metus publicce potestatis*) como medio para obtener de los particulares exacciones indebidas.

La concusión es un término legal que se refiere a un delito llamado exacción ilegal, es decir, cuando un funcionario público en uso de su cargo, exige o hace pagar a una persona una contribución, o también al cobrar más de lo que le corresponde por las funciones que realiza. Este delito puede presentar agravantes si se emplea intimidación o si se invoca que son órdenes de un funcionario de mayor jerarquía, y esta exacción es en provecho propio[393].

Terragni nos dice que el significado de la voz "exacciones" en nuestro idioma presenta dos significados: que tienen como común denominador eludir a la exigencia de un cobro con fines fiscales, pero cuya nota diferenciadora está constituida por la licitud o no de tal requerimiento. Como primera acepción el sustantivo denota un requerimiento vinculado con impuestos, prestaciones, multas o deudas[394]. Hasta aquí no hay ninguna nota de ilegalidad. Empero, el segundo significado de esta palabra es "cobro indebido y violento", y esto es el significado que el legislador ha usado[395]. En el contexto del Derecho extranjero se le conoce a este ilícito penal como "exacción ilegal"[396],

---

[393] OSSORIO, Manuel; *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.* Buenos Aires, Heliasta, 1989.

[394] TERRAGNI, Marco Antonio; *Tratado de Derecho penal. Tomo III, Parte Especial, II,* Buenos Aires, 2012, p. 517

[395] TERRAGNI, Tomo III, Parte especial, II, 2012, p. 517

[396] "La palabra exacción significa exigir multas, deudas o impuestos en nombre del Estado. El prefijo ex significa sacar, y lo que se extrae del patrimonio de los particulares en concepto de exacciones o sea para multas, dádivas o impuestos en la mayoría de los casos son legales, pero en las exacciones ilegales esa exigencia es indebida y la entrega se produce en virtud del temor generado por el delincuente que debe ser un funcionario público en ejercicio de sus funciones". (Véase en: Exacciones ilegales | La guía de Derecho http://derecho.laguia2000.com/derecho-penal/exacciones-ilegales#ixzz4MbuzZ7rS)

en nuestro país se le conoce, según la nomenclatura del Código penal como "cobro indebido", que en realidad es solo un cambio de nombre cuando en realidad en el fondo se trata de lo mismo.

El concepto de exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera el agente público no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo "extorsiona" con un acto de autoridad totalmente injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar; en ambos casos media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias[397].

El delito de cobro indebido, según Muñoz Conde[398] el parentesco con la estafa y el cohecho es indudable, y caso de que sea posible, deben ser de preferente aplicación el delito de cobro indebido, pues de lo contrario se privilegiaría absurdamente al funcionario público. Existe evidentemente estafa cuando el funcionario hace creer engañosamente al particular que los derechos exigidos son legales; y cohecho cuando el funcionario no oculta ciertamente el carácter indebido de su exigencia, pero a pesar de ello llega a un acuerdo con el particular, que acepta la solicitud del funcionario.

Las exacciones ilegales tienen lugar generalmente con ocasión de la prestación de un servicio público, muchas veces relacionadas con obligaciones económicas. Aquí, a diferencia de la concusión, resalta más *la apariencia de legalidad y el fraude de los administrados*, pero pueden

---

[397] Ejecutoria Suprema del 13/10/1998, Exp. N° 1380-98- PIURA, Revista peruana de jurisprudencia, año II, N° 4, Editora Normales Legales, Trujillo, 2000, p. 398.

[398] MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2008, p. 974.

darse conductas sin esta modalidad[399]. La característica más peculiar y distintiva de las exacciones radica en la exigencia de lo que indebidamente se recibe. Dicha exigencia es lo que las diferencia de otros delitos de los funcionarios públicos, especialmente del cohecho[400].

Ahora, también habrá que hacer la distinción de las exacciones ilegales con la figura de la concusión, en el sentido de que en aquella se parte de un derecho válido para exigir una contribución, cuando se trata de pago de una cantidad que excede la tarifa legal o invocando un falso derecho de cobro a nombre de la administración; en cambio en la Concusión no existe ningún derecho a la retribución de un bien patrimonial, es decir, ni siquiera aparente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español comienza a ser consciente de la gravedad del problema de exacción ilegal, porque suele ser el *modus operandi* de mafias de funcionarios públicos. Citando la reciente sentencia STS 1302/2016 (ponente Conde Pumpido) textualmente: *"El art 437 CP establece que la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.... El tipo descrito en el art 437 concurre también cuando el funcionario o autoridad exige el pago al ciudadano afectado de cantidades indebidas o excesivas para ingresarlas en la administración, sin ánimo de beneficio patrimonial propio, o con ánimo lucrativo de terceros, como destaca la generalidad de la doctrina. Y ello porque el bien jurídico protegido en el art 437* ***no es únicamente el buen funcionamiento de la administración pública, sino que también tutela de manera mediata el patrimonio de los administrados y su derecho a que la administración no***

---

(399) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano,* Lima, 2003, p. 298

(400) Véase, FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Derecho penal. Parte especial,* (actualizado por Guillermo A. C. Ledesma) Buenos Aires, 2002, p. 863.

le exija en ningún caso el pago de derechos a los que no esté obligado. *Con independencia de que la exigencia se realice para el ingreso de los fondos en la propia administración, o para destinarlos, como sucede en el caso actual, al pago de sobresueldos a quienes debían prestar un servicio que beneficiaba a los propios afectados. Porque lo relevante en este delito no es evitar el enriquecimiento injusto de los autores,* ***sino evitar el abuso que los funcionarios o autoridades pueden realizar de su posición exigiendo a los ciudadanos el pago de cantidades que, simplemente, no se hayan establecido a través de un procedimiento legal".***[401]

Ahora bien, siguiendo la evolución de nuestros proyectistas en relación al delito materia de comentario, podemos mencionar que, por ejemplo, en el Anteproyecto del Código penal del Perú (2010)[402] regulaba el presente delito, con el nombre de "cobro indebido", en el artículo 436º bajo los siguientes términos: *"El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1,2,3 y 8 del Código penal"*; conservando como se observa la misma estructura típica del texto original del vigente código punitivo de 1991, incorporando una pena privativa de libertad de no mayor a cuatro años. Sin embargo, el último Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (2015), respecto al delito materia de comentario tiene el siguiente texto: Artículo 567, cobro indebido: *"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 es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación hasta por veinte años*

---

(401) Esa sentencia está en www.cita.es/sentencia-exaciones-ilegales.pdf

(402) TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano. Exposición de Motivos. Anteproyecto del Código penal y Estudios sobre Derecho penal,* Lima, 2011, p. 254.

conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42", el cual tiene, como se observa, la misma descripción típica que las anteriores, destacando el incremento de la pena privativa de libertad, de cuatro como mínimo hasta ocho años de pena privativa.

En la doctrina argentina, Aboso nos dice que el bien jurídico protegido en las exacciones ilegales es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Es un delito de abuso de funciones y se proyecta directamente sobre el deber de probidad y de fidelidad de los funcionarios públicos. También se afecta de manera confluyente al patrimonio de los administrados[403]. Por otro lado, en la doctrina colombiana Bernal Pinzón sostiene que el bien jurídico, es el interés que tiene la administración publica en su desarrollo normal y en que los funcionarios públicos, que son sus agentes o representantes, no abusen de sus funciones o de sus calidades, situación que conlleva un desprestigio para la administración pública y eventualmente un daño o perjuicio para los particulares victimas de tales abusos[404].

Como todo delito contra la Administración pública en los Códigos penales modernos, aquí habrá que ubicar dos tipos de bienes jurídicos protegidos: en primer lugar, el **tipo genérico**: quien obviamente será la Administración Pública como ente abstracto-institucional, y en segundo lugar, tenemos la **forma específica**, y aquí ubicamos determinados principios rectores como son el de probidad, honestidad, y legalidad, los mismos que deben reinar y regir en todo el proceso funcional relacionado a remuneraciones e impuestos. Es decir, el núcleo del disvalor se fundamenta esencialmente en el aprovechamiento indebido del cargo funcional, cuando se exige a los particulares el pago indebi-

---

[403] ABOSO, Gustavo Eduardo; *"Administración pública y delitos especiales propios. Análisis de los delitos contra la administración pública en el Código penal argentino desde el punto de vista del estatus de funcionario del autor"*, en: Francisco R. Heydegger / Atahuamán P. Jhuliana C. (Coordinadores), Delitos contra la administración pública, Lima, 2013, pp. 222-223

[404] BERNAL PINZON, J; *Delitos contra la administración pública..*, cit., p.92

do de una contribución o emolumento, emparentando con el delito de concusión donde la sustantividad material reposa en el abuso del poder funcional[405]. No está demás señalar que mediante esta figura se pretende resguardar, también, el patrimonio de los particulares a quienes el agente exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal[406].

II. TIPICIDAD OBJETIVA

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El delito de cobro indebido se encuentra tipificado en el artículo 383° del CP peruano, en los siguientes términos:

> *"El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación según corresponda, conforme a los inciso 1, 2 y 8 del artículo 36".*

2. LEGISLACIÓN COMPARADA

Las exacciones ilegales se regulan en el Código penal español de 1995, en el Capítulo VIII del Título XIX del Libro II, concretamente en el art. 437 C.P. establece que «*La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa y suspensión de empleo y cargo público [...]*»

---

(405) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial*, tomo V, Lima, 2010, p. 292.

(406) FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011, p. 308.

El art. 266 del Código penal argentino establece: "*Será reprimido con prisión de uno a seis meses e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, abusando de su cargo exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva, o cobrase mayores derechos que los que corresponden*". El art. 267 expresa: "*Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta un año y la inhabilitación, hasta cuatro*". Y el art. 268 determina: "*Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores*".

En Colombia también se ha tipificado dicho delito de acuerdo al artículo 404 del capítulo segundo de la Ley 599 de 2000, el cual dice: "*Artículo 404. Concusión. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.*"

3. SUJETO ACTIVO

Según el Código penal peruano, el sujeto activo en este delito solamente lo puede realizar un funcionario o también un servidor público, es decir se trata de un delito de infracción de deberes institucionales; aunque debemos de advertir que quien tiene las prerrogativas y atribuciones para decidir, por ejemplo, en relación a sueldos, remuneraciones o emolumentos es quien está ubicado en la cúspide de una organización institucional estatal, es decir, solo un funcionario público.

El servidor público será eventualmente un mero colaborador doloso –cómplice o inductor- por la carencia de atribuciones que solo estará reservada para el funcionario público; sin embargo, a nuestro juicio, autor de esta figura solo podrán ser quienes ocupan un "cargo" dentro de la administración público (funcionario). En esta misma línea, Portocarrero Hidalgo nos dice que "El funcionario o servidor público que practica el comportamiento descrito; como en la concusión explícita, no podrá serlo el encargado de un servicio público ni el que ejerce un servicio de necesidad pública, porque no tienen el cargo para abusar de él"[407].

Habrá que mencionar, con Rojas Vargas[408], que el tipo penal no solo resulta aplicable a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares (por ejemplo concejales y notarios) sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para exigir o hacerse pagar contribuciones o emolumentos.

Por último, el autor tiene que ser funcionario o servidor público, de lo contrario, si se trata de un sujeto *extraneus* y exige mediante intimidación la entrega de dinero, comete delito de extorsión.

4. SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo será el Estado, como titular de las actividades públicas que toman lugar en la administración, desde un plano mediato, pues desde el plano inmediato será el particular (o funcionario), que exige el pago de una contribución ilegal o el pago de una tasa que excede la tarifa legal[409].

---

[407] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública*, Lima, 1997, p. 149.

[408] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública,* Lima, 2007, p. 384.

[409] PEÑA CABRERA FREYRE, tomo V, 2010, p. 639.

5. ABUSANDO DEL CARGO COMO ELEMENTO COMÚN A LOS DELITOS DE CONCUSIÓN

Abusar significa usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente alguna cosa. Hay que destacar la naturaleza compulsiva del delito de cobro indebido (exacción ilegal), en el sentido que el tipo penal descrito en el artículo 383 del Código penal sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda a la tarifa legal; es decir, que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio[410].

Se trata de un abuso efectuado a través de la constricción (el obligar) o de la inducción a la víctima a dar o prometer indebidamente. Abuso que por sí representa una arbitrariedad lesiva a la propia administración como a los intereses de los particulares[411]. Buompadre nos enseña que el abuso funcional en este delito implica una modalidad de la conducta que se traduce en un prevalimiento o aprovechamiento de la autoridad o poder que representa el cargo público. El funcionario actúa por el temor que suscita en el sujeto pasivo la potestad pública (*metu publicae potestatis*)[412]. No basta la mera invocación de la calidad de funcionario público para menoscabar patrimonialmente a la víctima, si no se pone en juego el ejercicio del cargo mismo[413].

En el comportamiento típico se tiene que expresar –o en todo caso probar en el proceso penal- *una evidente relación de causalidad o nexo de vinculación* entre el acto abusivo del cargo público, con la forma de

---

(410) Ejecutoria Suprema del 20/09/1999, Exp. N° 4628-98-ÁNCASH, Revista peruana de jurisprudencia, año II, N° 3, Editora Normales Legales, Trujillo, 2000, p. 394.

(411) ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública,* Lima, 2007, p. 385.

(412) BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Manual de Derecho penal. Parte general,* Buenos Aires, 2002, p. 693.

(413) CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial,* tomo II, Buenos Aires, 1991, p. 315.

exigencia extorsiva que realiza el funcionario hacia los otros agentes público-privados que laboran dentro de la administración pública. En realidad el acto abuso del cargo es un elemento objetivo trasvasal a todos los delitos de concusión, y en general, a todos los delitos donde exista un abuso del cargo funcional.

Donna señala que el autor debe formular el requerimiento con base en la *función que cumple dentro de la administración pública*, ya que en caso contrario, el agente no estaría abusando de *su cargo*, sin perjuicio de que su ilegítima demanda pueda subsumirse en otro tipo penal[414]. Es requisito esencial de este delito que el autor no haya usurpado el cargo, es decir, que efectivamente lo ejerza[415]. Mir Puig, nos dice que basta para ser autor del delito de exacciones ilegales tener la condición de funcionario público (a efectos penales) **competente**, es decir, que tenga habitualmente entre sus obligaciones las de recaudar u obtener de los particulares determinadas cantidades por la prestación de determinados servicios públicos, aunque el funcionario cobre su sueldo directamente de la administración[416].

Empero, Salinas Siccha[417] nos dice –opinión que compartimos– que al igual que en el delito de concusión, el tipo penal ha circunscrito el abuso al cargo, es decir, a la calidad, no al abuso de atribuciones o funciones, como por ejemplo se hace en el artículo 376° del Código penal que regula el delito de abuso de autoridad. Esto permite entender que no es necesario ni imprescindible que el exigir, hacer dar o hacer entregar se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones

---

(414) DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial,* tomo III, Santa Fe-Buenos Aires, p. 352 (las cursivas son nuestras).

(415) ABOSO; "Administración pública y delitos especiales propios. Análisis de los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal argentino desde el punto de vista del estatus de funcionario del autor", cit, p. 223.

(416) MIR PUIG, Carlos; *Los delitos contra la administración pública en el Nuevo Código penal*, Barcelona, 2000, p. 343.

(417) SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011, pp. 240-241.

del funcionario o servidor público para configurar el delito materia de análisis. Basta –continúa Salinas Siccha[418]– que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones.

En igual sentido, Soler[419] afirma que este delito se trata de un abuso de autoridad que no puede ser estrictamente funcional, basta que el sujeto activo actúe en función de autoridad, invocando esa calidad, expresa o tácitamente, y que esa calidad exista, aunque la función invocada no implique en absoluto la facultad de exigir suma alguna.

Si la exigencia del pago o entrega de las contribuciones o emolumentos es conforme a derecho o corresponde a una obligación que el funcionario quiere hacer cumplir legítima y legalmente, estamos ante una acción ubicada fuera de los alcances del tipo descrito en el artículo 383°[420].

6. SOBRE LAS MODALIDADES CONDUCTUALES

Según el Código penal, las modalidades conductuales típicas son las siguientes:

6.1. Exigir

Exigir es demandar, reclamar; no exige el que solicita, sino el que "demanda" imperiosamente[421] "hacer pagar es hacer dar en pago, dinero o documentos con poder cancelatorio; ejemplo: cheques; hacer entregar es hacer dar algo que tenga valor o cumpla una función económica; cobrar es percibir en pago"[422], todas son formas de intimidación aunque pueda existir una intimidación tácita surgida de la condición de autoridad del sujeto activo. O bien mediante falsas liqui-

---

[418] SALINAS SICCHA, 2011, p. 241.

[419] SOLER, tomo V, 1951, p. 222.

[420] Véase, en este mismo sentido: FRISANCHO APARICIO, 2011, Pág. 309. PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 151.

[421] RAMOS MEJÍAS, citado por Creus en su obra *Derecho Penal Especial*, p. 342

[422] CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, Editora Astrea, tomo II, Buenos Aires. 1983, p. 342.

daciones o interpretaciones, que induzcan a pagar más de lo que en realidad se debe; o por el aprovechamiento del error, del pagador, que espontáneamente ofrece pagar más de lo que debe.

Abanto Vásquez nos dice que esta modalidad debe significar un menor injusto que el "obligar" de la concusión básica, lo cual se refleja en la menor penalidad de las "exacciones"; el menor desvalor de la acción, en relación con la concusión, puede encontrarse en la "violencia" mínima del "exigir" y en la falta del elemento "ánimo de lucro" de las "exacciones"[423].

Exigir es un pedido de forma imperiosa o enérgica una cosa la persona que tiene autoridad para hacerlo: está en su derecho al exigir que se le trate igual que a todo el mundo. Rojas Vargas señala que este comportamiento es una "demanda enérgica que supone un nivel para lograr la consumación del delito, y que parte de la posición de dominio o de poder con la que se presenta el sujeto púbico frente al particular"[424].

Por su parte, Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas[425] expresaron que: "La exigencia constituye un uso abusivo de la autoridad derivada de la función. No puede, por tanto, existir, cuando se invoca un cargo que no se ejerce. La exigencia puede ejercerse por cualquier medio idóneo, inclusive la amenaza expresa o tácita, que produzca en el pasivo el error invencible como vicio del consentimiento, dolosamente manifestada o no...".

6.2. Hacer pagar o entregar

Esta modalidad se llama *exacción implícita* que consiste en que el agente utiliza medios engañosos para el contribuyente, que lo inducen

---

[423] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 299.

[424] ROJAS VARGAS, 2007, p. 386.

[425] CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. "*Código penal anotado*", Edit. Porrúa, México, 1985, p. 218.

a error acerca del deber de pagar algo que no se debe o a pagar más de lo debido[426]. Estas conductas de hacer pagar o entregar relevan un obrar positivo que no supone el empleo de medios violentos, sino más bien la utilización de medios fraudulentos, que se acercan a la estafa. Se trata de una hipótesis de exacción implícita, que se manifiesta ocultamente, de manera solapada, haciéndole creer al particular que está obligado a pagar o entregar, o que ello es exigible[427].

La ausencia de coerción o de engaño sobre la víctima desplaza la concurrencia de esta figura legal por la de cohecho pasivo. Sin embargo, este patrón dista de ser ideal en muchos casos donde el funcionario público no utiliza de manera ostensible la coerción, sino que se vale de otros medios menos atemorizantes, pero no por ello menos efectivos[428].

Por su parte, *hacer pagar* es un acto posterior a la *exigencia del pago*, en consecuencia, se colige que el legislador ha pretendido cerrar espacios de impunidad, cuando por determinadas razones no resulta factible acreditar la exigencia del pago, resultando contrastable en el recibo u otro documento que el particular ha procedido a un abono que se ajusta a los términos reales de la tarifa[429]. La jurisprudencia penal ha dicho que no incurre en delito de exacción ilegal el funcionario público que recibe una contribución excesiva por desconocer la tarifa legal: *"El encausado tiene la calidad de funcionario público para efectos penales pues se desempeñaba como administrador de un organismo del Estado. No se configura el delito de exacción ilegal si el funcionario recibió del usuario una mayor suma de dinero por desconocer la tarifa exacta por concepto de conexión del servicio de agua, más aún si cuando supo que la mencionada tarifa era menor, devolvió el saldo al*

---

(426) ROJAS VARGAS, 2007, p. 386.

(427) BUOMPADRE, 2002, p. 692.

(428) ABOSO; "Administración pública y delitos especiales propios. Análisis de los delitos contra la administración pública en el Código penal argentino desde el punto de vista del estatus de funcionario del autor", cit., p. 224.

(429) PEÑA CABRERA FREYRE, tomo V, 2010, p. 299.

usuario, a quien incluso la cantidad de dinero que entregó no le pareció excesiva"[430].

Asimismo, una Ejecutoria Suprema ha señalado que no incurren en exacción ilegal los Regidores de una Municipalidad que cobraron viáticos en cumplimiento del Concejo municipal. Así: *"En el delito de exacción o cobro indebido, el funcionario mediante intimidación fáctica exige a un tercero el pago o la entrega de una contribución u honorarios no debidos, por lo que la voluntad del agente está dirigida a compeler la de otra persona para obtener dicho beneficio. Debe precisarse que aquello "no debido" es lo ilegítimo, esto es, aquella exigencia será ilegítima cuando no está autorizada por las leyes o reglamentos vigentes, o cuando siendo legal en sí misma, tenga por objeto una suma que el particular ha pagado o no se debe. Si bien se acreditó que los regidores encausados recibieron viáticos para viajar a la ciudad de Lima, tanto el viaje como los viáticos fueron autorizados por el acuerdo del concejo municipal, es decir, dichos encausados se limitaron a dar cumplimiento con lo dispuesto en el referido acuerdo de concejo, sin que para ello se haya quebrantado norma alguna. En tal sentido, la recepción de viáticos por los regidores no puede considerarse un cobro ilegal o no autorizado por la ley, como lo exige el delito de exacción ilegal, por lo que corresponde su absolución*[431].

7. LOS OBJETOS MATERIALES DEL DELITO

Objeto material sobre los cuales debe recaer la conducta ilícita del agente público deben ser las siguientes:

---

[430] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R.N. N° 2788-2008-TUMBES, de fecha veintiuno de enero de dos mil diez (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2010, Tomo 11, Editorial Gaceta Jurídica, p. 208).

[431] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R.N. N° 3295-2012-AMAZONAS, de fecha seis de marzo de dos mil trece (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2014, Tomo 62, Editorial Gaceta Jurídica, p. 243).

- **Contribuciones:** La palabra "contribución" deriva del vocablo latino "*contributio*" que significa: "la cuota que se paga para algún fin y principalmente, la que se impone para las cargas del Estado."[432] se refieren a impuestos o tributos destinados a atender las necesidades públicas: Impuestos, Tasas, Tributos.

  Abanto Vásquez[433] nos dice que el concepto tributario de las "contribuciones" resulta demasiado estrecho y tampoco es obligatorio en el marco penal. Tampoco resulta sostenible identificar, sin más, a las "contribuciones" como sinónimo de "tributo", por ello siguiendo el concepto semántico del concepto abarcaría toda cuota o cantidad que se paga para cualquier fin, siempre que se entienda que tal pago es realizado por el sujeto a fin de obtener algo a cambio de la administración: pago de costos judiciales, etc.

  Así la jurisprudencia penal peruana ha señalado que la cobranza indiscriminada de tributo municipal constituye delito de cobro indebido. Así "*El delito de concusión imputado al procesado se encuentra acreditado, por cuanto resulta de todo lo actuado, que el referido inculpado precedió a efectuar la cobranza del tributo en forma indiscriminada, sin un control previo administrativo y contable, habiéndose fijado su aporte en forma personal, transgrediéndose de este modo los alcances de la Resolución Municipal Nº 3816; asimismo, el referido encausado procedió a otorgar la concesión del cobro, con lo que los intereses del Concejo Municipal se vieron afectados gravemente*"[434].

---

[432] SÁNCHEZ FRANCO, 2001, p. 15.

[433] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 302.

[434] Ejecutoria Suprema del 5/12/95, Exp. Nº 556-95- AREQUIPA, GÓMEZ MENDOZA, GONZALO, Jurisprudencia penal de la Corte Suprema, tomo II, IDEMSA, Lima, 1996, p. 353.

- **Emolumentos**: Guillermo Cabanellas[435] sostiene que: "emolumento" significa beneficio, utilidad, gaje, propina, lucro inherente a un cargo, empleo o destino". Consecuentemente, emolumento no es cualquier gaje, utilidad o propina, sino solo aquella que corresponda y sea inherente al cargo que desempeñe el concusionario, como servidor público. El término emolumento está vinculado al concepto de remuneración, se trata del pago a los servicios prestados en un cargo o empleo, inclusive los honorarios profesionales. Honorario, Sueldo, Remuneración.

  Debe resaltarse que dado el "principio de exacta aplicación de la ley" que impera en materia penal, no debe confundirse que por la palabra "emolumento" se entienda cualquier "gaje", "utilidad", "propina", "retribución", "comisión", etc., toda vez que contrariamente a tal aseveración, el Diccionario de la Real Academia Española[436] señala que la palabra "emolumento" proviene del latín *emolumentum* y que significa: "gaje, utilidad o propina que corresponde a un cargo o empleo."

  Interesante la postura del profesor Portocarrero Hidalgo, en el sentido que siendo el emolumento un concepto que está vinculada a la remuneración, observa el autor citado, que no encuadraría en el tipo penal bajo estudio, porque se trata –el concepto de emolumento- de un derecho a cobrar y no una obligación de pagar. "Obsérvese que el delito consiste en ser obligado a pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda a la tarifa legal, y restando el concepto del tipo, encontramos que lo único que se puede exigir a pagar es una contribución, mas no un emolumento, porque como está dicho, ello constituye un derecho a cobrar, de tal manera,

---

(435) CANABELLAS, Guillermo. "Diccionario enciclopédico de Derecho usual". Tomo III, Edit. Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 71.

(436) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe. Madrid, España, 1970, p. 514.

que a nuestro entender, el delito solo puede comprender a la contribución más no al emolumento"[437].

Habrá que interpretar de acuerdo al principio de legalidad del artículo 383°, que por ejemplo tanto el concepto de "contribución" como el de "emolumento" deben estar expresados en una suma líquida de dinero, sea en efectivo, tarjeta de crédito o un título valor, debiéndose descartar el pago a través de un bien o cualquier tipo de dádiva.

- **Tarifa** es el precio que pagan los usuarios o consumidores de un servicio público al Estado o al concesionario a cambio de la prestación del servicio. En principio, esta tarifa la fija el concesionario libremente. Sin embargo, en los casos en los que lo determina la ley, la administración fija un precio máximo o tarifa legal, generalmente en colaboración con el concesionario[438].

  La jurisprudencia penal peruana ha sancionado como delito de exacción, teniendo en consideración el concepto de tarifa, al cajero de Registros Públicos que cobraba 6 veces más la tarifa que por ley corresponde. En ese sentido, la jurisprudencia penal ha detectado el siguiente caso: *"Constituye exacción ilegal la conducta del cajero de la oficina de los Registros Públicos de haber cobrado la suma de 72 soles, siendo la tarifa tan solo de 12 soles, en el trámite para la inscripción del contrato de condonación de saldo de precio, no importa la afirmación de que la diferencia cobrada en exceso no fue apropiada por el acusado"*[439].

  En otro pronunciamiento de la jurisprudencia penal peruana ha señalado lo siguiente: *"El delito de exacción ilegal, contem-*

---

[437] PORTOCARRERO HIDALGO, 1997, p. 151.

[438] https://es.wikipedia.org/wiki/Servicio_p%C3%BAblico (12-10-2016).

[439] Ejecutoria Suprema del 28/1/98, Exp. N° 4722-97- AMAZONAS, ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia penal, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 650.

plado en el artículo 383 del C.P. no se refiere solo a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para exigir o hacerse pagar contribuciones, indemnizaciones o emolumentos no debidos y que excedan a la tarifa legal; refiriéndose sobre todo al pago de aranceles; siendo ello así, en el presente proceso no se configura los requisitos exigidos por el mencionado tipo penal, ya que lo que había solicitado el acusado no era un arancel con tarifa establecida por ley sino una subvención, por lo que debe absolverse al procesado".[440]

8. EL DESTINO DE LO PAGADO O ENTREGADO INDEBIDAMENTE: EL MONTO DE LO PAGADO DEBE INGRESAR A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Cuando el funcionario exige, se hace pagar o entregar contribuciones no debidas, dicho sujeto actúa a nombre de la administración pública, vale decir compromete el prestigio y el nombre de dicha institución; se entiende que el contenido de la exigencia (monto de la contribución) ingresa al patrimonio público[441]. Pues de lo contrario, si el destino del monto de dicha contribución ingresa más bien al patrimonio particular del mismo funcionario o servidor público, entonces estamos hablando de un delito de peculado doloso por apropiación (artículo 387° CP), con un plus agravatorio por la forma engañosa o extorsiva que está realizando el comportamiento, dentro de los márgenes punitivos que prevé el artículo 387° CP.

---

[440] Ejecutoria Suprema del 12 de abril de 2002, Exp. N° 335- 2002-Piura (SALAZAR SANCHEZ, Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia Penal, cit., p. 131).

[441] ROJAS VARGAS, 2007, p. 392.

9. TIPICIDAD SUBJETIVA.

Este delito debe realizarse de manera dolosa; y a nuestro entender solo puede realizarse por dolo directo[442], en tanto la modalidad de abusar, exigencia, y entregar remuneraciones o emolumentos, que hacen por ejemplo que el agente emprenda un accionar a sabiendas que está en contra o prohibido por el orden jurídico. Rojas Vargas anota que "El dolo requerido para perfeccionar el delito es el dolo eventual, sobre todo en la hipótesis que toma como objeto material a las contribuciones"[443].

Coincidimos con Salinas Siccha[444] que de la lectura del tipo penal, se concluye que aparte del dolo no se exige la concurrencia de algún elemento subjetivo adicional. Esto significa que a efectos de la tipicidad resulta irrelevante la verificación de algún móvil o motivación especial.

Abanto Vásquez hace una precisión en el sentido de que el tipo penal en comentario no exige expresamente un beneficio propio, esto no quiere decir que no se presente en la realidad. Una cosa es que el tipo no prevea como elemento el "beneficio propio" (o para otro) y otra es que, al no preverlo, se daba interpretar que nunca se deba perseguir beneficio propio (o para otro) para incurrir en el delito[445]. Todo dependerá de cómo se interpreten los términos "contribuciones" y "emolumentos". En el primer caso queda claro que los bienes obtenidos no son en beneficio del funcionario. Las contribuciones que se exijan o hagan pagar o entregar redundan en beneficio de la administración pública; si el funcionario se apodera de ellas cometerá "peculado" o

---

[442] De la misma manera: DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial, tomo III,* Santa fe-Buenos Aires, Lima, p. 354, nos dice que. "El autor debe conocer un elemento normativo del tipo, esto es, que lo cobra es indebido, ya sea porque se aparta de la ley, ya sea por va más allá de ella. Como tiene que haber abuso, exigido por el mismo tipo, se descarta el dolo eventual y la culpa".

[443] ROJAS VARGAS, 2007, p. 394.

[444] SALINAS SICCHA, 2011, p. 244.

[445] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 303.

"apropiación ilícita", según si tenía función específica de "percibir" bienes para la administración pública o no. En cambio, en el caso de los "emolumentos" según una interpretación restrictiva, solamente se referían a "remuneraciones, sueldos y honorarios" podría pensarse que también puede y debe buscarse siempre un "beneficio propio" en esta modalidad[446].

Sin embargo, con relación al tema de la tarifa legal podría existir un circunstancia de ignorancia por la complejidad y lo cambiante quizá de la legislación tributaria, exista una posibilidad de ausencia de dolo en el delito de cobro indebido (el llamado "error de tipo relacionado a un elemento normativo" (artículo 14° del Código penal), como da cuenta la jurisprudencia penal peruana en relación a que el funcionario desconocía la tarifa exacta. Así: *"el encausado tiene la calidad de funcionario público para efectos penales, por cuanto se desempeña como administrador de un organismo del Estado (Empafa Tumbes S.A.), y si bien admitió haber recibido de parte del usuario la suma de cien nuevos soles para la regularización del servicio de agua, explico, que así lo hizo porque desconocía la tarifa exacta por dicho servicio, pero que al tener conocimiento de la tarifa devolvió el saldo al usuario, quien incluso señaló que la cantidad de dinero que entregó no le pareció excesiva"*[447].

Para Fontán Balestra[448] están excluidas las formas culposas que puedan resultar, no solamente de la imprudencia, la negligencia y el error de hecho, sino también el error de derecho sobre lo concerniente a la interpretación de las normas de las que resulta la dificultad de exigir, y con ello la naturaleza indebida o no de lo que es objeto material de la exacción.

---

(446) ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 304.

(447) Ejecutoria Suprema del 21/01/2010, R.N. N° 32788-2008- TUMBES. VOCAL PONENTE: LECAROS CORNEJO, Gaceta penal y procesal penal, tomo 11, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2010, p. 209.

(448) FONTAN BALESTRA, 2002, p. 867.

10. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

En relación a los grados de desarrollo de este delito, diremos que dependerá de los verbos rectores que prevé la ley penal. Así, se trata de un delito de mera actividad utilizándose la técnica legislativa de peligro abstracto cuando el agente "exija" o "hacer entregar"; es decir, que la consumación se lograría con la simple ejecución, por parte del agente público, de los verbos rectores, en este caso "exigir" o "hacer pagar" contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Siguiendo a Soler, el delito es *formal*, y se consuma con la *exigencia*, sin que sea necesario que se produzca el pago[449].

Admitir la tentativa en estos verbos rectores antes citados (artículo 16º del Código penal) como forma de interrupción delictiva sería complicado ya que el mero acto del funcionario o servidor público, que es una autoridad edil por ejemplo, de citar en su Despacho al Jefe de Recursos Humanos, al Jefe de área legal y al Jefe del área de contabilidad, en la cual dicho funcionario público en la primera reunión, solo opina respecto a reajustes de sueldos y remuneraciones (de forma ilegal o anti-reglamentaria) de los trabajadores municipales, lo cual este comportamiento a todas luces sería un acto preparatorio impune, desde que no cumple con las exigencias del tipo penal. Sin embargo, en la segunda reunión el mismo funcionario público ya comienza a exigir de manera enérgica a sus dependientes funcionales, que los sueldos de los trabajadores tienen que subirse de manera desproporcionada, aquí el simple hecho de exigir o hacer entregar, no importando el lapso de tiempo, así sea por unos minutos y espacios intercalados, ya estaría consumado este delito.

Ahora bien, en cuanto al verbo rector "entregar" implicaría ya un acto de desplazamiento físico de los objetos materiales del delito hacia el objetivo final propuesto por el funcionario o servidor público; de tal forma que en este tipo de comportamiento sí estamos

[449] SOLER, tomo V, 1951, p. 224.

ante un delito de resultado lesivo, y obviamente, será condicionada la consumación material a que efectivamente se realice la entrega de las contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, aunque debemos señalar que aun cuando solo esté por "entregarse" los citados objetos materiales del delito, también habrá consumación puesto que esta conducta ya se contempla como una forma de represión penal. Por lo tanto, sí sería admisible la forma imperfecta de ejecución.

CAPÍTULO OCTAVO
EL DELITO DE COLUSIÓN
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 384° DEL CÓDIGO PENAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En el Perú –a diferencia de otras latitudes en donde expresamente se reconoce la escasa aplicación práctica del delito, o de figuras similares, por parte de la judicatura– los fraudes en la contratación estatal adquieren cuotas notablemente elevadas, lo que demuestra una realidad criminológica bastante cruda y clara en cuanto a la proclividad de los funcionarios para afectar el patrimonio del Estado, valiéndose del concierto con los proveedores de bienes del Estado[450]. El delito de colusión es uno de los delitos de función más típicos en su género, tanto por la calidad específica del sujeto activo (funcionario público), el bien jurídico protegido (la administración pública), como por la propia conducta típica exigida por el art. 384º del Código penal (*"....funcionario o servidor público que...* ***defrauda al Estado****..."*).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que *"...[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, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos*". En consecuencia, el delito de colusión supone una vulneración por parte de los funcionarios o servidores públicos que intervienen en el negocio estatal, ya sea por razón de su cargo o por comisión especial, de sus deberes inherentes al cargo o

---

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

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

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

Los autores españoles Morales Prats/Morales García, refiriendo al delito de colusión desleal, consideran que "lo que se persigue es evitar que el funcionario cause un perjuicio económico a la administración. No obstante la conducta delictiva tipificada en el artículo 436° CP, no consiste en la sustracción directa o indirecta de caudales o efectos públicos, sino en la realización de acciones defraudatorias. Desde esta perspectiva, el bien jurídico tutelado en este delito podría cifrarse en el acervo público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas"[451]. Por su parte Rojas Vargas considera que: "Los sujetos que actúan a nombre del Estado deben hacerlo en representación del mismo y ser parte para proteger o promover sus intereses y lograr los más óptimos beneficios resultantes de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros con la otra parte contractual representada por los particulares (que nuestra norma penal llama los "interesados")".[452]

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

---

[451] MORALES PRATS, Fermín / MORALES GARCÍA, Oscar; en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en: *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Pamplona, 1999, p. 1267.

[452] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima, 2002, p. 281.

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

Efectivamente, los dos requisitos se constituyen en una exigencia del tipo objetivo del delito de colusión desleal[453], y desnuda la obligatoria observancia que el Juzgador debe deparar al mismo al momento de efectuar el juicio de tipicidad, puesto que si bien todo funcionario público posee una función de protección de los intereses de la administración pública, en diversos supuestos típicos para efectos de satisfacer dicha exigencia objetiva se requiere además de la existencia de un *plus* que se traduce en la necesaria constatación de una especial vinculación funcional derivada del cargo o comisión especial entre el funcionario (autor) y la negociación o concertación que habrá de efectuar con los interesados.

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

---

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

debe la existencia del Derecho Penal como expresión del tan pregonado pero casi nunca cumplido *ultima ratio*, pues en nuestro medio es común que se cumpla en *prima ratio*[454].

---

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

2. LA TIPICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN

2.1. Antecedentes

Se ha seguido el modelo argentino que recogió, bajo el grupo de delitos de "corrupción de funcionarios", a la "negociación incompatible" (artículo 397° CP peruano)[455], pero además, siguiendo al modelo español ha recogido el delito de "fraudes a la administración" bajo la denominación de "colusión ilegal" o "colusión desleal" (artículo 384° CP peruano). En ese sentido se ha incluido en nuestra legislación dos figuras delictivas que resultan ser muy similares, que como señala Rojas Vargas que "las fuentes extranjeras de influencia para la redacción de dicho dispositivo –se refiere al delito de colusión desleal– fueron los artículos 400° y 401° del Código penal español y 265 del Código penal argentino"[456], que en todo caso deberían excluirse una de la otra, tal como lo afirma Abanto Vásquez en la siguiente cita: "Por otro lado hay que decir que aquí se nota la pésima técnica del legislador penal peruano, quien 'inspirándose' en distintos modelos extranjeros, los ha recepcionado en el C.P. peruano sin ningún análisis previo, simplemente mezclándolos. En efecto, si para tipificar los delitos contra la administración pública se seguía, de manera general, el modelo argentino y ya se había previsto bajo el grupo de delitos de 'corrupción de funcionarios' a la negociación incompatible (art. 397), ¿por qué prever

---

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

(456) ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2002, p. 227.

la figura española de "fraudes a la administración" en el artículo 384°? Son figuras muy similares y deberían excluirse una de la otra"[457].

2.2. El artículo 384° del Código penal. Evolución legislativa del delito de colusión

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

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

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

> *"Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido*

[457] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2001, p. 261.

con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años."

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

"El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, ***defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado****, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años".*

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

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

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

"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón del cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años".

2.3. El Proyecto de la Ley N° 26713 descriminaliza la colusión ilegal en el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta

El proyecto de ley que modificó el delito de colusión ilegal (art. 384° del Código penal) ya reconocía que este había sido descriminalizado vía derogación tácita por el artículo 40° de la Constitución Política del Estado. Debemos precisar que antes de legislarse el texto modificatorio contenido en la Ley 26713, esta establecía que autor del delito de Colusión podían ser los directivos de las empresas del Estado y las Empresas de economía mixta a este respecto, y refiriéndose al texto original del art. 384° del Código penal entró en vigencia en abril de 1991. El Proyecto de la Ley N° 26713 precisa que:

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

2.4. Según la Exposición de Motivos de la Ley N° 26713 se despenaliza la colusión ilegal en el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta

Sobre la propuesta para la descriminalización expresa de colusión en empresas del Estado o sociedades de economía mixta. El tercer párrafo de la Exposición de motivos de la Ley 26713 claramente establece la necesidad de corregir la contradicción existente entre la Constitución de 1993 y los artículos 384° y 425° inciso 3) del Código penal,

y expresamente señala: *"La Constitución del Estado vigente desde el primero de enero de 1994, ha colisionado directamente con algunas normas que prevé en este sentido el Código penal, y referidas sustancialmente al artículo 425°) de este cuerpo legal, en tanto ha considerado como funcionarios públicos a los servidores de las empresas del Estado o de economía mixta, cuando en realidad estos por su propia naturaleza, están regidas exclusivamente por normas especiales que regulan la actividad privada. Igualmente con el artículo 384° que configura el delito de colusión desleal y en donde se consideran como sujetos activos aquellos que ya no están como tales en la Constitución del Estado, por lo que es fundamental el tener que corregir esta deficiencia, todo lo cual evitará la confusión que hoy día se viene dando al momento de juzgar en el Poder Judicial, toda vez que los jueces están realizando interpretaciones de acuerdo a su real entender y en forma contraria, sin comprender que* ***la abrogación constitucional debe imponerse por la jerarquía que tiene y el sentido mismo que debe darse a la función pública".***

2.5. Según el Dictamen de la Comisión de Justicia recaído en el Proyecto de la Ley N° 26713 que despenaliza la colusión ilegal para los funcionarios de empresas públicas y sociedades de economías mixtas

El Dictamen recaído sobre el Proyecto de la Ley N° 26713 ha detectado la existencia de un conflicto entre la Constitución de 1993 y la ley penal en cuanto a la consideración de funcionarios comprendidos en empresas estatales o sociedades de economía mixta. A ese respecto, el referido dictamen pone meridiana claridad en el hecho de que: *"La vigente Constitución de la República colisiona directamente con algunas normas que prevé el Código penal referidas sustancialmente al numeral 3) del Artículo 425° de este cuerpo legal, en tanto se ha considerado funcionarios públicos a los servidores de las empresas del Estado o de economía mixta, cuando estas son regidas exclusivamente por normas especiales que regulan la actividad privada, lo mismo sucede con el artículo 384°."*

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

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

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

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

2.7. Modificación expresa del artículo 384° del Código penal

Tal modificación es de medular importancia, por cuanto el Dictamen de la Comisión de Justicia propone de modo expreso modificar el tipo penal de colusión ilegal, para excluir como sujetos activos de este delito a los directivos pertenecientes a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta. Así, dicho dictamen sostiene que: *"Asimismo, de manera concordante con la modificación que se propone al numeral 3) del artículo 425° **se recomienda hacer lo mismo con el artículo 384°** con la finalidad de derogar la mención a las empresas del Estado o sociedades de economía mixta como sujetos pasivos del tipo penal de colusión contemplado en dicho artículo, **toda vez que se están excluyendo como sujetos activos a los servidores y funcionarios de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta.**"*

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

2.8. Texto legal Actual

El actual texto es el siguiente:

> *"Artículo 384. Colusión simple y agravada*
>
> *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*
>
> *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."*
>
> **(Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre del 2016)**

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. El sujeto activo

En la medida que los delitos de funcionarios se estructuran sobre la lógica de la infracción de un deber positivo, es necesario que el funcionario público que actúa como autor tenga atribuido el deber específico que sustenta el delito especial[458]. La jurisprudencia de la Corte

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

Suprema ha dicho que "...al respecto, es preciso indicar que el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber..."[459].

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

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

---

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

3.2. Los requisitos de la concertación

3.2.1. El concepto de concertación

El delito de colusión, en su configuración típica objetiva, tiene como uno de sus elementos centrales a la concertación, la cual debe producirse entre el sujeto investido de función pública con una persona extraña a la administración pública, conocida como *extraneus*. La concertación, de acuerdo a las exigencias típicas, consiste en la puesta de acuerdo entre el funcionario o el servidor con los interesados en contratar con el Estado. La concertación, de acuerdo al Diccionario de términos jurídicos de Flores Polo, significa: "Pacto, convenio, arreglo entre dos o más personas en relación a una cosa o asunto"[460].

La concertación no es otra cosa que el ponerse de acuerdo de manera directa el funcionario con el interesado[461], es la conjunción de voluntades con la finalidad de defraudar al ente público. No basta, pues, la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuer-

---

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

[461] En el delito de colusión requiere que el funcionario tenga participación directa en el proceso de selección de propuestas. La jurisprudencia penal peruana ha señalado que *"En el delito de colusión, el funcionario o servidor público debe haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o comisión especial, pues se sustenta en el deber de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado. Por ende, es necesario verificar si los encausados efectuaron el acuerdo colusorio y tuvieron en su ámbito institucional la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. No se acreditó que los procesados (funcionarios de la entidad agraviada) hubieran concertado con los interesados para efectuar la compra del motor, pues no tuvieron participación directa en el proceso de selección ni tuvieron en un ámbito funcional la decisión de aprobación de dicha compra, limitándose a solicitar a diversas empresas las proformas de cotización del bien de adjudicación; por lo tanto, al no concurrir los elementos constitutivos del tipo penal de colusión, su absolución se encuentra arreglada a ley"*. Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2010, Tomo 17, Editorial Gaceta Jurídica, p. 218. (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N° 4469-2008-LORETO, de fecha once de marzo de dos mil diez).

do, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo. En otras palabras el funcionario público y el tercero interesado deben haber concertado, ponerse de acuerdo para lograr la contratación defraudatoria en perjuicio del Estado. Ello se determina cuando existen contactos extraoficiales entre el funcionario público y el tercero interesado. La jurisprudencia ha establecido que en el delito de colusión desleal, el agente debe participar en el acuerdo previo para defraudar al Estado y no con posterioridad. Así, *"El delito de colusión reprime los comportamientos defraudatorios que surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados. El núcleo rector del tipo penal es el "defraudar al Estado", entendido como el quebrantamiento del principio de confianza depositada en el funcionario por parte del Estado, al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público, asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional. Este tipo de delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano con el correspondiente deber negativo de neminem laede o de no lesionar a los demás en sus derechos en su sentido general, sino de un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo general o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público. No se ha logrado acreditar la responsabilidad penal del encausado por delito de colusión, al no haber tenido participación en el acuerdo previo para defraudar al Estado. Su intervención se realizó con posterioridad al proceso de selección, al autorizar los pagos a la empresa beneficiada, mas no al verificar que esta hubiera presentado la documentación requerida para el otorgamiento de la buena pro*[462].

Por ello, también no existe el delito de colusión, según la jurisprudencia penal, cuando por ejemplo hay informe sobre el mal estado de

[462] Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N° 4564-2007-PIURA, de fecha veintiséis de marzo de dos mil ocho (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2010, Tomo 17, Editorial Gaceta Jurídica, p. 215).

las computadoras de una Municipalidad cuando este se realizó mucho tiempo después de su adquisición[463].

Por el contrario si no se verifica, por ejemplo, la concertación efectiva del funcionario público con el interesado el tipo penal que saltará a la vista –como tipo penal residual– será el delito de patrocinio ilegal[464].

---

[463] *"Si bien el informe sobre el estado de los equipos de cómputo adquiridos por la municipalidad señala que sus características no correspondían a las indicadas en el contrato de compraventa, no eran nuevos y estaban inoperativos, dicho informe se hizo mucho tiempo después de la celebración del contrato, por lo que no puede afirmarse con certeza que los equipos hayan sido entregados en las condiciones mencionadas, y por ende, que exista prueba sobre una concentración o sobrevaluación en la compra de dichos equipos de cómputo. No se encuentra acreditado que dentro de su función como contador técnico, el encausado estuviera en la obligación de verificar el estado de los bienes adquiridos por la municipalidad ni autorizar los pagos, pues su función, al dar el visto bueno a las compras, se limitaba a contrastar las órdenes de compra de facturas. En tal sentido, no existe prueba suficiente que permita acreditar que el encausado haya concertado voluntades con terceros a fin de defraudar a la municipalidad".* (Véase, Sala Penal Transitoria R.N. N° 320-2011-Abancay, de fecha veintiocho de setiembre de dos mil once, extraído de: Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2012, Tomo 35, Editorial Gaceta Jurídica, pág. 203)

[464] Este delito está contemplado en el Art. 385° del Código penal, el cual indica: *"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código penal."* La fuente extranjera, para el tipo se atribuye que provenga del Art. 321° CP brasileño, 324° CP italiano, y del 157° CP colombiano, aunque este último está dirigido expresamente a patrocinios referidos al ejercicio de la abogacía. El bien jurídico tutelado, aquí directamente es el desempeño de funciones normal, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios. La calidad del sujeto activo exigido por el tipo penal puede ser cualquier funcionario público. El delito de negociación incompatible solamente tendrá lugar si el funcionario público asume sus intereses particulares en los contratos u operaciones que participa en razón de su cargo o favorece intereses privados que indirectamente le benefician, como por ejemplo, los intereses privados de su esposa o utilizando los testaferros. Este ilícito protege la administración pública de la injerencia indebida de intereses particulares o privados del

funcionario o servidor, cuando este interviene en determinados asuntos en defensa, patrocinio o representación del interés público o estatal. El delito en mención no se realiza mediante actos defraudatorios, ni es necesario que el funcionario o servidor reciba un beneficio económico como consecuencia del hecho criminal, bastando únicamente que se interese en un contrato u operación, es decir que patrocine intereses privados, propios o de terceros, en tal contexto. El verbo típico rector es patrocinar, la conducta a verificar será entonces el patrocinio. Se exige la verificación de actos concretos ante la administración pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, sea que estos actos se realicen de manera personal o a través de cualquier otro medio. La conducta típica del delito de negociación incompatible requiere ciertas modalidades específicas de la acción de "interesarse". El tipo penal exige que ese interés del funcionario sea directo, indirecto o por acto simulado. El tipo penal de delito de negociación incompatible se circunscribe a la conducta del funcionario público de interesarse indebidamente al ámbito de los contratos y operaciones. En consecuencia, no se trata de cualquier acto administrativo, sino de aquellos que revisten un contenido económico de origen bilateral o unilateral. El tipo tampoco señala respecto si el patrocinio busca una actuación ilegal o legal, pues los actos que están de acuerdo con la legitimidad no son delito o no deben constituir delito. Otro elemento del tipo es el interés particular, este interés sería solo el económico en el cual existe un obstáculo pues en los negocios todo o la mayoría tiene contenido, consecuentemente todo o la mayoría sería ilícito. El funcionario deberá haberse identificado como tal, en el fondo el injusto está orientado al uso indebido de la autoridad que le da el cargo. No interesa si la intervención busca algo legítimo o no, sino el uso indebido de la autoridad que reviste el cargo de funcionario.

Las acciones como representar, litigar, gestionar, son perfectamente comprendidas por el verbo patrocinar, ella no incluye el término asesorar. Por la compresión del objeto del bien jurídico tiene que quedar fuera del tipo la conducta que implica una simple orientación a un particular, un asesoramiento sin intervención ante la administración pública. El simple asesoramiento no perturba aun la libertad de ejercicio del otro funcionario. Respecto de los intereses, el tipo señala que no debe tratarse de intereses propios ni de la misma administración pública, tampoco el interés que le es propio en razón de su cargo, sino el de particulares. El deber específico cuya infracción configura el delito de negociación incompatible no puede limitarse al tratamiento igualitario a los administrados, sino que incluye la custodia de los intereses económicos del Estado. Por lo tanto, si el funcionario público ofrece un trato especial a un administrado pero con poner en peligro los intereses económicos del Estado, no podrá hablarse de un delito de negociación incompatible, sino, en todo caso, de una infracción al artículo 1.5. de la Ley de Procedimiento Administrativo General (principio de imparcialidad).

Castillo Alva sostiene que el elemento central en el delito de colusión ilegal es que debe existir por imperativo legal (art. 384) una concertación entre los funcionarios públicos y los interesados en la suscripción de convenios, contratos, suministros o licitaciones (...)[465]. Diferente es la situación en la doctrina española, en la que los autores Morales Prats y Rodríguez Puerta, de acuerdo al texto legal del Código penal español, refieren como conducta típica "concertarse con los interesados para así defraudar a un ente público (...) Concertarse, equivale al acuerdo entre el funcionario y el interesado, es decir a una conjunción de voluntades o pacto"[466]. En ese sentido, Muñoz Conde precisa que "la acción consiste en concertarse con los interesados o en usar de cualquier otro artificio defraudatorio (...)"[467]. Igualmente Rodríguez Devesa/Serrano Gómez señalan: "La acción consiste en concertarse con los 'interesados' o 'especuladores', o usar de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, la provincia o el Municipio"[468].

En ese sentido, por ejemplo en el caso de los Regidores de una Municipalidad que "acuerdan" con el Alcalde para que este suscriba contratos defraudatorios, los regidores serán considerados partícipes (cómplices) del delito de colusión. Así, *"El aporte objetivo que prestaron los regidores de la municipalidad (complicidad) se sustenta en la toma de acuerdo de posibilitar que el alcalde suscribiera contratos de locación de servicios claramente desventajosos a los intereses de la entidad agraviada, en razón de los montos que se pagaron a las empresas proveedoras, esto es, favorecieron al delito mostrando su conformidad o anuencia en los actos ilícitos de aquel, permitiendo que*

---

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

[466] MORALES PRATS, Fermín/ RODRÍGUEZ PUERTA, José María; en Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, p. 1267.

[467] MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1996, pp. 877-878.

[468] RODRÍGUEZ DEVESA, José María/ SERRANO GÓMEZ, Alfonso; *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1995, p. 1196.

celebrara contratos defraudatorios y notoriamente desfavorables al erario municipal"[469].

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

3.2.1.a. La concertación tiene que ser clandestino

Abanto Vásquez deja vislumbrar la necesidad de la concurrencia conductual y volitiva de los intervinientes en el delito cuando considera que "concertación es ponerse de acuerdo *subrepticiamente* con los interesados en lo que la ley no permite (...) para que se dé basta cualquier conducta del funcionario destinada a ponerse ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en el contrato o acto que se quiere celebrar o se ha celebrado ilícitamente con la administración pública".[470] La jurisprudencia penal de la Corte Suprema ha dicho respecto a la concertación, que tiene que hacerse en forma *clandestina*. Así "Los elementos del delito de concusión-colusión desleal, según el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código sustantivo viene a ser el *acuerdo clandestino entre dos o más agentes* para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial (...)".

---

[469] Véase, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N° 556-2007-Áncash, de fecha diez de setiembre de dos mil ocho. (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2009, Tomo 1, Editorial Gaceta Jurídica, p. 193).

[470] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2003, p. 310 (las cursivas son nuestras). De la misma manera: MONTOYA VIVANCO, Yván; "Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código penal peruano", cit., p. 101 afirma que "...la ilegalidad del acuerdo relevante para la tipificación del delito de colusión (art. 384 del Código penal) no se encuentra necesariamente en referencia con los requisitos de validez de los contratos públicos plasmados en la legislación civil y especialmente administrativa (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), sino en el carácter subrepticio, oculto o simulado del acuerdo y además, perjudicial para la administración del Estado".

En otra jurisprudencia ha dicho que: "Para la concurrencia del delito de colusión desleal, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos que son a) **el acuerdo clandestino** entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso el Estado, c) mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial".[471] "Los elementos del delito de concusión-colusión desleal, según el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código sustantivo viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial (...)"[472]

Como se indicó en el párrafo precedente, la concertación típica debe caracterizarse por ser subrepticia y/o simulada a fin de ocultarla o disimularla, característica que ha sido puesto de relieve en el voto

---

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

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

singular emitido por el Dr. Broussette, y que es concordante con la posición asumida por la Corte Suprema en la sentencia recaída en el R.N. N° 740-2003 de fecha 4 de junio de 2004 donde se pone de relieve la característica de subrepticia que debe rodear a la concertación como elemento del tipo penal de colusión[473], continuando con dicho criterio la Corte Suprema, tanto en la sentencia recaída en el expediente N° R.N. N° 027-2004 del 1° de octubre de 2004[474], como en la sentencia recaída en el expediente N° 20-2003 del 18 de octubre de 2005[475], y en la sentencia recaída en el expediente N° R.N. N° 3611-2002 del 16 de mayo de 2003[476], precisa, al referirse a este ilícito, que el acuerdo sea clandestino.

3.2.1.b. La concertación tiene que ser defraudatoria y no permitido por Ley

Siguiendo con el análisis de tipicidad del delito de colusión, es de precisar que para que la concertación cumpla con las exigencias de subsunción típica, es menester que tenga naturaleza defraudatoria con relación a los intereses del Estado. El delito de colusión ilegal contempla como núcleo rector el defraudar al Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros[477]. La defraudación de los intereses estatales a través de actos de concertación implica una violación de los deberes inherentes a sus cargos, ya que estos debían actuar a nombre y en representación

---

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

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

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

[476] SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia penal,* Lima, 2004, p. 634.

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

del Estado protegiendo o promoviendo sus intereses, logrando con ello resultados favorables y beneficiosos en los convenios o contratos suscritos con la otra parte contractual que se encuentra representado por particulares o interesados.

En cuanto al *disvalor* de la acción en la colusión, desde el punto de vista del Derecho penal, tenemos que precisar que la concertación es menester tenga naturaleza *defraudatoria* –aparte de que sea subrepticia– con relación a los intereses del Estado. En tal sentido, para considerar defraudatoria la actuación de un funcionario público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación[478].

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

En tal sentido, deben haber dos partes en la actividad ilícita para que se verifique el "acuerdo colusorio": el "funcionario o servidor público" y el "interesado". El verbo típico en este delito está dado por la defraudación mediante la concertación. Así la jurisprudencia penal peruana ha dicho que el delito de colusión se vuelve en "ilegal" en la medida en que contempla como núcleo rector la frase "defraudar al Estado", según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros (...)[479]

En efecto, en otra sentencia de la Corte Suprema se ha dicho lo siguiente "...A fin de establecer la responsabilidad penal del procesado,

---

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

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

en casos como el presente, en el cual se le imputa la comisión del delito contra la administración pública –concusión (colusión)– previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código penal, responde determinar (además de la efectiva defraudación al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley), la concertación ilegal que hubiere existido entre el funcionario o servidor público que por razón de su cargo o comisión especial intervino en las diversas modalidades de adquisición de bienes y servicios del Estado, y los interesados en la provisión de los mismos. Fluye de los actuados que la defraudación ocasionada al Estado se corrobora con la existencia de bienes de ínfima calidad y de precio sobrevaluado en los almacenes de la institución (INABIF); la inexistencia de bienes en el lugar de custodia, pese al cumplimiento por parte del INABIF de las obligaciones contraídas y de documentos que acreditan el ingreso a la citada entidad de tales productos; la existencia de productos usados en el citado almacén y adquiridos como si estos fueran nuevos". Por otro lado, vale la pena citar una Ejecutoria Suprema que señala que las ampliaciones de gastos efectuadas por variaciones técnico-económicas de un proyecto no implican un delito si no existe una subjetiva concertación dolosa y defraudatoria[480].

---

[480] Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia R.N. N° 1022-2004-Ayacucho (Data 45 000). Denunciado: Pablo Félix Salazar Cossío Agraviado: El Estado. Asunto: Concusión. Fecha: 7 de diciembre de 2004, que señaló que: "Se denuncia al asesor externo de un proyecto de irrigación por haber autorizado la realización de una construcción sin justificación del costo adicional que implicaba la ulterior construcción. El procurador público impugna la sentencia de la Sala Superior que absuelve al acusado, bajo el argumento de que se acreditó que en la realización de los proyectos y obras de la cámara de carga y dispersora del canal de demasías de un proyecto especial, el acusado, en su calidad de asesor externo, habría autorizado a que se realice la construcción sin tener en cuenta las especificaciones técnicas originales y económicas, no habiéndose justificado el gasto adicional. La Sala Suprema, por un lado, verifica que el acusado fue contratado por el proyecto especial como asesor externo y que al ser consultado sobre las variaciones de algunas especificaciones técnicas de las obras originales formuladas por las empresas constructoras, emitió opinión favorable (esta fue compartida por otros dos funcionarios del proyecto: el director de obras y estudios y el director de supervisión). Pero a su vez considera que no existe prueba categórica que

En esta misma línea, la jurisprudencia penal peruana ha señalado que se configura delito de colusión si los funcionarios otorgan al proveedor ventajas económicas perjudiciales a los intereses de la Municipalidad. Así, *"Se encuentra probada la comisión del delito de colusión desleal, toda vez que los procesados actuaron en forma irregular, realizando las adquisiciones de bienes sin el menor cuidado, evidenciando un interés en que estas operaciones se concreten, obviando el cumplimiento de las formalidades y otorgándole al proveedor ventajas económicas que desprotegían totalmente los intereses de la municipalidad agraviada, generándole con ello un perjuicio económico"*[481].

Ahora bien, en cuanto al elemento de defraudación, Abanto Vásquez ha precisado que: "la concertación debe darse de manera 'fraudulenta', es decir; mediante maniobras de engaño, dando la apariencia de actitudes legítimas, ocultando los hechos a la otra parte [...]. En el fraude se manifiesta el 'perjuicio patrimonial' potencial o real para la administración pública. No puede haber 'fraude' si este perjuicio no formara parte de la concertación, por más que esta sea indebida.[482] El contrato[483] debe ser **defraudatorio** para el Estado, esto es, que el Esta-

---

acredite que la conducta bajo examen sea constitutiva de colusión (artículo 384 del Código Penal), pues si bien objetivamente estaba probado que hubo ampliaciones de gastos por las variaciones técnico-económicas de las obras, no se había establecido que tal proceder subjetivamente se hiciera en concertación dolosa y defraudatoria. Se confirma, por consiguiente, la sentencia superior absolutoria, por el delito de concusión denunciado".

(481) Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N° 1719-2007-PUNO, de fecha siete de abril de dos mil nueve.

(482) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *op. cit.*, pp. 312-313.

(483) Estos acuerdos encajan perfectamente en la definición de contrato del Código civil peruano: *"El contrato es el **acuerdo** de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una **relación jurídica patrimonial**"*. Estos convenios son válidos ya que fueron celebrados por agentes capaces, el objeto de las prestaciones era física y jurídicamente posible, la finalidad era lícita y la forma oral de su celebración no estaba prohibida (ergo era lícita). Estas afirmaciones tienen sustento en el Art. 140 del Código civil peruano que prescribe: "El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1. Agente capaz.

do haya sufrido un perjuicio económico específico. Ello se determina con una pericia que mida el perjuicio patrimonial sufrido por el Estado en el acuerdo indebido entre el funcionario público y el tercero interesado contraparte del contrato. Los convenios no solo se refieren a los acuerdos alcanzados en la celebración o ejecución de una contratación pública, sino también a ciertas modalidades específicas de contratación en los procesos de selección previstos en la legislación administrativa. Según García Cavero "(...) la defraudación no es un elemento objetivo del tipo, sino un elemento de tendencia".[484]

En ese sentido, por eso procede absolución por colusión, según la jurisprudencia peruana, cuando no se fijaron condiciones de contratación para beneficiar a la empresa ganadora de la buena pro en detrimento de los intereses estatales. *"La propuesta económica del postor ganador de la buena pro que participó en el proceso de selección de adjudicación directa fue por un monto fijo y por un determinado plazo de ejecución, así como fue la de menor valor y se cumplió con las especificaciones técnicas de los repuestos, en cuanto a su calidad y cantidad -no se advierte el empleo de materiales defectuosos-. Por lo tanto, no se ocasionaron consecuencias nocivas para el Estado derivadas de una conducta fraudulenta de los funcionarios públicos que integraron el Comité Especial de adquisición (como infracción de un deber negativo).*

---

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

Por otro lado, las características del contrato.-

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

(484) GARCÍA CAVERO, Percy, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, p. 28.

No es posible afirmar una concertación defraudatoria de los intereses del Estado, en el contexto de la colusión ilegal, en cuya virtud se haya fijado intencionadamente condiciones de contratación para beneficiar al propietario de la empresa ganadora de la buena pro en detrimento de los intereses estatales. Tampoco se colige una disposición patrimonial del Estado que no haya sido compensada por la contraprestación del contratista, en tanto la oferta económica aceptada fue menor que el valor estimado entre las demás cotizaciones presentadas para la adquisición de los suministros"[485].

Por el contrario, la redacción asumida por nuestro Código penal establece que la conducta típica es "defraudar al Estado, concertándose con los interesados", de manera tal que el concierto entre el funcionario público y el interesado resulta solamente la modalidad específica con la que se realiza la conducta típica de defraudar los intereses estatales"[486]. Según Castillo Alva "La nota característica de la infracción estriba en que la protección del patrimonio estatal depende y se condiciona a la aparición de un concreto *modo típico de conducta*: la concertación que se realiza en el complejo entramado del proceso de concertación estatal. La lesión al patrimonio estatal que se ejecuta con otros medios o a través de otros mecanismos defraudatorios no se encuentran amparados ni protegidos por el bien jurídico por el ámbito de protección de la norma"[487].

Finalmente, dentro de la concertación ilícita se precisa un concepto referido a un concierto confabulatorio que debe existir entre el funcionario y el interesado, el mismo que debe rebasar los términos normales de una contratación pública. Así: *"La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio entre*

---

[485] Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R. N. N° 1620-2012-LIMA, de fecha nueve de enero de dos mil trece.

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

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

el funcionario público, y los interesados que, por su naturaleza misma, rebasa y contradice los términos normales de toda concertación que acompaña a la celebración de negociaciones o contratos, El funcionario quebranta su rol especial con la consiguiente violación de la confianza depositada en él por la sociedad y el Estado al producirse engaño al interés público"[488].

3.3. La vinculación funcional del funcionario/servidor público

El delito de colusión desleal o defraudatoria es uno de aquellos ilícitos penales en los cuales la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia de delito[489] y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (negociaciones y operaciones contractuales) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial.

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

---

[488] Sala Penal Transitoria R.N. N°2543-2013-ÁNCASH, de fecha doce de diciembre de dos mil catorce.

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

Los funcionarios públicos que actúan en razón al cargo, y dentro de una función específica, o a partir de una comisión especial (delegación normativa o de otro orden) ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares, con personas jurídicas –sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras– vigilando los acuerdos más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la que representan.[490]

3.3.1. Exposición jurisprudencial

Sin embargo, por más que una persona tenga la calidad de funcionario o servidor público, todavía no puede ser considerado autor del delito en cuestión, ya que tendrá que verificarse la llamada "vinculación funcional" del funcionario público. Así se ha pronunciado la jurisprudencia peruana a través de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N° 1382-2002 de fecha 5 de mayo de 2003 "...que el delito de colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público, concierte en los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por *razón de su cargo o comisión especial*; sin embargo, fluye de autos que el procesado Ortega Yáñez no tuvo poder de decisión y por tanto, ninguna injerencia en la adquisición..."[491]

---

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

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

Asimismo se ha pronunciado la sentencia de fecha 19-08-2005 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el proceso penal AV 31-2003 incoado contra Julio Rolando Salazar Monroe por la comisión de los delitos de colusión y otro, que señala en su Considerando Quinto lo siguiente: "...así se tiene que el funcionario o servidor público tiene deberes diferentes al del ciudadano común y corriente y por tanto para cometer el delito de colusión desleal tiene que faltar a esos deberes especiales; que por consiguiente, tal ilícito solo puede ser perpetrado por los funcionarios o servidores públicos *que intervienen por razón de su cargo en cualquiera de las etapas de contratación del Estado...*"

3.3.2. Exposición doctrinal

Es muy claro Mir Puig cuando enseña que: "El círculo de los posibles autores de este delito se restringe a los funcionarios públicos o autoridades, a efectos penales (art. 24 CP) –no es determinante el Derecho administrativo– que intervengan "por razón de su cargo", en el ejercicio de sus funciones (...) Es decir, sujeto activo lo será no cualquier funcionario sino el funcionario o autoridad competente para participar en el proceso de contratación pública o liquidación..."[492]. Quintero Olivares, manifiesta lo siguiente: "Sujeto activo del delito únicamente podrá serlo el funcionario o autoridad competente, cuanto menos genéricamente, para intervenir de forma directa o indirecta en cualquier clase de contratación pública o en la liquidación de efectos o haberes públicos..."[493]

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

---

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

[493] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *"Comentarios a la Parte especial del Derecho penal Parte II"*. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 1297.

los actos o liquidaciones indicados, esto es que tenga la posibilidad de intervenir..."[494]. Serrano Gómez refiere que uno de los elementos integrantes del delito en comento está circunscrito a la: "intervención de la autoridad o funcionario público en actos de contratación pública o en liquidaciones de efectos y haberes públicos en los que participa por razón de su cargo..."[495]

En igual sentido, en la doctrina peruana Portocarrero Hidalgo indica que: "Puede ser el funcionario o servidor público que realiza la conducta descrita, en función del cargo, como también la persona comisionada en forma especial para suscribir el documento con representación oficial"[496]. Rojas Vargas enseña que: "La defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no es típica de este delito; tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios vinculados que deciden defraudar y efectivamente vulneran los intereses del Estado, *o aquella practicada con un funcionario o servidor que se halla al margen de dicho nexo funcional*"[497].

Como bien dice el citado autor Rojas Vargas que una de las causales de atipicidad del delito de colusión desleal es: "Si el sujeto interviene *en las operaciones al margen de su cargo.* Su hecho podrá revestir relevantes de otras figuras penales (estafa o defraudación) pero no de colusión legal"[498]. Abanto Vásquez precisa al respecto que: "sujeto activo es un "funcionario público" con la *función espe-*

---

(494) MORILLAS CUEVA, Lorenzo; *"Delitos contra la administración pública. fraudes y exacciones ilegales"*. En: COBO DEL ROSAL, Manuel; Compendio de Derecho penal español, Madrid, 2000, p. 836.

(495) SERRANO GÓMEZ, Alfonso; *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2002, p. 807.

(496) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 1996, p. 154.

(497) ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2002, p. 282.

(498) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2002, pp. 288 y 289.

cífica de participar en los contratos, suministros o licitaciones en los cuales comete el delito, tanto en el momento de la contratación como en el de la ejecución y ampliación, lo cual deberá determinarse con ayuda de las leyes administrativas que regulen las actividades públicas"[499].

Frisancho Aparicio / Peña Cabrera señalan que: "La negociación que entable para defraudar al Estado, mediante los contratos, suministros, licitaciones, subastas o cualquier otra operación semejante, *deben ser hechas utilizando el cargo o comisión especial.* Ha de presentarse una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que realiza"[500]. Hugo Álvarez, manifiesta que para la configuración del tipo se requiere tres condiciones concurrentes, siendo una de ellas la siguiente: "1. Por la cualificación del tipo, el agente funcionario o servidor público interviene por razón de su cargo y a nombre del Estado, en los contratos, concurso de precios, licitaciones, ajustes, liquidaciones, etc."[501]

Castillo Alva manifiesta que para ser autor del delito de colusión desleal el funcionario debe: "actuar en razón al cargo o en base a una comisión especial. No puede ser autor quien carece de esta calidad especial"[502]. El mismo autor afirma que "...no basta con que se reúna la condición de funcionario para que se cumpla con la tipicidad objetiva del delito. Es necesario, además, que el funcionario reúna una condición específica como es que por razón de su cargo o comisión especial se encuentre facultado para participar en los *contratos, sumi-*

---

[499] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2003, p. 310.

[500] FRISANCHO APARICIO, Manuel / PEÑA CABRERA, A. Raúl; *Los delitos contra la administración pública*, Lima, 1999, p. 286.

[501] HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.; *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, Lima, 2002, p. 84.

[502] CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, p. 89.

nistros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante"[503].

La doctrina colombiana también ha hecho hincapié en el requisito de la vinculación funcional. Bernal Pinzón precisa en relación a dicha exigencia objetiva, lo siguiente: "sujeto activo del delito no puede ser sino el funcionario o empleado público que tiene la facultad legal para intervenir en alguna de las operaciones a que se refiere la norma"[504]. En igual sentido Molina Arrubla, para quien sujeto activo de dicho delito solo puede ser: "...el servidor público, de tal manera que puede decirse que es este un tipo penal de sujeto activo calificado en razón de sus especiales calidades o condiciones como miembro corriente o circunstancial de la administración"[505]. Dicho autor agrega además que: "Es claro que ese sujeto activo, a más de su calificación como servidor público se encuentra circunstancialmente cualificado, en la medida en que se exige, conforme a la redacción que actualmente presenta la disposición que se examina, que sea uno de aquellos sujetos que, en ejercicio de sus funciones, intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato..."[506]

3.3.3. Exposición legal

La "vinculación funcional" como parte del tipo objetivo está en varios artículos de la Parte especial del Código penal peruano. En el delito de concusión (artículo 382 CP) prescribe que: *"El funcionario o servidor público que,* ***abusando de su cargo...****"*. Así, se habla en el delito de peculado doloso (artículo 387 CP) que prescribe: *"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma,*

---

[503] CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, p. 91.

[504] BERNAL PINZÓN, Jesús; *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*. Bogotá: Temis, 1965, p. 137.

[505] MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario; *Delitos contra la administración pública*, Santa Fe de Bogotá, 2000, p. 325.

[506] MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario: ob. cit., p. 326.

para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados ***por razón del cargo...***". En el delito de cohecho pasivo propio (artículo 393 CP) prescribe que: "*El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en* ***violación de sus obligaciones...***"

A nivel de Derecho comparado puede citarse los siguientes casos: En el Código penal español (art. 336°) precisa que: "*La autoridad o funcionario público que, interviniendo* ***por razón de su cargo...***". En el Código penal argentino (art. 265°) precisa que: "*Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tres a diez años, el funcionario que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación* ***en que intervenga por razón de su cargo...***"

3.4. El resultado típico en el delito de colusión

Otros de los elementos típicos del delito de colusión desleal es el perjuicio típico a los intereses del Estado como consecuencia de la contratación entre el funcionario público y el interesado. Así la jurisprudencia peruana a través de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el Recurso de Nulidad N° 3611-2002, señala que: "...es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos que son a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) *perjudicar a un tercero, en este caso al Estado,* c) mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial..."[507].

El perjuicio no solo puede revestir la forma de un pago o un desplazamiento patrimonial, sino que supone por pago del Estado la prestación de determinados servicios por los que no se paga suma alguna

[507] SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2004, p. 176 (las cursivas son nuestras).

de dinero o pagándolo no se trata de monto proporcional y justo dentro del mercado[508].

La exigencia de este elemento resulta discutida en la medida que no se encuentra expresamente indicado en el tipo penal. Para ello se ha elaborado –jurisprudencialmente– dos teorías que explican el tema en cuestión. En efecto, una ejecutoria de la Corte Suprema ha señalado expresamente sobre estas dos teorías: "Que la conducta de los citados encausados fue tipificada en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código penal, que sanciona al funcionario o servidor público –delito especial– que con ocasión, entre otros, de subastas en la que intervengan por razón de su cargo o comisión especial defraudan al Estado o entidad u organismo del Estado concertando con los interesados; *que como premisa fluye que se trata de un injusto penal de resultado cuyo núcleo rector típico es defraudar al Estado, real o potencialmente*; que, en el presente caso, los dictámenes periciales contables ordenado por el Juez Penal, concluyeron que la Municipalidad de San José del Alto obtuvo una ventaja económica de diez mil setecientos cincuenta y cuatro con sesenta y nueve nuevos soles por la venta del tractor oruga, siendo así, no puede estimarse que medió una defraudación penalmente relevante".

Un tema relevante es que si la concertación arroja no perjuicios al Estado sino más bien ciertos beneficios económicos al Estado ¿habrá delito de colusión desleal? En ese sentido Castillo Alva nos dice que "Si se parte que no toda concertación se encuentra prohibida por la ley penal, queda claro que la primera forma de acuerdo o de la concertación que queda excluido del ámbito normativo es la *concertación desventajosa* o que genera beneficios para el Estado, tanto por la forma y modo que se llevó a cabo el acuerdo como por la inexistencia del perjuicio. Si el funcionario o la comisión a cargo de la negociación cumplió con respetar escrupulosamente el procedimiento reglado o los requisitos

[508] En este punto también: CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/ CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, p. 144.

para llegar al acuerdo y dicha acción trajo consecuencias favorables al Estado o la dependencia pública correspondiente, tanto en el precio y/o calidad del servicio o bien pactado, no habrá ni disvalor de acción ni disvalor del resultado. Forman parte de este grupo de casos los contratos que partiendo de negociaciones previas generan ventajas comparativas o un ahorro sustancial a la entidad estatal"[509]. En tal línea también se puede decir que la posición del perjuicio efectivo es compartida por algún sector del Ministerio Público al exigir un resultado –perjuicio efectivo– a los intereses del Estado para configurar el delito de colusión desleal[510].

---

[509] CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, p. 119 (las cursivas son del texto).

[510] Así, véase la acusación fiscal recaída en el Expediente 049-2001 expedido por la Quinta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (página 50, punto 5) señala lo siguiente: *"A) El 11 de mayo de 1995, en sesión del Directorio N° 19, integrado por Danfer Suárez Carranza (Presidente), Javier Manuel Revilla Palomino, Mario Rodolfo Gálvez Pinillos, Alberto Zarak Alvarado, Luis Enrique Duthurburu Cubas, Juan Silvio Valencia Rosas y Alejandro Vigo Gallirgos, Financiera Regional del Sur – FINSUR, aprobó la compra del hotel Tampu Diplomat; a mérito de esto el 16 de mayo de 1995 se concretó esta operación por la suma de US$ 2 700 000.00 a través de la respectiva escritura pública suscrita ante el Notario Alfredo Paino Scarpati. B) De esa cantidad, US$ 2 070 071.00 fueron utilizados para el pago de la obligación que tenía Palm Suite SA con la Caja de Pensiones Militar Policial; por tanto, con la celebración de esta compra venta la Caja no solo recobró su inversión del orden de US$ 1650 000.00, sino que además obtuvo los correspondientes ingresos por los intereses pactados y por la mora incurrida; en consecuencia desde esta perspectiva se tiene que de esta operación no se deriva ningún perjuicio económico para la Caja, toda vez que la obligación pendiente de saldar a su favor, lo fue justamente con el producto de la venta; C) En ese orden de ideas tenemos que por un lado la Caja de Pensiones Militar Policial satisfizo sus intereses y por otro lado que FINSUR incrementó su patrimonio con la adquisición de aquel inmueble, que además fue comprado a un valor por debajo del monto al que fue tasado (US$ 4 062 500.00) al momento de garantizar el crédito a favor de Palm Suite SA D) Es por estas consideraciones que la conducta de los miembros del Consejo Directivo de FINSUR que aprobó la compra del Hotel Tambu Diplomat* ***no resultó lesiva a los intereses de la Caja de Pensiones Militar Policial y por consiguiente tampoco a los intereses del Estado, razón por la cual la conducta de los procesados en este extremo se encuentra desprovista de contenido penal al no presentarse la defraudación***

En relación al resultado típico en el delito en cuestión merece destacar hasta tres grupos:

3.4.1. El perjuicio potencial

Sobre el perjuicio potencial que debe ser entendida como la generación de un peligro concreto de perjuicio, es decir que en el caso concreto se ha presentado todos los factores para la materialización del perjuicio, pero este no se ha producido por razones fortuitas. En el fraude se manifiesta el "perjuicio patrimonial" potencial o real para la administración pública. No puede haber "fraude" si este perjuicio no formara parte de la concertación, por más que esta sea indebida[511]. En otras palabras, se trataría de un delito de peligro concreto por lo que no será suficiente una concertación defraudatoria sino que deberá determinarse además que en el caso concreto la afectación al patrimonio estatal no se ha producido por causalidad[512]. Aun en el caso de la tesis del "perjuicio potencial" se necesita acreditar pericialmente que la concertación entre el funcionario público y el interesado haya podido ocasionar un perjuicio económico al Estado.

---

como elemento componente del tipo penal previsto y penado por el artículo 384° del Código penal. *En ese sentido, esta Fiscalía Superior Especializada, en aplicación del artículo 221° del Código de Procedimientos Penales, PROPONE a la Sala el SOBRESEIMIENTO de lo actuado en cuanto a este extremo se refiere, ARCHIVÁNDOSE DEFINITIVAMENTE".* Esto demuestra que para el Ministerio Público el perjuicio real en el delito de colusión desleal resulta ser el elemento crucial a la hora de cerrar la tipicidad penal de este delito. En ese sentido, el Fiscal Superior se adhiere a la concepción real del perjuicio para el delito de colusión.

(511) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *op. cit.*, pp. 312-313.

(512) En este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 270 "Para la doctrina, por lo general, es un delito de "peligro" (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no sería posible la tentativa, pues antes de la concertación no habría aparentemente nada. El delito se consumaría con la simple 'colusión' o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja de funcionario. Solamente se necesitaría la 'idoneidad' del acto de colusión".

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho que "...además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero –la concertación– que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos –esto es, la defraudación– *debe precisarse que no necesariamente debe identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos*; desde esta perspectiva la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa"[513].

Por otro lado, en el Derecho penal español (artículo 436° CP) se regula el delito de colusión ilegal, que en la parte del resultado típico se tiene la siguiente frase "*...se concertare con los interesados o usare de cualquier otro artificio para defraudar...*", que sería, sobre todo esta parte de su redacción legal similar a nuestro delito de colusión ilegal regulado en el artículo 384° CP. En efecto, y siguiendo la posición del perjuicio potencial para la colusión desleal encontramos, en referencia al derecho español, a Mir Puig: "Estamos ante una figura especial de conducta defraudatoria del patrimonio público (...) configurada como

[513] Ejecutoria suprema de fecha 12 de diciembre del 2007 (Recurso de Nulidad N° 1296-2007) expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Considerando sexto. (las cursivas son nuestras). Esta misma línea de razonamiento se percibe en la Ejecutoria suprema de fecha 1 de julio del 2008 (Recurso Nulidad N° 5080-2007) expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

tipo de peligro abstracto, delito de mera actividad, porque la actividad y el resultado se producen simultáneamente, no existiendo una distancia espacio-temporal entre la actividad y el resultado (Gimbernat), y delimitada dicha figura legal a un campo concreto de la gestión pública: la contratación pública y la liquidación de efectos o haberes públicos"[514].

3.4.2. El perjuicio efectivo

Otro de los elementos típicos del delito de colusión es la existencia de un perjuicio para el Estado, lo que resulta evidente por cuanto la acción típica está determinada por una concertación defraudatoria, y toda forma defraudatoria requiere objetivamente de la causación de un perjuicio patrimonial fáctico[515]. En esta posición, el delito de colusión se trata de un delito de resultado, la pregunta que surge es si se trata de un delito de resultado o un delito de peligro (o de mera actividad). Así, en los delitos de resultado es imaginable teóricamente –y por ello se distingue de los de mera actividad– la exigencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado material.

La verificación de la existencia del perjuicio patrimonial como elemento constitutivo del tipo penal de colusión, es también una posición que de manera recurrente ha venido adoptando la Corte Suprema de Justicia de la República. La exigencia típica de la verificación del perjuicio real, es también compartida por la Corte Suprema, pudiendo

---

[514] MIR PUIG, Carlos; *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000, p. 335.

[515] Para MONTOYA VIVANCO, Yván; *"Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código penal peruano"*, cit., p. 101 "...por perjuicio patrimonial no debe entenderse en este caso una mera disminución de patrimonio del estado, sino especialmente una disposición patrimonial o una prestación de servicios del ente público no compensada debidamente (sea pecuniariamente, sea en la calidad del bien, sea en la duración del bien, su mantenimiento, condiciones de entrega, entre otras condiciones) por la contraprestación del particular".

citar, en tal sentido las siguientes Ejecutorias: Recurso de Nulidad N° 740-2003/Arequipa de fecha 4 de junio de 2004[516]; Recurso de Nulidad N° 1100-2003 de fecha 16 de junio de 2004[517]; Recurso de Nulidad N° 3136-2004/Lima de fecha 14 de enero de 2005, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema; Recurso de Nulidad N° 3342-2003/Ucayali de fecha 10 de noviembre de 2004 emitida por la 2ª Sala Penal Transitoria; Recurso de Nulidad N° 956-2005/Junín de fecha 26 de octubre de 2005 emitida por la Sala Penal Permanente; Recurso de Nulidad N° 1402-2002/Tumbes de fecha 4 de julio de 2002; Recurso de Nulidad N° 3017-2004 /Huánuco de fecha 17 de marzo de 2005 emitido por la 2ª Sala Penal Transitoria; Recurso de Nulidad N° 2192-2005/ Puno de fecha 25 de abril de 2006 emitida por la Sala Penal Permanente.

La falta de perjuicio efectivo para el erario público solamente podrá castigarse a título de tentativa si es que existe una conducta típica de concertación defraudatoria que no ha devenido en el perjuicio por causas no atribuibles a los partícipes[518]. Por tanto, el delito de colusión se prueba cuando se determina que en la contratación presuntamente ilícita, existió de manera objetiva y tangible un perjuicio económico al Estado (que se demuestra a través de una pericia contable o de otro tipo) y cuando se demuestra que la contratación se debió a acuerdos ilícitos llevados a cabo entre el funcionario imputado y el tercero interesado.

Definitivamente, la diferencia entre un ilícito penal de colusión y un ilícito extra-penal de "colusión" (por ejemplo: un ilícito civil o administrativo), es que en la primera tendrá que haber un plus en la represión de la conducta. Un plus que implicará dos momentos fundamentales: en primer lugar, un mayor disvalor de la acción por parte del funcionario público en cuanto a las maniobras defraudatorias que

---

(516) PÉREZ ARROYO, M. ob. cit., T. II, p. 1319.

(517) PÉREZ ARROYO, M. ob. cit., T. II, p. 1327.

(518) GARCÍA CAVERO, Percy; en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, p. 49.

realice; y en segundo lugar, un mayor disvalor al bien jurídico protegido "administración pública", específicamente mediante la causación de un perjuicio económico al Estado u organismos del Estado según ley.

La verificación de la causación del perjuicio *ex post*, como elemento del tipo penal de colusión, es la posición dominante en la doctrina nacional, así Fidel Rojas señala que el delito de colusión es de resultado, es decir, requiere (...) que se produzca defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico, lo que tendrá que establecerse técnicamente[519]. En igual sentido Castillo Alva, quien luego de evaluar la impertinencia en nuestro sistema jurídico de las posiciones doctrinarias que niegan la necesidad típica de la acreditación del perjuicio, termina señalando que el elemento perjuicio armoniza mucho más el entendimiento del delito de colusión ilegal con principios constitucionales de enorme valor como es el principio de lesividad y el principio de intervención mínima, llegando incluso a precisar que el perjuicio que debe sufrir el Estado debe ser de naturaleza económica, lo que lleva a excluir de manera tajante del ámbito de protección de la norma, otra clase de daños como, por ejemplo, el daño al prestigio estatal, a las simples expectativas de mayor utilidad o a un supuesto o aparente daño moral. El daño económico debe ser real y no meramente potencial.[520][521]

En esa línea de ideas si no se logra acreditar, no solo la existencia de un supuesto acuerdo colusorio, sino la causación de un perjuicio patrimonial, la conducta atribuida resultará atípica. Para determinar la existencia de un perjuicio patrimonial, tal como lo ha señalado la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el R.N. N° 3342-

---

[519] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública.* 4ª edición. Editorial jurídica Grijley.

[520] CASTILLO ALVA, José Luis, en: GARCÍA CAVERO/CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima, 2008, pp. 141-144.

[521] Comparte esta misma posición PORTOCARRERO HIDALGO, Juan "Delitos contra la Administración Pública" Editora Jurídica Portocarrero. Lima 1997. pp. 156 a 157.

2003/UCAYALI, de fecha 19 de noviembre de 2004, es necesario que este sea determinado técnicamente, siendo evidente que el instrumento idóneo para ello es la actuación de una pericia contable.

Por ello el delito de colusión se consuma en el momento de suscribirse el contrato, en cuyas cláusulas aparece el concierto para defraudar al Estado[522]. En este extremo, en consecuencia, la conducta desplegada puede resultar atípica objetivamente del delito de colusión, cuando se presenta la figura del delito imposible por inidoneidad del sujeto. Así, el delito imposible se va a evidenciar, según la doctrina, cuando no podrá darse la consumación de un delito por falta de idoneidad del objeto, del medio o del autor[523]. En relación a este punto, Mir Puig define que hay delito imposible o tentativa inidónea cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado[524].

3.4.3. Opción mixta

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho que: "El delito de colusión fraudulenta, previsto y sancionado por el artículo 384° del Código penal, exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un *perjuicio patrimonial -potencial o real- para la administración*"[525].

---

[522] Véase, en este sentido: PORTOCARRERO HIGALGO, 1996, p. 159.

[523] Así, el artículo 17 de nuestro Código penal precisa sobre este tipo de tentativa que: *"No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto"*.

[524] MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 346.

[525] Recurso de Nulidad N° 1480-2003, Corte Suprema de Justicia, 22 de julio del 2004, SPP, en: SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, Lima, 2006, p. 594.

De la misma manera debe citarse la Sentencia de fecha 03-08-2005 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (Exp. 25-2003 AV) en el "Caso Saucedo": *"El perjuicio puede ser real o potencial*, no hace falta que la conducta defraudatoria mediante concierto se manifieste en la producción efectiva del perjuicio, en tanto que el fraude debe consistir en la concertación con la posibilidad idónea de perjudicar económicamente a la administración pública, siendo por tanto un delito de peligro en relación con el perjuicio patrimonial efectivo y de mera actividad, que se consuma con la puntual colusión" (las cursivas son nuestras).

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Un aspecto importante que debemos tener en cuenta es la probanza de la tipicidad subjetiva exigida para la configuración del delito de colusión desleal. En este punto, Abanto Vásquez precisa que se exige *dolo directo*. Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer los elementos "concertar", "ilegalidad" y "fraude"; elementos todos ellos que describen claramente la intencionalidad del sujeto activo[526]. No es elemento del tipo el "ánimo de lucro" propio o ajeno, aunque normalmente este estará presente en el sujeto activo y sus colaboradores[527].

5. SOBRE EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL Y EL PROCESO DE REFORMA PRODUCIDA POR LAS LEYES Nº 29703 Y 29758

Con la modificación legal producida por la Ley 29703 se ha zanjado en el campo doctrinal peruano todo un debate que ya se venía dando algunos años atrás, en torno al delito de colusión del artículo 384º del Código penal, sobre el tema del resultado típico de dicho delito que era donde más problema padecía dicho delito, que si era un delito de peligro o que por el contrario, era un delito de lesión, desde que la

[526] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *op. cit.*, p. 316.

[527] ABANTO VÁSQUEZ, op. cit., 2001, p. 268.

antigua versión del artículo 384º decía: "*...para defraudar al Estado...*", donde tranquilamente podrían interpretarse ambas posturas, que inclusive hasta el Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, en muchas ocasiones tuvo que crear una tercera postura de "resultado" en el delito de colusión para darle mayor eficacia.

En este contexto, en el mes de junio del 2011 se promulgó la Ley Nº 29703 donde hubo importantes modificaciones a determinados delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, esto en el marco de la aplicación que ya se venía dando del nuevo proceso penal para delitos de corrupción de funcionarios a partir del 15 de enero del 2011. La versión final y textual de dicha Ley Nº 29703 quedó redactado de la siguiente manera: "*El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años*".

La figura delictiva de colusión es reformulado en varios aspectos típicos. En principio se le identifica con el término *simple* de colusión no con el tautológico y contradictorio fraseo de "colusión ilegal" o "colusión desleal", pues el sustantivo ya contiene la idea de un pacto ilícito clandestino, irregular, no pudiendo admitirse la idea de que existan "colusiones legales" o "lícitas". Luego, el verbo típico es reemplazado por el verbo coludir que alude precisamente al acuerdo ilícito entre el funcionario o servidor público y el tercero interesado, cuya participación es necesaria para la comisión del delito[528].

Quizá uno de los delitos más esperados para una adecuada reforma legal era precisamente el delito de colusión, tal como sucedió. En efecto, el artículo 384º del Código penal peruano después de muchos años se cambió en el tema del resultado típico donde era la parte

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

más sensible de dicho delito; ahora se concebía expresamente dicho delito como uno de resultado lesivo, y no ya como un delito de peligro concreto o potencial como algún sector de la doctrina y jurisprudencia lo concebía. Ahora se expresa en el artículo 384º del Código penal la exigencia que: "*...defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley...*". Con la expresión defraudare patrimonialmente, lo que se quiere decir, a nuestro juicio, son dos cosas puntuales: en primer lugar, el defraudar debemos entenderla como "causar", "lesionar", en otras palabras, no cabe duda que la voluntad del legislador era la de vincularlo a un resultado lesivo; y en segundo lugar, con la expresión "patrimonialmente" lo que queda claro es que lo que se protege en el delito de colusión es un aspecto patrimonial, económico, que hay una deslealtad del funcionario hacia el Estado, y lo que se protege es, en realidad, un aspecto patrimonial del Estado.

En efecto, si damos una mirada a la versión presentada por la Ley Nº 29703 al delito de colusión estas serían las siguientes: se eliminan las específicas relaciones contractuales (como "suministros", "licitaciones", "liquidaciones") pues ahora se alude a la expresión: "*...cualquiera de las contrataciones o negocios públicos...*", para precisamente dar cobertura real a las distintas formas de relaciones contractuales que pudiera existir entre las partes contractuales.

Se ha dejado intacto el tema del sujeto activo en el sentido que solo lo puede cometer el funcionario o servidor público, también se ha conservado el tema de la vinculación funcional que deba tener el funcionario público con respecto a su intervención en los procesos de adquisición de bienes y servicios, aunque debemos decir ahora, con mejor técnica legislativa, se ha agregado un supuesto fáctico y jurídico que en la práctica judicial y forense siempre se presentaba: "*...interviniendo por razón de su cargo o* ***comisión especial...***", es decir, el funcionario o bien podría estar ocupando el cargo de Gerente General de una institución pública (por su razón del cargo), o bien porque este Gerente ha designado voluntariamente a otra persona de su mismo nivel o inferior nivel para que este participe directamente en los procesos de adqui-

sición de bienes y servicios; es decir, aquí el mencionado funcionario formará o integrará por ejemplo una Comisión Especial de Licitación Pública, con determinados miembros y dicha Comisión Especial creará sus propias bases y condiciones reglamentarias.

Debemos resaltar que el legislador peruano al momento de modificar la conducta típica y por supuesto el resultado del tipo penal en comento, no podía pasar desapercibido la consecuencia jurídica. En tal sentido, no alteró en lo absoluto el marco penal en su extremo máximo del delito de colusión, ya que se sigue conservando la misma penalidad que tenía en el artículo 384° del Código penal; como puede verse en la nueva versión: "*...será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de* ***quince años***"; es decir, se conserva la pena de 15 años de pena privativa de libertad, que en nuestro concepto nos parece una pena sumamente grave y desproporcional en comparación por ejemplo con el delito de cohecho pasivo genérico del artículo 393° del Código penal, que tiene una pena como se sabe en su extremo máximo de ocho años de privativa de libertad, donde aquí el funcionario o servidor público sí ha recibido un medio corruptor para defraudar sus obligaciones funcionales, que es una conducta mucho más ético-reprochable que un delito de colusión, sin embargo, este delito termina siendo más grave que un acto de corrupción.

Siguiendo en el análisis de la Ley N° 29703, el legislador peruano ha creído por conveniente, sin embargo, modificar el extremo mínimo de cuatro a seis años de pena privativa de libertad, con lo cual el juzgador tiene ahora un margen mucho más estrecho para determinar judicialmente la pena. El hecho de alterar, o mejor dicho, agravar los marcos penales de los hechos punibles nunca ha pasado desapercibido por todas y cada una de las reformas penales de nuestro país, consolidándose siempre la idea de que el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo en materia penal se adscriben a una idea de político-criminal de agresividad y de endurecimiento.

Luego de un tiempo –por cierto muy corto– vinieron las críticas "destructivas" hacia dicha modificación provenientes de la

Ley N° 29703 pues pensaron –equivocadamente– que se estaba generando una premeditada "impunidad" a aquellos funcionarios o servidores públicos que estaban siendo procesados por el delito de colusión, ya que ahora se le exige –vía Ley N° 29703- que el Ministerio Público pruebe la efectiva lesión (económica) en perjuicio claro está del Estado peruano, mediante una relación de causalidad entre la conducta del funcionario y el erario nacional, cuando antes solo se exigía, para efectos de la consumación, una conducta "potencialmente" riesgosa del funcionario, es decir, la prueba era mucho más flexible.

Pero lo que jamás dijeron –sobre todo los medios de comunicación– era que el moderno Derecho penal se rige por el principio de subsidiariedad y última ratio, en el sentido que solo debe intervenir en lesión o peligro (concreto) del objeto de protección, y eso es lo que ha realizado la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, y aquellas conductas que no alcancen ese nivel o grado de lesividad, no es que queden en el aire, sino que estarán suficientemente protegidas y sancionadas por el Derecho administrativo sancionador.

Sin embargo, la presión mediática era fuerte en ese momento y se tenía que cambiar rápidamente la Ley N° 29703 de fecha junio del 2011; y no tuvo que esperar mucho tiempo pues el 21 de julio del 2011, y antes de retirarse el gobierno del Dr. Alan García Pérez, se promulgó la nueva y vigente Ley N° 29758. Precisamente para paliar en algo las duras críticas y cuestionamientos que había recibido la anterior ley en cuanto a su eficacia y represión penal. Como se sabe en casi mes y medio se tuvo dos leyes penales que no solo causó desconcierto entre los penalistas sino también en los magistrados (jueces y fiscales), ya que tuvieron que solucionar un tema adicional: el conflicto de leyes penales en el tiempo ya que los abogados defensores de los funcionarios o servidores públicos abogaban porque se les aplique la primera Ley N° 29703 porque esta ley exigía un resultado perjudicial, que tendría que estar acreditado en el proceso penal.

Como es sabido, para efectos de una mejor metodología práctica, la vigente Ley N° 29758 estructura una doble configuración típica de cara a la lesividad del bien jurídico protegido: en la primera parte está como delito de peligro (que la ley lo llama colusión simple) y en la segunda parte está como delito de lesión (que la ley lo llama colusión agravada), y una adecuada proporción en cuanto a la pena conminada para cada uno de ellos. En efecto, la nueva versión propuesta por la vigente Ley N° 29758, en la primera parte, es la siguiente: *"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado, según ley..."*.

El contexto en el que se realiza dicho acuerdo colusorio, es el de un proceso de contratación o adquisición pública de bienes y servicios. Con ello se deja de lado el enunciado casuísta del artículo 384 actual. Comprende desde la generación de la necesidad; el requerimiento; la convocatoria; la presentación de propuesta; la evaluación; la adjudicación; la firma de contrato, la ejecución y liquidación del mismo. La vinculación funcional con dicho proceso es amplia, no exigiendo una vinculación formal específica; de allí que la intervención típica del agente sea directa o indirecta finalmente; se aclara la discusión dogmática y jurisprudencial sobre el perjuicio exigido. Si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo, como sucede en la legislación española[529].

Asimismo se ha incorporado el llamado delito de colusión agravada bajo los siguientes términos: *"El funcionario o servidor público*

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

que, interviniendo directa o indirectamente, por razón del cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado...". Como puede verse, se conserva casi en su integridad el aspecto de la conducta típica con relación a la descripción desarrollada en el delito de colusión simple, por lo que nos remitimos a las consideraciones anteriormente señaladas; salvo algunos temas que vale la pena mencionar: a) que ahora se habla con mejor propiedad y técnica que el funcionario público puede participar "en cualquier etapa" en las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, es decir, ahora habrá conducta típica de colusión en el aspecto de las negociaciones o tratativas entre las partes, en la suscripción de los términos del contrato público, en la misma convocatoria de la Licitación Pública a realizar previa a la elaboración de las bases realizados por el Comité Especial, y obviamente se puede cometer colusión en la misma ejecución del contrato, entre otras etapas; b) ahora se habla expresamente de "concesiones" que abarca definitivamente a las concesiones mineras. Otro tema en la descripción típica agravatoria es el resultado típico, ya que ahora se señala expresamente: "*...defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado...*", es decir, que cuando el Funcionario Público se colude con el o los interesados y si dicha operación colusoria causa un perjuicio económico al Estado peruano se configurará la agravante. Demás está decir, que tiene que darse un evidente perjuicio económico "negativo" a los intereses al Estado, porque si por el contrario, existe una concertación ilícita entre las partes, pero más bien el Estado ha salido "ganando" con la concertación no existe delito de colusión. Y obviamente el tema de la pena conminada, sobre todo en la pena mínima que ahora es de seis años de pena privativa de libertad, conservándose la pena máxima cual es de quince años de pena privativa de libertad.

6. SOBRE ALGUNOS PUNTOS PROBLEMÁTICOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN

6.1. La colusión como tipo penal de encuentro

Hay que advertir que estamos frente de un delito de *participación necesaria.* Como vemos, el verbo rector que describe la conducta ilícita del sujeto activo es "concertándose con los interesados". Se vislumbra entonces que el tipo penal unifica necesariamente las conductas del funcionario público y el interesado para lograr la configuración típica de la conducta a través de la concertación desleal. Ahora bien existe participación necesaria cuando un tipo se halla configurado de manera que para su realización se necesita la intervención de más de una persona, tales casos de participación se clasifican en delitos de convergencia y de encuentro. Es claro entonces que la colusión desleal es un *delito de encuentro* porque se requiere la concurrencia volitiva y conductual de dos partes para la configuración del verbo rector "concertándose".

Así tenemos que conforme al referido artículo: *"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación en la que intervengan por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del estado, según ley,* ***concertándose con los interesados*** *en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros (...)".* En suma, a doctrina y la jurisprudencia al estudiar el delito de colusión desleal han precisado implícitamente que se trata de un delito de encuentro, porque para la configuración de la estructura típica del delito se requiere la concurrencia de las conductas y voluntades del funcionario público (o funcionarios públicos) y los interesados para lograr el pacto ilegal defraudatorio a los intereses del Estado.

La jurisprudencia penal ha señalado que es necesario que el cómplice *extraneus* de delito de colusión intervenga de manera directa en el acuerdo colusorio. Así, *"Los funcionarios de la municipalidad -alcalde y asesor financiero- no realizaron las tratativas para la adquisición del vehículo directamente con los propietarios de la camioneta*

-acusados como cómplices necesarios-, sino con un tercero -no incluido en el proceso- al que estos últimos le entregaron el bien en consignación para su venta. Dichas tratativas para concretar la compraventa fueron completamente ajenas a los propietarios, de modo que no se puede afirmar su participación como terceros interesados en concertación fraudulenta alguna. La conducta de los acusados extranei es atípica. No basta su condición de propietarios del vehículo a la Municipalidad para ser considerados cómplices del delito de colusión, sino que es necesario verificar su efectiva intervención en el acuerdo colusorio, mediante tratos, componendas o arreglos con los funcionarios. Delegar a otro un bien para que este lo venda es una conducta neutral, comprendida en los márgenes de la adecuación social o dentro del riesgo permitido, por lo que una imputación por intervención delictiva queda excluida del plano[530].

Los delitos de encuentro son las manifestaciones de voluntad de los intervinientes que se dirigen a una misma meta criminal pero desde ángulos distintos, de forma que en cierta manera las acciones tienden a encontrarse. Los delitos de encuentro presuponen la pluralidad de personas que sean intervinientes, cuyas acciones, sea con una dirección de voluntad coincidente o no, se acercan mutuamente, es decir el encuentro de las diversas actuaciones de voluntad tiene efecto constitutivo para el tipo. Ello ocurre efectivamente en el tipo de colusión desleal ya que la consumación típica no es posible sino con la intervención del interesado *-extraneus-* que concierta con los funcionarios o servidores públicos *-intraneus-*, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y con ello, un acuerdo de voluntades entre funcionario-servidor y el interesado.

Esta convergencia entre las conductas del funcionario público (o los funcionarios públicos) y los interesados se pone de manifiesto

---

[530] Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República. R.N. N° 1481-2011-AREQUIPA, diecinueve de abril de dos mil doce (extraído de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2014, Tomo 62, Editorial Gaceta Jurídica, p. 249.

en forma reiterada en la jurisprudencia nacional: *El delito de colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial (...).*[531]

Tal como ya hemos referido, la acción típica en el delito de colusión desleal es la concertación que se produce entre el funcionario público y el tercero interesado en vincularse contractualmente con el Estado, de donde se puede deducir que estamos frente a un delito de encuentro, en el que confluyen dos acciones de sujetos distintos con una misma finalidad típica[532]. Al respecto Fidel Rojas señala "Por la naturaleza misma del delito de colusión desleal el interesado constituye un elemento fundamental de su redacción típica, ya que con base a la técnica de construcción legislativa empleada no se entiende el delito si es que no existe concertación ilegal (...) entre el sujeto público que contrata a nombre del interesado y el interesado o contratista. En tal perspectiva, podrá producirse quiebre funcional y defraudación a los intereses de la administración pública; pero si no se produjo la aludida concertación con los interesados, el delito no podrá consumarse, es decir existirá atipicidad por colusión (...) Los interesados (...) pueden adquirir la calidad de cómplices primarios del delito de colusión, con mayor razón si el tipo penal está redactado de modo que requiere de estos concurrentes necesarios para perfeccionar la conducta típica; esto es, sería impracticable el delito de colusión defraudatoria si no existiesen interesados o contratistas".[533]

---

[531] Ejecutoria Suprema del 5 de mayo de 2003, Exp. N° 1382-2002. Puno. En SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Delitos contra la administración pública, jurisprudencia penal. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 154.

[532] Al respecto puede revisarse ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, 2ª edición. Palestra. Lima, 2003, pp. 316 y ss.

[533] ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit., pp. 427-428.

6.2. ¿Existe la figura del "interesado-cooperador necesario"? Sobre el tipo penal ampliado en el delito de colusión desleal

Usualmente en el delito de colusión desleal, según nuestra descripción típica, intervienen dos personas: el "funcionario/servidor público" y el "interesado". Sobre la base de esta premisa puede sostenerse la punición del interesado, no como autor o coautor sino como partícipe en calidad de cómplice primario (Art. 25 párrafo 1 de Código penal), cuando cierra o concluye el acuerdo o contrato concesionario. Sin embargo, cuando se habla del tipo penal ampliado en el delito de colusión ilegal se requiere la intervención hasta de tres personas a) el funcionario o servidor público, b) el cómplice que le presta auxilio necesario y c) el interesado.

Como puede verse, se trata de tres personas diferentes que cumplen roles y tareas absolutamente diferenciados en el marco de la comisión del delito de colusión desleal, es decir no puede "fusionarse" en vía de interpretación jurídica, el "funcionario/servidor público" con el "interesado", de tal modo que la misma persona no puede actuar al mismo tiempo como funcionario público y como interesado, ya que sino se estaría creándose la figura del "funcionario público-interesado. De la misma manera tampoco puede fusionarse –en vía de interpretación jurídica– la figura del "cooperador necesario" con el "interesado", ya que se trata de dos personas que cumplen roles también distintos. El intérprete no puede crear una "tercera figura delictiva" de naturaleza mixta de "interesado-cooperador necesario". En consecuencia, el funcionario/servidor público, el interesado y el cooperador deben recibir un tratamiento jurídico-penal personalizado.

Los delitos de participación necesaria, para que la conducta del partícipe necesario sea punible, es necesario que esté expresamente amenazada con pena en el tipo penal correspondiente. Si no cuenta con una pena simplemente la conducta –en este caso del interesado– debe quedar fuera del Derecho penal. En ese sentido el Profesor Stratenwerth señala que "cuando la participación, según el sentido estricto del texto legal, es necesario pero no está amenazada con pena, será

impune. Al respecto hay unidad de pareceres" (...) "se debe deducir del silencio de ley que el partícipe necesario queda impune"[534].

Por ello, la conducta del interesado resulta ser impune a la luz de la regulación del actual artículo 384° del Código penal, lo que quedaría, en consecuencia, es que desde el punto de vista político-criminal, el legislador peruano puede incorporar un artículo que sancione expresamente la conducta del interesado que se colude ilegalmente con el funcionario público, como lo ha realizado, por ejemplo, en el delito de cohecho activo genérico o específico, que sanciona la conducta del particular que trata de corromper al funcionario/servidor público; o en el caso del artículo 386° del Código penal, que como hemos dicho, amplía el marco de punibilidad del sujeto activo precisamente en el delito en cuestión, lo mismo podría hacer con la conducta del interesado.

En este punto, existe una Ejecutoria Suprema donde menciona que los regidores son partícipes de colusión si muestran conformidad o anuencia con los contratos defraudatorios y desfavorables al erario municipal celebrados por el alcalde.[535]

---

[534] STRATENWERTH, Günther; *Derecho penal. Parte general*, traducción de la segunda edición alemana (1979) de Glagys Romero, Madrid, 1982, p. 282. Por su parte en la doctrina española QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / RODRÍGUEZ PUERTA, p. 1298 sostiene que "la especial estructura típica del delito tipificado en el artículo 436° CP –tipo de participación necesaria– impide que la conducta del particular sea punible ex artículo 436 CP. En estos casos pese a estar prevista su conducta implícitamente en la descripción típica, el Código penal no prevé el castigo del particular. Esta injustificada impunidad del particular ha conducido a la jurisprudencia a calificar su conducta como cooperador necesario –vid STS 16 febrero 1995 (RJ 1995, 1176)– si bien, en alguna ocasión, ha atenuado la pena del particular precisamente por no concurrir en él la condición de funcionario prevista en el tipo (STS 2 febrero 1994 RJ1994, 759). No obstante se trata de una interpretación voluntarista, tendente a satisfacer necesidades de incriminación de conductas, sin cobertura legal para ello; los tribunales en tales casos están asumiendo una función suplente, que solo le corresponde al legislador".

[535] Véase la Resolución expedida por la Sala Penal Permanente Corte Suprema de Justicia R.N. N° 556-2007-Áncash (**www.pj.gob.pe**) Denunciado: Tobías Jorge Castillo Gomero y otros, Agraviado: El Estado, Asunto: Colusión desleal y

otro, Fecha: 10 de noviembre de 2008, que señaló lo siguiente: "Se denuncia a los regidores de una municipalidad por haber favorecido mediante delegación de facultades del alcalde la colusión de este último con los representantes legales de las empresas "X" e "Y" a fin de suscribir sendos contratos de locación de servicios para la ejecución de un programa de fiscalización, los que se efectuaron con patente trasgresión de las normas de la materia y con cláusulas manifiestamente perjudiciales al patrimonio edil. La Sala Superior condenó al alcalde y a los representantes de las empresas como autores del delito y a los regidores del municipio, quienes colaboraron con el ilícito, como copartícipes primarios. Estos últimos impugnaron la sentencia. Uno de los regidores en su recurso alegó que no se había acreditado su intervención en los hechos incriminados y que solo se probó la responsabilidad penal del alcalde y los representantes legales de las empresas, además que no existen actas de acuerdo de concejo que lo vincularan. Otros dos regidores en su recurso adujeron que el contrato celebrado con las empresas tuvo como base un informe técnico del área de asesoría legal de la municipalidad agraviada, y en base a él se tomó un acuerdo de concejo que derivó en la celebración del contrato, la que se efectuó según las bases del proceso de adjudicación selectiva, y que a través de los acuerdos tomados se logró rebajar el porcentaje de 60% a 47% de ganancia de las empresas proveedoras, el cual no fue excesivo ni perjudicial para la municipalidad.

La Sala Suprema puntualiza en el presente caso que la concreta imputación contra los regidores del municipio (complicidad delictiva) implica acreditar no el hecho central de las conductas ilícitas (colusión desleal y abuso de autoridad) sino solo actos periféricos y accesorios de colaboración con el autor de los delitos incriminados, es decir, del alcalde. En ese sentido, considera que las pruebas de cargo del aporte objetivo que prestaron los citados encausados en el delito, en su calidad de regidores de la municipalidad, se sustentaba fundamentalmente en dos actas de sesión extraordinaria.

En esa línea de análisis, se determinó que el acuerdo tomado en dichas sesiones extraordinarias referidas a una delegación de facultades en el ámbito de fiscalización y asesoramiento tributario, posibilitó que el alcalde suscribiera los aludidos contratos de locación de servicios con las empresas "X" e "Y", los que resultaron claramente desventajosos a los intereses de la municipalidad por los montos que se pagaron a las citadas empresas. Asimismo, se desprendió de los acuerdos tomados que los encausados impugnantes, pese a las evidentes irregularidades incurridas en la suscripción del contrato, respaldaron el acto ilícito del alcalde en clara infracción a sus deberes funcionales, es decir de control y supervisión, derivados de su calidad de regidores.

A partir de ello, la Sala Suprema coligió que los encausados recurrentes, en su calidad de regidores, favorecieron la comisión del delito por el alcalde, mostrando su conformidad o anuencia en sus actos ilícitos permitiendo que celebrara con terceros dos contratos defraudatorios y notoriamente desfavorables al erario municipal.

6.3. El delito de colusión y su realización por la omisión impropia

Así, cuando nuestro texto penal sustantivo reprime la conducta de matar a otro, está castigando una acción que puede cometerse de distintas maneras, pero también –mediante la cláusula de correspondencia prevista para la omisión impropia– esta acción puede equipararse a una omisión que consistiría –conforme a la descripción del verbo "matar"– en un "dejar morir" o en un "dejar matar".

Para el caso que nos ocupa, la equiparación normativa la extraemos de la descripción típica prevista en el artículo 384º del Código penal que prevé el delito materia de imputación (colusión desleal); por lo que la conducta omisiva será equiparable a dicha descripción comisiva cuando:

- El funcionario con vinculación funcional no impide que otro funcionario al que le ha delegado facultades concierte fraudulentamente en los contratos, suministros, etc. con los interesados.
- El funcionario con vinculación funcional no impide –en dicho contexto de concertación o negociación– que los intereses patrimoniales del Estado se vean mermados en beneficio de intereses particulares.

En ambos casos se tiene que verificar, previamente, que el funcionario/servidor tenga una posición de garantía respecto al bien jurídico. En ese sentido se pronuncia Mir Puig, quien refiere que el deber de garante o posición de garantía: "Se da cuando corresponde al sujeto

---

Finalmente, al Supremo Tribunal le llamó la atención que pese a declarar probada la responsabilidad penal de todos los encausados, el Colegiado Superior impuso injustificadamente a estos penas y reparaciones civiles de ínfima entidad, sin tomar en cuenta la gravedad de los ilícitos incriminados y el alto perjuicio económico ocasionado a la municipalidad perjudicada. Así también, que pese a los patentes agravios que ocasionaba a la sociedad la sentencia recurrida, el Fiscal Superior no formalizó su respectivo recurso de nulidad, lo que limitó las facultades de revisión del Supremo Tribunal. Por dichos motivos ordena remitir copias del proceso a la Oficina de Control de la Magistratura y a la Fiscalía Suprema de Control Interno, a fin de que se investigue la conducta funcional de los aludidos magistrados".

una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en "garante" de la indemnidad del bien jurídico correspondiente"[536] Similar opinión ha esbozado Zugaldía Espinar, para quien la posición de garante como característica de la vertiente típica de los delitos de omisión impropia está referida a:"...una situación de responsabilidad especial que se funda en la estrecha relación del autor con determinados bienes jurídicos y de donde nace el deber especial de garantizar su indemnidad en unas concretas circunstancias de riesgo".[537]

Si bien es cierto que el comportamiento omisivo no es punible en este ilícito, cabe puntualizar que los funcionarios encargados de los procesos de licitación que dolosamente permiten que otros funcionarios realicen las actividades ilícitas, realizan actos concluyentes de carácter positivo, equiparables a la forma comitiva. Para Abanto Vásquez, la "concertación" solamente describe una acción positiva, no es posible la modalidad "omisiva".[538]

Por su parte, nuestra jurisprudencia penal ha señalado que no es posible realizar una concertación o colusión defraudatoria mediante una conducta omisiva. Así, *"La colusión ilegal debe entenderse como el delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio. La defraudación debe entenderse como la transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; no puede ser entendida como la producción –o la posibilidad– de un perjuicio, el cual no es un elemento objetivo del tipo, sino indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio [defraudatorio]. La concerta-*

---

[536] MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal. Parte general,* Barcelona, 1996. p. 305.

[537] ZUGALDÍA ESPINAR, José M.; *Derecho penal. Parte general,* Valencia, 2004. p. 806.

[538] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *op. cit.*, p. 316.

ción constituye la fuente generadora del riesgo, la cual debe realizarse de manera comisiva [no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante la omisión], al requerir la realización de ciertas maniobras al ejecutar por parte del sujeto activo [manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados y las sumas acordadas]. En tal sentido, si el funcionario no ejecutó actos necesarios para las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia [o desobediencia administrativa], pero no ante un delito de colusión ilegal"[539].

6.4. Sobre la pericia valorativa como prueba idónea en el delito de colusión

La jurisprudencia penal peruana ha establecido que la pericia de valorización resulta en muchos casos determinante para acreditar el perjuicio al Estado. Así, la Sentencia de fecha 11-08-2006 de la 2° Sala Penal Especial (Exp. 038-2004) "Caso De Bari Hermoza Ríos", ha dicho que: "El perjuicio a los intereses estatales es un elemento de naturaleza material. Es intrínseco a la defraudación. Debe ser producto de confabulación y tiene que ser determinado pericialmente".

En esta misma línea, otra jurisprudencia del Supremo Tribunal ha señalado lo siguiente "...del análisis que forman el presente incidente se advierte la inexistencia del dolo en el accionar del sujeto activo, así como también de los elementos configurativos del tipo penal de colusión desleal; que, en efecto, la pericia contable obrante en copia certificada, establece en sus conclusiones que la entidad agraviada no sufrió perjuicio patrimonial derivado de los pagos a las Empresas Cooperativas Limitada y Topoliz Sociedad Anónima debido a que los servicios fueron cumplidos en su totalidad, corroborado con los documentos que registran los informes proporcionados por la empresa prestadora del servicio de información reservada".

---

(539) Véase, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N° 2587-2011-Cusco, de fecha veintitrés de enero de dos mil trece.

También debe citarse la Ejecutoria suprema que indica "Si de la pericia contable y bromatológica no se derivan irregularidades ni perjuicio al ente público, no existe prueba que haya habido concierto para defraudar al Estado en la adquisición de alimentos en precio, cantidad, calidad y oportunidad entre los funcionarios y empresa privada"[540].

[540] Expediente N° 2395-96-Huánuco, Ej. Supr., 23-10-1997. en: ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, p. 451.

CAPÍTULO NOVENO
EL DELITO DE PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES PRIVADOS

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El delito de patrocinio ilegal supone la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales. El objetivo de esta disposición es evitar que el funcionario actúe en aras de satisfacer intereses particulares ajenos a los de la función o servicio público que ejerce y representa.

Esta figura delictiva vendría a tipificar la calidad de *gestor de intereses particulares*, en tal entendido resulta importante fijar criterios materiales de relevancia penal, pues no toda conducta que se le parezca puede ser reputada como delictiva; máxime, al reflejar un tipo penal muy abierto, donde no se pone en detalle cual sería la conducta susceptible de afectar al bien jurídico tutelado[541].

En otras palabras, *"El objetivo de esta disposición es evitar que el funcionario actúe en aras de satisfacer intereses particulares ajenos a los de la función o servicio público que ejerce y representa. Tampoco exige el tipo penal una concentración con el patrocinado o con el funcionario ante el cual se patrocina el interés particular. El funcionario cumple el tipo incluso patrocinando un interés por propia cuenta sin que el particular se lo haya solicitado o lo hayan acordado previamente»*[542].

---

[541] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *Derecho penal. Parte especial*, Tomo V, 2010, Lima, p. *325*.

[542] Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012.

El delito de "patrocinio ilegal de intereses privados" (artículo 385º), como una modalidad del delito de concusión según la sistemática del actual Código penal peruano, se trata de una figura poco aplicable en la Justicia penal anticorrupción, por lo que no se presenta en la realidad casuística de nuestra sociedad, sino fundamentalmente porque el marco punitivo de dicho delito es muy escueta y benigna en comparación a otras figuras típicas conexas como lo es el tráfico de influencias, negociación incompatible, el cohecho activo genérico o específico; y esto ha motivo en la realidad que se favorezca lamentablemente la prescripción de la acción penal muchas veces, y porque además, desde su incorporación en el Código penal de 1991 –versión original– hasta la actualidad, no haya sufrido ninguna modificación por parte del Parlamento Nacional tanto en su descripción legal como en su marco punitivo.

En el Proyecto del Nuevo Código Penal de 2015, el delito de patrocinio ilegal se encuentra, con mejor técnica legislativa, como una modalidad del delito de abuso de autoridad y no como una modalidad del delito de concusión como lo está ahora en el Código de 1991. En efecto, en el artículo 569º del Proyecto del Nuevo Código se prevé la siguiente descripción legal: *"El que valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación por el tiempo que dure la pena conforme a los numerales 1,2, y 9 del artículo 42"*. Como puede verse, en la nueva versión del delito de patrocinio ilegal se ha aumentado la pena privativa de libertad, antes se señalaba solo hasta dos años de pena, ahora tiene como pena mínima tres años y una máxima de seis años de pena privativa de libertad; con la nueva versión del Proyecto de Código penal se elimina la pena de prestación de servicios comunitarios.

Se consideró –conforme es unánime en la doctrina– que, de manera general, el bien jurídico protegido es el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituyen el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública, tratando que los poderes e in-

vestiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo, así como también procurando el normal desempeño de funciones, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios[543].

Este concepto también ha sido recogido por la Corte Suprema de Justicia de la República al señalar que: *"se advierte que en doctrina se considera que en el delito de patrocinio ilegal el bien jurídico protegido viene a ser el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública* (...)"[544]. Bajo esta misma línea, la jurisprudencia penal de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, ha manifestado que: *«(...) es el normal recto y desenvolvimiento de la administración pública, tratando que los poderes e investiduras que esta otorga a sus funcionarios y servidores públicos no sean empleados para generar posiciones de ventajas y privilegios a usar indebidamente en perjuicio de los demás ciudadanos que no cuentan con tal apoyo, así como también, procurando el normal desempeño de funciones imparcial y libre de presiones de otros funcionarios".* [545]

---

[543] MAITA DORREGARAY, Sara del Pilar; *"Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal"*, en: Castañeda Otsu, Susana Ynes (Coordinadora), Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública; Lima, p. 738.

[544] MAITA DORREGARAY, *"Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal"*, cit., p. 738.

[545] Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 30 de mayo de 2012. En otra jurisprudencia penal nacional se ha dicho que el delito de patrocinio ilegal el bien jurídico es de carácter extrapatrimonial, es decir, debe estar desprovisto de la naturaleza económica. En efecto, *"Se incrimina a los procesados haberse valido de su condición de funcionarios para patrocinar intereses particulares ante la administración pública, en el presente caso la Municipalidad, conducta que se encuentra tipificada en el Articulo 385 del Código penal y sancionada con pena privativa de libertad no mayor de 2 años; por lo que, de conformidad con el artículo 80 y 83 del mismo cuerpo legal, la prescripción extraordinaria opera a los tres años de ocurrido el hecho, tiempo que ha transcurrido en exceso en el presente caso, no resultando aplicable la dúplica del plazo de prescripción establecido en el último párrafo del citado artículo 80,* ***por cuanto no se ha afec-***

Con respecto a la doctrina, Rojas Vargas ha dicho que "El objeto de la tutela penal –con relación a la negociación incompatible– es el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública, tratando de que los poderes e investiduras que otorga a sus agentes no sean empleados para generar posiciones de ventaja y privilegios a usar indebidamente"[546]. En esta misma línea, citamos a Salinas Siccha, para quien el hecho punible se configura cuando el sujeto activo que tiene la condición de funcionario o servidor público, por sí mismo o por intermedio de un tercero, haciendo prevalecer su condición especial favorece, defiende, ampara, apoya, gestiona o patrocina los intereses, legítimos o ilegítimos, de ciudadanos particulares ante cualquier estamento de la administración pública.[547] Según Abanto Vásquez "El objeto del bien jurídico directamente atacado consistiría en el desempeño de funciones normal, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios".[548]

Asimismo, se tuvo en cuenta que la protección del bien jurídico tutelado en esta norma penal, concuerda con los lineamientos establecidos en la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (CICC), en vigencia a partir del 4 de julio de 1997, que fuera adoptada en la ciudad de Caracas, Venezuela, suscrita por el Estado peruano el 29 de marzo de 1996, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N°26756 del 5 de marzo de 1997 y ratificada por el Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo N° 012-97-RE del 21 del mismo mes y año. Instrumento normativo internacional que

---

tado el patrimonio del Estado, conforme se desprende del peritaje contable obrante en autos". (Ejecutoria Suprema del 22/03/2002, R.N. N° 3580 – 2002 LIMA, URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA José / SALAZAR SANCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia Penal*, Lima, 2005, p. 638).

(546) ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, 4° Edición, Lima, 2007, p. 299.

(547) SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2009, p. 276.

(548) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, 2001, Lima, pp. 274-275.

forma parte del derecho nacional, conforme a lo previsto por el artículo 55° de la Constitución Política del Estado.

II. TIPICIDAD OBJETIVA

El análisis de la tipicidad pasa por determinar si la conducta que acontece en la realidad se subsume o no dentro del supuesto de hecho previsto en la ley penal. Acota Stratenwerth que "a todas las prescripciones penales les subyacen normas de conducta, prohibiciones y mandatos, que limitan los ámbitos de libertad del individuo; la tipicidad significa tan solo que la conducta contradice la prohibición o el mandato asegurados penalmente"[549]. La tipicidad objetiva supone un juicio sobre las características que deben cumplirse en el mundo exterior. La tipicidad se divide en dos planos: el plano objetivo y el plano subjetivo[550].

1. FUENTES EXTRANJERAS

- El Código penal de Brasil en su artículo 321 prescribe: *"Patrocinar, directa o indirectamente, los intereses privados ante la administración pública, valiéndose de la cualidad de funcionario: Pena-Detención de 1 (uno) a 3 (tres) meses de multa"*.
- El Código penal de Italia (1930) art. 324 (Derogado por la Ley 86 del 26 de abril de 1990): *"El oficial público que directamente o por interpuesta persona, o con actos simulados, toma interés privado en cualquier acto de la administración pública en la cual ejerce su oficio, será castigado con reclusión de 6 meses a 5 años y con la multa de 200,000 a 4'000,000 liras"*.
- El Código penal de Colombia (1980), art. 157: *"El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en*

(549) STRATENWERTH, Gunter; *Derecho penal. Parte general.* Volumen I. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

(550) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel; *Lecciones de la Parte general y el Código penal.* Editorial San Marcos, Lima, 2008.

asunto judicial, administrativo o policial, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años".

Ahora bien, el delito de patrocinio ilegal prescrito en el artículo 385° del actual Código penal del Perú de 1991 no tiene antecedentes penales, esto es que en el Código penal derogado de 1924 no se encontraba regulado, ni mucho menos en el primer Código penal del Perú de 1863.

Que, gracias a la legislación extranjera como son el Código penal brasileño, italiano y colombiano han servido para la incorporación del tipo penal de patrocinio ilegal en nuestra legislación penal.

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

El delito de patrocinio ilegal se encuentra previsto en el artículo 385° del Código penal, cuyo texto original señala:

"El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

3. SUJETO ACTIVO. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Los sujetos activos en este delito son el funcionario y servidor público en donde la mencionada norma no nombra alguna clase especial de funcionario o servidor público, es decir, será agente de este delito cualquier funcionario o servidor público en ejercicio (jueces, ministros, fiscales, alcaldes, directores de educación, empleados públicos, etc.).

La Jurisprudencia penal nacional ha establecido lo siguiente: «Tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el fun-

cionario o servidor público [...] Lo que interesa es el hecho de ejercer funciones públicas, pues ello es suficiente para el Derecho penal para considerar a un funcionario o servidor público como tal, independientemente del régimen laboral o contractual, bastando que mantenga un vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en tal virtud ejerza funciones"[551].

Es de importancia destacar que se trata de cualquier funcionario público salvo los que desempeñan la actividad funcional hacia donde va orientado el acto de patrocinio, de ahí que solo el funcionario o servidor público pueda responder como autor de este ilícito penal[552].

Obviamente, también se puede admitir los casos de coautoría funcional (artículo 23° del Código penal), es decir, cuando por ejemplo son dos servidores públicos –que trabajan vía contractual en el Poder Judicial– los mismos que están abogando bajo una misma decisión común –por ejemplo: están presentando escritos de apersonamientos suscritas por terceras personas, están realizando revisión de expedientes ante la misma sede administrativa, han realizado entrevistas con los funcionarios encargados de resolver el caso, con los que tienen cierto grado de amistad, y en forma general están presentando permanentemente escritos ante la Mesa de Partes por ejemplo de la SUNAT–, y este patrocinio son de intereses privados a favor por ejemplo de una empresa transnacional ante la administración tributaria para pagar menos las multan impuestas.

En todo caso, también se podría admitir la idea de la participación criminal, en el sentido que, por ejemplo, exista un funcionario público que nunca ha tenido la idea de patrocinar intereses particulares ante la administración pública, que nunca ha tenido la idea criminal de apro-

---

[551] Exp 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012.

[552] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2001.

vecharse del cargo funcional para algo ilícito; sin embargo, existe una tercera persona, vinculada a él, que es un sujeto *extraneus*, que lo determinará a cometer dicho delito de patrocinio ilegal, puesto que todos los días lo buscaba para tal fin, incluso iba hasta su domicilio; hasta que un día declina su negativa el funcionario y luego realiza la conducta típica. En este caso, el autor individual y directo lo será el funcionario público, mientras que el *extreneus* será castigado a título de instigador –partícipe– por determinar a otro a la comisión del hecho punible (artículo 24° del Código penal); y tenemos que aplicar aquí la tesis de la unidad del título de la imputación, en el sentido que autor e inductor responderán bajo el mismo supuesto delictivo: patrocinio ilegal.

Empero, también se podría verificar un supuesto de complicidad criminal (artículo 25°, primer y segundo párrafo, del Código penal) en el sentido que si el funcionario público siempre se ha dedicado, durante todo su ejercicio funcional, a patrocinar intereses de particulares ante la Administración pública, es decir, ha hecho de esta conducta su *modus vivendi*. Y en una de las tantas acciones ilegales, el funcionario público solicita de modo verbal el auxilio de una tercera persona –*extraneus*– para precisamente acelerar el proceso de ejecución de un trámite administrativo ante la SUNAT; el auxilio consistía en que el cómplice –quien era trabajador de la SUNAT– tenía que entregar de modo inmediato al citado funcionario público determinados informes y datos confidenciales desde adentro de la administración pública, SUNAT- para poder así presentar el funcionario los escritos por Mesa de Partes sin errores, pues los plazos para la presentación ya se vencían. Y en el mismo caso anterior, tenemos que aplicar aquí la tesis de la unidad del título de la imputación penal, en el sentido que autor y cómplice –que según el caso será cómplice primario o necesario– responderán bajo el mismo supuesto delictivo: patrocinio ilegal.

4. CONDUCTA TÍPICA

Respecto a los elementos típicos del delito referidos a "valerse de la calidad de funcionario o servidor público" y "patrocinar intereses de particulares ante la administración pública", la Sala Penal Permanente

de la Corte Suprema, en la Sentencia de Casación N° 226-2012-Lima, ha establecido que se trata de elementos normativos del tipo que no pueden ser interpretados de forma aislada, sino que necesariamente su interpretación tiene que ser conjunta [553]

En ese sentido, según la descripción legal, el delito de patrocinio ilegal de intereses particulares es un injusto penal que exige básicamente dos elementos:

a) Que el funcionario o servidor público se "valga del cargo", esto es, se aproveche de su calidad funcionarial.

b) Para "patrocinar intereses de particulares ante la administración pública".

4.1. Valerse del cargo funcional

El tipo objetivo del delito de patrocinio ilegal exige que el agente se valga de su condición de funcionario o servidor público para patrocinar intereses particulares"[554]. Lo que la norma penal criminaliza es el aprovechamiento de la calidad poseída por el funcionario o servidor público. El agente, conocedor de su condición especial, utiliza tendenciosamente o abusa de sus calidades en el orden social para privilegiar a sus favorecidos, los cuales tienen que ser necesariamente particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas).

Premisa fundamental resulta el "prevalimiento del cargo funcionarial", en tal entendido el autor ha de valerse de dicha condición pública para asumir la figura de gestor de intereses privados ante la administración, es decir, el agente se aprovecha de estar inmerso en la estructura organizacional de cierto estamento público, para así acceder a un funcionario público que está conociendo el caso que involucra intereses de los particulares. Se presenta así una incompatibilidad en-

---

[553] Sentencia de Casación N° 226-2012-Lima, de fecha 26 de setiembre de 2013. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Fundamento Décimo Primero).

[554] R. N. 1054-2001-Lima. Ejecutoria Suprema. En: El Código Penal en su Jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 403.

tre los intereses particulares y los estrictamente generales que solo ha de patrocinar el funcionario[555].

En otras palabras, valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de funcionario o servidor público. El sujeto activo abusa del cargo público que ostenta, utiliza su condición especial, sus calidades en el orden social, tendenciosa o abusivamente, para privilegiar a particulares[556].

Valerse de la calidad de funcionario distingue la simple intervención del patrocinio ilícito, pues no es lo mismo que el funcionario vaya a preguntar a la mesa de partes de cualquier repartición del Estado, a que se presente usando su calidad de funcionario público para, directa o indirectamente, conseguir presionar sobre los demás funcionarios públicos. El funcionario se aprovecha de su calidad de tal para tener acceso, y eventualmente, influir o presionar a otros funcionarios[557].

Tal concepto también ha sido recogido por la Corte Suprema de Justicia de la República en diversas ejecutorias, al señalar al respecto que *"el tipo objetivo del delito de patrocinio ilegal exige que el agente se valga de su condición de funcionario o servidor público para patrocinar intereses particulares."* El mismo fallo establece que, *"respecto al delito de patrocinio ilegal, 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".*

También se ha venido utilizando el referido concepto por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, al señalar que *"uno de los comportamientos típicos que prevé esta figura penal*

---

[555] PEÑA CABRERA FREYRE, Tomo V, 2010, p. 327.

[556] MAITA DORREGARAY, *"Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal"*, cit., p. 745.

[557] MAITA DORREGARAY, *"Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal"*, cit., p. 745.

consiste en valerse del cargo, haciendo prevalecer la calidad e investidura poseída (privilegios y posicionamientos, jerarquía, rango o relaciones), debiendo destacarse que el artículo 385° del Código penal no diferencia la licitud o ilicitud del interés patrocinado, siendo suficiente que el funcionario o servidor haga mal uso de su calidad para patrocinar intereses particulares, estando impedido a ello por ética funcional, decoro y/o expresas prohibiciones o incompatibilidades".

Asimismo, en el Subsistema Anticorrupción que se implementó desde el año 2001 también se ha acogido dicha definición, al señalar que dicho tipo penal exige la verificación de actos concretos ante la administración pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, pues lo que interesa es que la conducta del funcionario se dirija a otro funcionario buscando influir en este de alguna manera[558].

Con relación a este punto, la jurisprudencia penal de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, ha señalado que *"[...] El hecho punible se configura si el patrocinio de intereses de particulares ante la administración pública, se efectúa por el agente valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público. Según la doctrina, valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de funcionario o servidor público. El sujeto activo abusa del cargo público que ostenta, utiliza su condición especial, sus calidades en el orden social, tendenciosa o abusivamente, para privilegiar a sus particulares"*.[559]

---

[558] MAITA DORREGARAY, *"Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal"*, cit., pp. 746-747.

[559] Exp 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012. La jurisprudencia penal nacional ha dicho: *"Que respecto al delito de patrocinio ilegal, 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"*. (Ejecutoria Suprema del 8/8/2001, R.N. N° 1054 - 2001 LIMA, extraído de: URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia Penal*, Lima, Jurista Editores 2005, p. 636).

Señala, la Corte Suprema de la República en cuanto al primer elemento, lo siguiente: *"El acceso de una persona a la función o al servicio público le da una serie de prerrogativas que lo colocan -con relación a un particular- en una posición privilegiada al interior de la administración pública. Es gracias a esa función que él puede ejercer directamente el poder conferido a su persona dentro de los límites de su función. Asimismo, en razón del cargo, él puede tener algún tipo de influencia, directa o indirecta, sobre otro funcionario público. (...) Al analizarse este elemento tiene que ser contrastada la función o servicio público desempeñado y su importancia con el interés particular que se desea patrocinar. De esta forma, la idoneidad de la conducta estará en relación con el nexo entre el cargo desempeñado y el patrocinio del interés".*[560]

El solo hecho de preguntar por el estado de un expediente, de recomendar la vista pronta de la causa, no es según nuestro parecer conducta con suficiente materialidad, como para poder ser dotadasde relevancia jurídico-penal. Interesarse, conforme al sentido teleológico de la norma, ha de suponer una actuación decidida y firme del funcionario, de gestionar los intereses de los particulares, sea emitiendo un informe favorable o intercediendo ante todos los funcionarios avocados a resolver la situación del particular. Pero el funcionario deberá haberse identificado como tal; no interesa si la intervención busca algo ilegítimo o no, sino el "uso indebido" de la "autoridad" que reviste el cargo[561].

4.2. Patrocinar intereses de particulares ante la administración pública

Respecto al segundo elemento normativo "patrocinio de intereses de particulares", precisa que: "La acción de patrocinar implica todo suceso que permita la mejora de una determinada situación ju-

[560] Fundamento décimo segundo de la misma Sentencia de Casación.

[561] PEÑA CABRERA FREYRE, Tomo V, 2010, p. 328.

rídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa (...). El patrocinio al que se refiere este artículo tiene una inmediata conexión con un interés de un particular ante la administración pública. Por "interés del particular" se hace referencia directa de todo aquello que pueda ser pretendido por una persona que no pertenezca a la administración pública. La condición de particular no depende de si la persona es un funcionario público o es una persona ajena a la administración pública, sino que está en función directa de la relación que ella tiene con el sector de la administración pública en el que se le va a favorecer".[562]

El patrocinio está referido conceptualmente a la protección, ayuda, gestión, defensa, entre otros. Se trata de abogar, gestionar los intereses de los particulares ante la administración pública para obtener a favor de estos, situaciones ventajosas en una situación determinada. La jurisprudencia penal nacional, por ejemplo, ha dicho que "Una carta de recomendación por sí misma no reúne las características de tipicidad exigidas por el Artículo 385 del Código penal, pues dicho tipo penal requiere, que el sujeto activo del delito patrocine intereses de particulares ante la admiración pública, entendiéndose ello como el asesoramiento o defensa traducidos en diversidad de actos, que denoten una intervención directa y concreta a favor de intereses particulares que el funcionario o servidor efectúe"[563].

El acto de patrocinar puede tener lugar en los diversos niveles o estamentos de la administración pública, sea en el ámbito del Poder Judicial, del Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Registros Públicos, en la Policía Nacional, en el ámbito legislativo y gubernamental en general, entre otros. En este punto, existe una gran diferencia con relación al delito de tráfico de influencias (artículo 400° del Código penal) pues en esta el objetivo de la influencia solo está focalizado en un

---

[562] Fundamento décimo tercero de la misma Sentencia de Casación.

[563] Ejecutoria Suprema del 07/05/98, Exp. N° 6315 – 97. LIMA, extraído de: ROJAS VARGAS, Fidel *Jurisprudencia Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 656.

funcionario o servidor público que ha de conocer, que esté conociendo o haya conocido un "caso judicial o administrativo".

En cuanto a la modalidad conductual solo puede ser admitido la forma comisiva (delito de acción), rechazándose la modalidad omisiva propia o simple, desde que el verbo rector ("patrocinar") del artículo 385° del Código penal hace alusión, en primera instancia, a conductas desplegadas de carácter positivas-causales[564]. Aunque siempre quedará la duda existente de la admisión del delito de comisión por omisión o llamado omisión impropia (artículo 13° del Código penal); pues para ello, se necesitará que el funcionario/servidor público posea la calidad de garantía, con lo cual, en este punto no habrá demasiados problemas de interpretación, pues el funcionario/servidor siempre tendrá determinados deberes institucionales de protección y vigilancia con respecto a la administración pública en general; sin embargo, a nuestro juicio, el delito de patrocinio ilegal no tendría vocación dogmática para la convertibilidad a una omisión impropia, ya que dicho delito se trata de una estructura típica de peligro abstracto, o también llamado de delito de mera actividad[565].

Asimismo, es indistinto que el patrocinio sea desventajoso o ventajoso para los intereses estatales, pues puede resultar en algunos casos que los intereses que se patrocina sean coincidentes con los intereses de la administración, como por ejemplo si la contratación con determina-

---

(564) La Jurisprudencia penal nacional ha establecido, en relación a este punto, lo siguiente: "*Se refiere al patrocinio de intereses de particulares (personas naturales o personas jurídicas privadas) ante cualquier estamento de la administración pública. Importa abogar, gestionar los intereses de los particulares ante la administración para obtener a favor de estos, situaciones ventajosas en una situación determinada. Conducción que puede acontecer en los diversos niveles de la administración pública, sea en el ámbito judicial, legislativo, gubernamental, etc., solo a título de una modalidad comisiva, rechazándose la modalidad omisiva*". (Exp. 21-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012).

(565) Véase, en este punto, para mayor referencia nuestro trabajo: REATEGUI SÁNCHEZ, James; *La omisión impropia en el Derecho penal*, Lima, 2009, passim.

da empresa del ramo resulta ventajosa e idónea para la entidad estatal, pues la represión penal se fija en el torcimiento de la actuación pública que debe estar orientada a velar por el interés de la administración y no ser desplazada por el interés a favor de particulares[566].

El tipo penal bajo comentario no diferencia la licitud o ilicitud del interés del patrocinado, pues es suficiente que el funcionario o servidor haga mal uso de su calidad para patrocinar intereses particulares, estando impedido a ello por ética funcional, decoro y/o expresas prohibiciones o incompatibilidades. Lo que interesa es que el funcionario no use su investidura más allá de lo que permite la ley.

También resulta irrelevante la finalidad o el móvil que impulse al funcionario a patrocinar un interés privado; es decir, resultará irrelevante si el funcionario/servidor público ha realizado el acto de patrocinador ante la administración motivado a través de un tema económico-patrimonial; quizá sea relevante para otros tipos de delitos cometidos por funcionarios (por ejemplo, delitos de corrupción gubernamental: tráfico de influencia, cohecho pasivo y activo).

Indistintamente a la modalidad que se adopte, (sea que el patrocinio sea explícito o disimulado), el delito se configura siempre que los intereses privados que patrocina el funcionario o servidor público no correspondan a actos propios de su oficio.

Este patrocinio también comprende los casos de incompatibilidad de la función pública con actividades privadas, siempre y cuando lleve a actividades de patrocinio efectivo, como por ejemplo, si el juez ejerce como abogado ante otro juez de la misma jurisdicción a favor de un privado. La mera infracción a la incompatibilidad que no trascendiera a la administración pública sería impune, aunque sí pueda constituir una infracción administrativa, incluso grave, como sería el caso de magistrados que ejercen un negocio privado, etc.

---

[566] MAITA DORREGARAY, *"Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal"*, cit., p. 742.

No debe tratarse de intereses propios ni de los intereses de la administración pública, ni de intereses de particulares que el funcionario debe proteger en razón del desempeño de sus propias funciones, como por ejemplo el Defensor del Pueblo, etc.[567]

Se ha determinado también que si un funcionario o servidor público tiene la condición de imputado o procesado en un proceso penal, deja su condición de sujeto público para convertirse en un ciudadano particular que tiene que hacer su defensa personal en contra de la imputación, pues es en tal proceso penal que se determinará su responsabilidad penal, la misma que es personalísima. Más aún si se encuentra dentro de un proceso penal en el cual el Estado es el agraviado[568].

Abanto Vásquez señala que patrocinar significa algo más que interesarse. Se exige la verificación de actos concretos ante la administración pública que impliquen una intervención a favor de intereses particulares, sea que estos actos se realicen de manera personal o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.). Pero el funcionario deberá haberse identificado como tal; no interesa si la intervención busca algo legítimo o no, sino el "uso indebido" de la "autoridad" que reviste el cargo de funcionario.[569]

Es de acotar que la descripción típica no exige un patrocinio directo, esto es, que el sujeto activo acuda personalmente ante el funcionario en el que quiere influir. El tipo penal solo requiere que el agente se valga de su condición de funcionario o servidor público para patrocinar, de manera que cuando este solicita a otra persona que acuda ante un funcionario que tiene en sus manos una decisión sobre un particular, ya está patrocinando intereses privados, y, por tanto su conducta resulta subsumible en el tipo penal materia de análisis.

---

[567] MAITA DORREGARAY, *"Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal"*, cit., p. 743.

[568] MAITA DORREGARAY, *"Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal"*, cit., p. 744.

[569] ABANTO VÁSQUEZ. op. cit. pp. 274-275.

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

En cuanto al tipo subjetivo, el funcionario o servidor público debe actuar dolosamente, es decir, consciente de que se halla impedido de patrocinar intereses particulares y con la voluntad de contrariar la prohibición legal."[570]

La jurisprudencia penal de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en relación al dolo de este delito, ha dicho lo siguiente: *"El elemento subjetivo del tipo es el accionar doloso del agente, pues el funcionario o servidor público actúa conociendo que tiene impedimento de patrocinar intereses de particulares, pese a lo cual desarrolla la conducta prohibida"*.[571]

En otras palabras, se tendrá que verificar, en primer lugar, el dolo directo en la cabeza del autor. Para Salinas Siccha es un delito de comisión solo por medio de dolo directo, no es suficiente la comisión por dolo eventual.[572]

Sin embargo, a nuestro juicio, podría admitirse la posibilidad del dolo eventual, por ejemplo: el funcionario, con muchos años de experiencia en el sector estatal, se representa la idea que patrocinar a una empresa transnacional ante la SUNAT es algo ilegal; empero, ante una retribución económica mínima que le hace el representante legal de la empresa el citado funcionario acepta, y este último emprende la realización de la conducta típica aunque sin mucha motivación para el citado funcionario, casi diríamos por compromiso realiza la conducta; en este sentido, no hay dolo directo pero sí dolo eventual, que en realidad es un dolo al final de cuentas, y su configuración se reflejará en el injusto y obviamente en la pena a mensurar.

---

[570] ABANTO VÁSQUEZ. op. cit. p. 297.

[571] Exp. 21-2011 sentencia por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 30 de mayo de 2012.

[572] SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, cit, p. 301.

V. GRADOS DE CONSUMACIÓN DEL DELITO

El delito de patrocinio ilegal se trata de un delito de peligro (abstracto), de mera actividad, por tanto, se perfecciona con la simple realización de los actos de patrocinio ilegal por parte del sujeto activo. En otras palabras, se perfecciona típicamente en un solo acto en sentido jurídico: "patrocinar" (aunque este concepto puede abarcar varios comportamientos causales en tiempo y espacio: por ej. suscribir, aconsejar, entrevistas, seguimiento de expediente o carpeta, etc.).

En el mismo sentido, la jurisprudencia penal sobre el patrocinio ilegal ha señalado que: *"El injusto de patrocinio ilegal o incompatible pertenece a los tipos penales de* ***delitos de peligro****, por lo que no se requiere un resultado material, es decir, no se precisa que previamente se verifique el resultado en contra de la administración pública, sino que, lo que precisamente se reprocha y se trata de prevenir es el peligro que dicho patrocinio representa para el Estado; bastando para su comisión el hecho de representar a un particular ante la administración que lo cobija"* (énfasis fuera del original)[573].

Debe quedar claro que para efectos de la consumación no importa si ello se verifica con éxito o no, con beneficio patrimonial o no para el sujeto activo; en todo caso si se consigue la gestión planificada, dicho resultado formará parte del agotamiento del delito.

VI. CONTINUIDAD DELICTIVA

Como toda infracción penal cometido por funcionario/servidor en contra la administración pública, y el delito de patrocinio ilegal no podía ser la excepción, puede ser cometido no solo por varias personas sino también realizados por varios actos, cometidos por una misma y única persona, obviamente bajo una misma resolución delictiva temporal, que no es otra cosa que la verificación del patrocinio ilegal en el

[573] Exp. N° 477-97. Ejecutoria Suprema. En: El Código penal en su Jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 403.

marco de un delito de ejecución continuada (artículo 49° del Código penal).

Y de esto da cuenta, por ejemplo, el siguiente caso conocido por nuestro máximo Tribunal Judicial a través de la siguiente Ejecutoria Suprema, que a continuación transcribimos en su parte pertinente:

> *"QUINTO.- Que de otro lado, en relación al delito de PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES PARTICULARES, tenemos que se atribuye que los hechos constitutivos del referido delito se realizaron en la* ***modalidad de delito continuado****, por lo que es de vital importancia fijar el momento de inicio y el momento de cese de la actividad delictiva que se imputa respecto a este delito; así entonces, en lo referente al momento de inicio, se tiene de autos que, conforme a la imputación formulada contra el sentenciado sobre su presunta intervención y beneficio económico en los contratos celebrados por Corporaciones estatales de la República Popular China con el gobierno peruano en la década pasada, y atendiendo a que el inicio de su gestión pública data el mes de febrero de mil novecientos noventa y uno en que asume el cargo de Ministro de Industrias, Comercio, Turismo e Integración, el inicio de la presunta ejecución de este delito se ubica en dicho mes y año, y se evidencia inicialmente en los contratos suscritos para la compra de medicinas chinas y equipos médicos en el año mil novecientos noventa y dos celebrados entre el Ministerio de Salud de Perú y las Corporaciones Chinas "Guandong Medicines and health Procucts Imp & Exp. Corporation" y " Shanghai Medicines and Health Products Imp. & Exp. Corporation", por el monto total de tres millones ochocientos diecisiete mil novecientos treinta y ocho dólares americanos, conforme se aprecia del cuadro número siete de la pericia contable de oficio de fojas ocho mil doscientos cincuenta y cinco; y en lo referente al momento de cese de la actividad delictiva, atendiendo a que la operación de Overhaul celebrada en mil novecientos noventa y nueve ha sido juzgada y sentenciada bajo el tipo penal de cohecho pasivo propio, se tiene que la consumación del delito bajo análisis debe ubicarse, conforme al criterio fijado en la propia sentencia, en el último pago realizado a favor del sentenciado previo a dicha operación de Overhaul, esto es el pago ejecutado en fecha dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho*

realizado por "China National Constructional and Agricultural Machinery Imp. & Exp. Corporation", su monto ciento ochenta mil dólares americanos, conforme se precisa del mismo informe pericial antes invocado (Anexo tres punto siete de dicho informe); así entonces, se tiene que la actividad criminal continuada que se imputa se extiende hasta el mes de marzo de mil novecientos noventa y ocho, en ese contexto del análisis de los hechos en cuanto a este extremo y conforme lo ha establecido la sentencia materia de grado, el delito de patrocinio ilegal no presenta concurso ideal con ninguno de los otros delitos materia del fallo condenatorio (dicho concurso no ha sido alegado en ninguna etapa del proceso por los sujetos procesales, incluso el Ministerio Público no precisa nada al respecto en su dictamen), no solo porque cada uno de ellos se refiere a conductas absolutamente distintas en su forma, modo y momento de comisión, sino también porque el propio fallo impugnado no asevera expresa ni tácitamente la presencia de un concurso ideal. En ese contexto, descartada la tesis del concurso ideal y atendiendo a los efectos que otorga el tercer párrafo del artículo ochenta del Código penal para el cómputo de los plazos de prescripción, se tiene que el artículo trescientos ochenta y cinco del Código penal sanciona este delito con una pena no mayor de dos años de pena privativa de libertad, por lo que el delito habría prescrito en un plazo igual al de la pena (o en todo caso en el plazo de tres años, si se computa la prescripción extraordinaria). Que incluso aplicando la duplicidad del plazo de prescripción prevista por el artículo ochenta último párrafo del Código penal, la acción penal por este delito habría prescrito a los seis años contados desde el mes de marzo de mil novecientos noventa y ocho en que según la propia sentencia cesó la actividad delictiva; esto es que la acción penal ha prescrito en el mes de marzo del año dos mil cuatro, por ende corresponde emitir declaración en ese sentido, máxime si el procesado en esta instancia ha deducido dicha excepción como medio de defensa técnica".[574]

[574] Véase la Ejecutoria Suprema de fecha 20 de octubre del 2005, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, recaído en el Recurso de Nulidad N° 18-2001-05-LIMA.

VII. RELACIONES CONCURSALES

Debemos advertir que el delito de patrocinio ilegal puede concurrir con cualquier ilícito penal de la Parte especial del Código penal o legislación complementaria; por ejemplo, el funcionario público en el preciso momento que está patrocinando de manera ilegal intereses de particulares, puede cometer agresiones físicas en su afán de conseguir el resultado de la gestión (artículo 121° o 122° -doloso o culposo- del CP) a otro funcionario que está conociendo el caso; o puede hasta injuriar (artículo 130° del CP) o calumniar (artículo 131° del CP) al citado funcionario que está conociendo igualmente el caso.

Sin embargo, existen otros grupos importantes de figuras delictivas, que por su proximidad con el objeto protegido (ambos serían delitos cometidos por funcionarios o servidores en contra de la administración pública) o por su identidad parcial en el supuesto de hecho típico (concurso ideal) pueden concurrir de manera más recurrente, y así lo ha demostrado la práctica judicial, sobre todo de la justicia anticorrupción. Veamos cada uno de ellos:

- El tipo de patrocinio ilegal se diferencia del **tipo de tráfico de influencias**, en tanto que en el delito de tráfico, el sujeto activo es cualquier persona; en cambio, el patrocinio es un delito especial propio (funcionario o servidor público), así como en cuanto al elemento del provecho o ánimo de lucro que existe en el tráfico de influencias y no en el patrocinio.

  En el delito de tráfico de influencias se necesita dolosamente la intercepción de influencias, reales o simuladas, ante un funcionario o servidor público; mientras que en el delito de patrocinio ilegal se necesita "patrocinar" dolosamente ante la administración pública.

  Como es sabido, en el delito de tráfico de influencias lo que se protege específicamente son los procesos de formación de la decisión funcional ante un caso judicial o administrativo; en cambio, en el delito de patrocinio ilegal son los deberes de imparcialidad en la función pública en forma general, donde

el sujeto activo en este delito es un funcionario o servidor público que gestará intereses particulares ante la administración pública, y esa forma de gestionar, en realidad, se trataría también una forma de influir ante determinados funcionarios que están conociendo un caso; pero la diferencia está en que el delito de tráfico de influencia solo se necesitaría, para efectos de la consumación, una finalidad subjetiva de interceder ante un funcionario que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, suficiente para quedar satisfechos para la consumación típica.

Mientras que el patrocinio ilegal se necesitaría efectivamente el *patrocinio* del funcionario o servidor público ante la administración pública para precisamente consumar dicho delito. Igual en ambos delitos se trata de estructuras de mera actividad, de peligro abstracto, pero la diferencia está en los grados temporales de su ejecución: en el tráfico de influencias está en la forma de *interceder*, mientras que en el patrocinio está en el de *patrocinar*.

Ahora bien, un caso puede comenzar como "patrocinio" ilegal y terminar luego como tráfico de "influencia"; así, por ejemplo, un servidor público acepta patrocinar en forma indebida a un empresario ante la Municipalidad para la tramitación de la respectiva licencia de funcionamiento de su local, haciendo la atingencia de que el empresario quería lo más rápido posible la licencia; en ese sentido, el citado servidor público realiza un conjunto de gestiones –que abarca varias semanas– con el objetivo de alcanzar tal licencia.

Sin embargo, cuando entra a la oficina del Alcalde de la Municipalidad para sacar la firma respectiva, encuentra demasiados obstáculos; para ello el servidor público contrata los servicios de un "tramitador" relacionado en la citada Municipalidad, en otras palabras contrata a un "traficante" para que influya psicológicamente al Alcalde tanto en la decisión de fondo (para la firma) como en la rapidez en la emisión de la licencia.

En este caso, como hemos visto, existen dos infracciones penales cometidos por el mismo sujeto activo, separados en el tiempo y en el espacio (concurso real heterogéneos de delitos –artículo 50° del Código penal–): en primer lugar, se ha consumado el delito de patrocinio ilegal; y en segundo lugar, existe el delito de tráfico de influencia de un caso administrativo (tramitación de licencia) que un funcionario público (Alcalde) está efectivamente conociendo, y podemos agregar que se verifica una circunstancia agravante en el tráfico de influencia por la condición de servidor público del sujeto activo (artículo 400°, segundo párrafo, del Código penal).

- Asimismo, el patrocinio ilegal se distingue de las **"negociaciones incompatibles"**, en tanto que el patrocinio no requiere que la acción típica se refiera a la función específica del sujeto activo, elemento indefectible en la negociación incompatible.

  Como es sabido, el delito de patrocinio ilegal puede concurrir concursalmente de modo "ideal" con el delito de negociación incompatible (artículo 399° del Código penal); así, por ejemplo, un servidor público quien ha sido elegido para conformar el Comité de Licitación Pública dentro de una Municipalidad, para la compra de chompas deportivas para la institución; unos días antes para el otorgamiento de la Buena Pro, el citado servidor público se interesa de forma indebida por el referido contrato objeto de Licitación pública, preguntando permanentemente en la Oficina de Asesoría Legal, también al Área de Logística de la Municipalidad con relación a los términos de las Bases y al avance de las cláusulas del contrato; como es sabido hasta aquí se consuma ya el delito de negociación incompatible (artículo 399° del Código penal).

  Sin embargo, dentro de ese mostrado interés que ha realizado el servidor público, y por supuesto días antes de la celebración de la Buena Pro, el servidor público logra conectarse con uno de los proveedores empresarios del rubro de Chompas para que se presente inmediatamente a la licitación pública, y le ofrece –el

servidor público– los servicios de asesoramiento integral ante la Municipalidad para que el proveedor empresario salga beneficiado, para ello el proveedor acepta, y obviamente el servidor público emprende el patrocinio ilegal. Entonces, aquí en este caso concreto confluyen dos conductas típicas entrelazadas en tiempo y espacio: "interés" y "patrocinio", pero con la salvedad de que el comportamiento del servidor público tendrá que ser considerado como una "unidad de acción" (artículo 48° del Código penal).

- Ahora bien, el servidor público una vez que haya aceptado patrocinar –de modo ilegal– los intereses del proveedor empresario ante la Municipalidad, y durante el proceso de asesoramiento, el citado servidor público "obliga" de modo extorsivo al proveedor empresario para que le otorgue un dinero adicional, a cambio se seguir con el proceso de asesoramiento ante la Municipalidad; aquí en este comportamiento por parte del servidor público se presenta –además del delito de patrocinio ilegal– **el delito de concusión** (artículo 382° del Código penal).
- Por último, si seguimos la "cadena de corrupción y abuso funcional" de los casos expuestos, con respecto al mismo servidor público que acepta y recibe "dinero u otro tipo contraprestación" a cambio de patrocinar intereses de particulares ante la administración pública, esas ganancias obtenidas –de modo ilícito– también pueden ser consideradas como un delito autónomo, como un delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401° del Código penal), y si fuera el caso, también podría ser objeto de un **delito de Lavado de Activos** si el dinero es transformado o convertido en otro bien, agravado por la condición de servidor público (Decreto Legislativo 1106).
- También habrá que distinguir el delito de patrocinio ilegal de intereses privados de aquel **delito de patrocinio infiel** (artículo 421° del CP); en primer lugar, si observamos la ubicación sistemática del delito de patrocinio infiel nos daremos cuenta rápidamente que se encuentra incorporado dentro de los deli-

tos contra la administración de justicia, como una modalidad específica de "prevaricato"; mientras que el delito de patrocinio ilegal de intereses particulares el bien jurídico es un delito que afecta necesariamente a la administración pública en forma general.

Aunque aquí vamos a encontrar más similitudes que diferencias porque finalmente, y así lo ha dispuesto nuestro Código punitivo, todos los delitos en contra de la administración de justicia terminando siendo "subsumidos" en los delitos cometidos en contra la administración pública. Lo mismo podríamos decir de las consecuencias jurídicas, pues ambos delitos tienen el mismo margen de tiempo de la pena máxima: dos años de pena privativa de libertad, aunque el delito de patrocinio ilegal de intereses tiene además pena de prestación de servicios comunitarios.

En segundo lugar, el delito de patrocinio infiel solo lo pueden cometer dos personas específicas: el "abogado" o el "mandatario judicial" no ligados necesariamente a la administración pública, mientras que el delito de patrocinio ilegal solo lo puede realizar un funcionario o servidor ligado necesariamente a la administración pública, siendo irrelevante para efectos de la tipicidad la profesión –en este caso de abogado– que ostente el citado *intraneus*, basta que tenga o posea el vínculo institucional.

En tercer lugar, en el delito de patrocinio infiel, el abogado o mandatario judicial debe haber patrocinado o representado previamente a una de las partes involucradas en un proceso judicial o administrativo (defiende los intereses del acreedor tributario del Estado –SUNAT–), y luego es despedido el citado abogado por inconducta funcional, pero logra patrocinar o representar a la parte contraria (es decir al deudor tributario, que es una persona jurídica transnacional) en el mismo proceso administrativo que se seguía contra el acreedor tributario –SUNAT–. En cambio, en el delito de patrocinio ilegal

de intereses privados, el sujeto activo solo deberá patrocinar o representar intereses de una parte procesal involucrada en un procedimiento administrativo por ejemplo (en este caso al deudor tributario que es la persona jurídica transnacional), para quedar consumado dicho delito.

VIII. PENALIDAD

Tal y como se desprende del tipo penal, el responsable de la comisión de patrocinar intereses legales será sancionado con una pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas y la respectiva inhabilitación señalada por el artículo 426 del Código penal.

IX. EXTENSIÓN DEL TIPO PENAL A COLUSIÓN Y A PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES PRIVADOS

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

En el artículo 386º del actual Código penal (modificado por el artículo 1 de la Ley 26643 del 26-06-1996) se incorpora la siguiente descripción:

> *"Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o participación intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias".*

2. COMENTARIOS.

El artículo en mención hace alusión a una extensión con respecto a los tipos penales de colusión –simple y agravado– y de patrocinio ilegal de intereses privados; y este artículo está vinculado a la disposición que se menciona en el artículo 425º del Código penal, en el inciso 7, cuando señala textualmente: *"Los demás indicados por*

la Constitución y ***la ley***", y efectivamente la ley, a través del artículo bajo comentario (386°) es que perfila dos tipos de sujetos especiales (en primer lugar: peritos, árbitros y contadores particulares; y en segundo lugar, tutores, curadores y albaceas) es decir, que son personas que materialmente son sujetos *extraneus*; sin embargo para el Derecho penal, son formalmente "funcionarios o servidores públicos" de acuerdo al caso, porque cumplen un rol específico dentro de la a dministración pública, es decir, están vinculados institucionalmente, y por tanto, se les exige un deber específico de carácter institucional de corte "positivo".

Ahora bien, resulta irrelevante para efectos de la tipicidad, el hecho de que por ejemplo, el perito tenga un contrato de locación de servicios o un contrato de relación laboral con la Administración pública, porque aquí no es el régimen laboral ni contractual lo que da origen al estatus de funcionario/servidor público (porque ello ya está en el inciso 3 del artículo 425° del Código penal), sino simplemente es la ley –penal– la que marca el hilo conductor del nacimiento de un funcionario/servidor público para el Derecho penal.

Por otro lado, formulamos la siguiente pregunta con una perspectiva político-criminal: ¿Resultaba necesaria la incorporación del artículo 386° dentro de nuestro Código penal? En principio habrá que mencionar que cuando el artículo 386° señala: *"Las disposiciones de los artículos 384 y 385 son aplicables..."*, lo que está diciendo, en otras palabras, es que tanto en la conducta típica como en la consecuencia jurídica del delito de colusión y de patrocinio ilegal les será aplicable también a peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores o albaceas.

A nuestro juicio, y respondiendo la pregunta planteada, y teniendo en consideración las reglas de la Parte general del Código penal, era suficiente para solucionar –a través de la coautoría, inducción y complicidad– las múltiples intervenciones de personas dentro de un proceso de Contratación con el Estado: los peritos, árbitros, contadores particulares, hasta los interesados proveedores, etc., y lo que es más interesante aún, estas personas –y porque así lo prevé el artículo 386°–

también pueden ser consideradas como "coautores" de los delitos de colusión o de patrocinio ilegal de intereses privados.

En efecto, por ejemplo si el perito especializado realiza un informe de precios referenciales para un próximo proceso de contratación con el Estado para compras de chompas para una determinada institución pública, en la cual dicho perito realiza una sobrevaluación de precios; es obvio que si el perito –con o sin contrato con el Estado– será cómplice –si prestó colaboración o auxilio a otro funcionario/servidor– o será inductor –si influyó, determinó a un funcionario/servidor público a cometer el delito– de todos los delitos que cometa el sujeto especial, en este caso delito de colusión.

Sin embargo, también los "peritos", "árbitros", etc., pueden intervenir en un delito de patrocinio ilegal de intereses privados en calidad de coautores, por ejemplo, un servidor público del Poder Judicial ha aceptado el asesoramiento integral para favorecer a una persona jurídica privada, para llevar adelante un proceso de contratación con el Estado, y para ello el servidor público se vale de un perito que colaborará con él para todo el proceso hasta la adjudicación. Ambos tienen el dominio funcional del delito, ambos infraccionan el deber institucional de la norma positiva; por lo tanto ambos deben ser considerados co-autores de la ejecución del delito en mención, uno por exigencia del propio artículo 385º (servidor del Poder Judicial), y el otro por una ampliación del tipo penal (el perito, en virtud del artículo 386º).

X. CASOS JUDICIALES ANALIZADOS[575]

Resumiendo los hechos que se tuvieron por probados en el caso resuelto por la Sala Penal de Apelaciones, tenemos que:

a) El imputado sostuvo relación contractual con el Estado cuando ingresó a laborar a una empresa estatal como abogado, ha-

[575] En este apartado seguimos a: MAITA DORREGARAY, *"Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal"*, cit., Pág. 749 y 750

biéndosele designado en un cargo en virtud del cual ejercía funciones en tal entidad.

b) El imputado fue designado por escrito como abogado defensor de un funcionario público que laboraba en la misma institución donde el agente ejercía funciones, designación efectuada con anterioridad a la asunción del cargo en la entidad del Estado.

c) La defensa asumida por el imputado, que se inició en fecha anterior a la asunción del cargo público, continuó incluso durante el ejercicio del cargo en la institución pública donde ejercía funciones.

d) La defensa ejercida por el imputado, respecto al funcionario público de la misma institución, no se encontraba entre las funciones del investigado.

e) El ejercicio de la defensa efectuada por el imputado fue a favor del funcionario público implicado en un proceso penal que se le seguía ante el Poder Judicial, por delito contra la administración pública en agravio del Estado (en agravio de la institución en la que, tanto el imputado como el funcionario público procesado, ejercían funciones públicas).

f) El imputado al concurrir al órgano jurisdiccional para ejercer la defensa del procesado, se entrevistó en varias ocasiones con el juez de la causa, habiéndose presentado ante el Secretario de Juzgado también en diversas oportunidades, identificándose con el cargo de funcionario público que ostentaba.

g) En el ejercicio de la defensa penal que efectuaba el imputado ante el Poder Judicial a favor de su patrocinado, participó en distintas diligencias judiciales, efectuando informes orales, así como tramitando y recogiendo permisos judiciales de viaje a favor del procesado.

h) El imputado tenía pleno conocimiento de las incompatibilidades de su cargo, encontrándose entre ellas su obligación de abstenerse de patrocinar, asesorar, asistir o representar, directa o indirectamente a cualquier persona en cualquier materia en

proceso judicial donde el Estado sea demandante o demandado, esto es, sea parte procesal.

i) El imputado ejercía la defensa dentro de su horario laboral.

j) El imputado tenía acceso a información privilegiada de la entidad en la que ejercía funciones.

k) El imputado coordinaba estrategias legales con la abogada de su patrocinado, quien se encontraba procesado por delito presuntamente cometido con ocasión del ejercicio de sus funciones en la entidad perjudicada donde el imputado también ejercía funciones.

l) El patrocinado del imputado ya contaba con abogada defensora para su proceso penal, siendo esta última la esposa del imputado, por lo cual cobró sus honorarios profesionales.

CAPÍTULO DÉCIMO
EL DELITO DE PECULADO
EN EL CÓDIGO PENAL

I. ASPECTOS HISTÓRICOS Y EL OBJETO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO

Históricamente se ha dicho que el peculado o el *peculatus* en el Derecho romano era el delito que consistía en una forma agravada de hurto; era el *furtum publicae pecuniae*, constituido por el hurto de cosas pertenecientes a los dioses (*pecunia sacra*). Soler indica que el peculado "...para subrayar como característica esencial de este delito la existencia de un abuso de confianza: la cosa no debe haber sido *transferida*, sino *confiada*, lo cual vendría a un tiempo a diversificar el peculado del hurto, por una parte, y del *crimen residuorun*, por otra"[576].

El *peculatus* del Derecho romano (de *pecus*, sistema primitivo de transacciones) y se aplicó a la *pecunia sacra*, que requería el rito de la consagración pública, de manera que la ausencia de este requisito impedía la calificación de *peculatus* y se transformaba en hurto. En el Digesto se define el peculato como hurto de dinero público, entendiendo por tal el que pertenecía al pueblo romano, al Erario público, no el de los municipios. Las conductas podían consistir en: sustraer

---

[576] SOLER, Sebastián; Derecho penal argentino, tomo 5, p. 169: Por eso quizá Soler en el peculado haya dicho que "La razón para especificar la figura no residirá entonces en la naturaleza de la cosa, sino en el vínculo de confianza". También este criterio puede encontrarse en el Diccionario de la Lengua Española, tomo II, p. 1555 cuando describe que el peculado es el: "Delito que consiste en el hurto de caudales del erario, hecho por aquel a quien está confiado su administración".

(*auferre*) destruir (*interficere)* o distraer (*vertere in rem suam*) el Erario público".[577]

Soler definiendo al peculado ha señalado que "...el peculado es una retención indebida calificada, y que la calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado como propietario o guardián de ciertos bienes, y con abuso de función"[578]. Para Nuñez "...el objeto del peculado no reside, como se piensa, en la circunstancia de que se sometan *a riesgos* extraños a los fines del fisco, porque la criminalidad del hecho no reside en la razón objetiva de la inexistencia de esa especie de riesgos, sino en la razón subjetiva-objetiva de la violación de la seguridad de los bienes de que disponen las administraciones públicas..."[579]

Con relación al bien jurídico-penal protegido en el delito de peculado doloso o culposo, se protege el normal desenvolvimiento de propiedad en su aspecto estatal. El comportamiento típico criminalizado mediante el delito de peculado es el hecho de apropiarse o utilizar caudales o efectos pertenecientes a la administración pública y dar a los mismos un fin distinto al previsto desde un comienzo. El bien jurídico protegido por este delito es "el correcto funcionamiento de la administración pública". El comportamiento típico criminalizado mediante el delito de peculado es el hecho de dar al dinero o bienes que administra una aplicación distinta de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada. El bien jurídico protegido por este delito es "la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos" o el llamado principio de "legalidad presupuestal"[580].

---

[577] BLECUA, Ramón; "La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación, (estudio del artículo 397 del Código penal", en: ADPCP, 1985, pp. 767 y 768.

[578] SOLER, ob. cit., tomo 5, p. 180.

[579] NÚÑEZ, ob. cit., p. 113.

[580] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, pp. 384-385.

El bien jurídico protegido, en el delito de peculado, es el probo desarrollo de la actividad patrimonial de la administración pública por parte de los funcionarios públicos que en razón de su cargo, tienen el manejo de los bienes públicos[581]. Sin embargo, es de destacar que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, en el sentido de que el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado el garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y, por otro lado, evitar el abuso del poder del que se halle facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de honestidad, lealtad y probidad[582]. Al respecto, la jurisprudencia penal peruana ha dicho que "El delito de peculado que se le imputa (...), tiene como objeto de protección la intangibilidad de los interesados patrimoniales del Estado y controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar dineros públicos"[583]. Otra Ejecutoria Suprema ha señalado que el tipo penal de peculado no solo tutela el correcto desempeño de la función pública, sino también el patrimonio público unido al debido cumplimiento del derecho presupuestario[584].

---

[581] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; "Delitos contra la administración pública, Buenos Aires, 2001, p. 250.

[582] ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, Lima, 2000, p. 281.

[583] Expediente N° 11-01-Lima, Sentencia de fecha 28 de junio del 2004, SPE, "B" CSJ, en: BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto / NOLASCO VALENZUELA, José Antonio; Jurisprudencia penal generada en el subsistema Anticorrupción. Corrupción gubernamental, tomo I, Lima, 2006, p. 155.

[584] Véase, en este sentido, la Ejecutoria Suprema expedido por la Sala Penal Permanente Corte Suprema de Justicia R.N. N° 1228-2005-Ancash (Data 45 000) Denunciado: Elio Hernán Reyes Benavides; Agraviados: El Estado y la Unidad de Servicios Educativos de Marañón; Asunto: Peculado; Fecha: 1 de setiembre de 2005, quien señaló lo siguiente: "Se denunció al tesorero de una unidad educativa por haber cobrado un cheque que estaba asignado para los pagos por concepto de bonificación para docentes contratados, no habiéndose retribuido a cinco docentes cuando correspondía. Aún más, se habría adulterado la firma de recepción de dinero de cuatro de estos. La Sala Superior encontró responsable al agente del delito de peculado. Este formuló su recurso de nulidad,

sosteniendo que la sentencia no valoró las pruebas practicadas en el proceso, tales como el informe emitido por la entidad educativa de la cual dependía, que señalaba que el encausado cumplió con pagar lo que correspondía a los docentes. Acotó que la Sala sentenciadora no consideró la forma y circunstancias en que el dinero supuestamente retenido fue entregado en forma oportuna al jefe de auditoría, y que no se ha demostrado que medió dolo en su conducta. Además de ello, en su instructiva señaló que no se apropió del dinero en cuestión sino que dichas cantidades fueron entregadas a los profesores conforme se acercaban para el pago, y que solo se quedaron sin cobrar tres profesores porque laboraban lejos de la sede institucional. La Sala Suprema emite su fallo valorando los siguientes instrumentos de prueba: 1.- la pericia contable, según la cual el sentenciado en su condición de tesorero giró y cobró un cheque a su nombre, dinero que estaba destinado al pago en efectivo de bonificaciones para 36 docentes contratados; asimismo, del monto en referencia el imputado pagó la respectiva bonificación a la mayoría del personal docente. 2.- Una constancia que acreditaba que en el curso de la investigación realizada por la oficina de auditoría interna se devolvió dinero para que sean entregados a tres profesores, cantidad que dicha oficina trasladó a los beneficiarios; asimismo, otras constancias que dan cuenta que el imputado pagó 100 soles por ese concepto a los últimos profesores. 3.- Un informe que confirma las tres constancias antes citadas. En ese sentido, con las constancias antes señaladas y la declaración del jefe de auditoría interna de la unidad educativa del sector, el Tribunal Supremo advierte que pese a cobrar el íntegro de la suma asignada para pago de docentes contratados, el agente no retribuyó a cinco de ellos y que solo posteriormente, a raíz de las quejas de estos y de la investigación administrativa, recién cancela las deudas pendientes, incluso –según expuso el auditor– adulterando la firma de recepción de dinero de cuatro maestros. De acuerdo a las pruebas señaladas, se llegó a determinar que la conducta del imputado de no pagar a cinco docentes tipificó el delito de peculado. Y es que aquel se apropió del dinero que estaba bajo su control aprovechándose que había efectuado el cobro del cheque destinado al pago de docentes por concepto de bonificación, cantidad que recién entregó a sus beneficiarios una vez que estos reclamaron a la institución e intervino la oficina de auditoría interna. Ahora, aun cuando el imputado fue sancionado administrativamente con suspensión de seis meses, la Sala determina que en este caso no se está ante un supuesto de ne bis in ídem, constitucionalmente prohibido, porque las sanciones administrativa y penal no tienen aquí el mismo fundamento o, mejor dicho, no tutelan el mismo bien jurídico vulnerado. Así, el tipo penal de peculado no solo tutela el correcto desempeño de la función pública sino también el patrimonio público unido al debido cumplimiento del derecho presupuestario, porque existe un supuesto de relación de sujeción especial del imputado con el Estado al ser funcionario público y contra él se ha concretado el régimen administrativo sancionador. Finalmente, se señala que aunque el

En consecuencia, el acto criminal es perpetrado, por el supuesto autor, no por el hecho o acción de extracción de caudales de propiedad del Estado. La acción ilícita es de omisión funcional, y su efecto secundario, recién causa un daño patrimonial. Se trata de evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, asegurando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos al que están obligados los funcionarios o servidores"[585]. En esta medida, la norma resguarda la correcta administración de los intereses patrimoniales del Estado, evitando el abuso del poder conferido al funcionario público en razón de su cargo. Ahora bien, el tipo penal de peculado descrito en el artículo 387° del Código penal exige la concurrencia de elementos objetivos materiales para su configuración, los mismos que deben verificarse en la realidad a fin de preservar el principio constitucional de legalidad.

Por ello el sujeto pasivo normalmente será el Estado y la administración pública, concretamente la dependencia administrativa que se ve perjudicada por el actuar ilícito del sujeto activo del delito[586]. Por extensión se puede considerar como eventual perjudicado de este delito a un particular como consecuencia del acto ilícito de apoderamiento

---

imputado tardíamente cumplió con el pago a todos los docentes, la reparación civil no debe incluir la devolución de lo indebidamente apropiado; y que la pena de inhabilitación, conforme al artículo 57 del Código penal, no es objeto de suspensión condicional, por lo que debió ejecutarse inmediatamente".

(585) ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la administración pública, Lima, 2000, p. 281.

(586) Aunque debemos de tener en consideración lo dispuesto por la jurisprudencia penal peruana que ha señalado que, por ejemplo, la Municipalidad y el Estado no pueden ser simultáneamente agraviados en el delito de peculado *"El delito de peculado afecta el patrimonio y el orden funcional de la entidad estatal respectiva, y la municipalidad es un órgano autónomo en la administración y gestión de su patrimonio, por lo que el Estado -como Gobierno central- no puede ostentar concurrentemente con ella la calidad de agraviado del mencionado delito"* Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N° 2500-2007-Junín, quince de setiembre de dos mil ocho, (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2009, Tomo 1, Editorial Gaceta Jurídica, p. 197).

o utilización para otros fines de los fondos o caudales públicos, al tener una relación con la administración pública de carácter contractual u otro.

Rojas Vargas refiere que el objeto de protección del delito de peculado involucra un *elemento de naturaleza patrimonial*, en el sentido que se garantiza la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y por otro lado *un elemento funcional*, referido al quebrantamiento de los deberes de lealtad y probidad con relación al sistema de administración pública, del funcionario público que prevaliéndose de su cargo, dispone ilícitamente de una parte del patrimonio del Estado[587]. Sin embargo, es de precisar que para un sector de la doctrina, el elemento patrimonial debería ser ponderado por encima de la sola infracción de un deber funcional por parte del funcionario público, de suerte que el bien jurídico debería ser solamente el patrimonio de la administración pública, pero un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente al patrimonio de los particulares[588].

Posición que, a decir de Abanto Vásquez, sería compatible con la sistemática peruana, en la medida que: (i) el patrimonio del Estado se protege no solo desde la perspectiva que se vea lesionado a partir de una apropiación o sustracción material, sino también a partir del destino que se debe dar a determinados bienes públicos. Incluso el deber especial de cuidado que poseen los funcionarios públicos determina que este delito sea sancionado en una vertiente culposa, supuesto que escapa al ámbito de otros delitos patrimoniales comunes; (ii) los bienes del Estado presenten un carácter especial que los hace más importantes con relación a los bienes que integran el patrimonio de los parti-

---

[587] ROJAS VARGAS, Fidel, ob. cit., 2000, p. 281.

[588] En ese sentido, el profesor ABANTO VÁSQUEZ refiere que en España el bien jurídico protegido por este delito es "la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la administración pública de cara a servir a los intereses generales de la sociedad". ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, p. 333.

culares, referido a su finalidad pública; y (iii) nuestro Código penal en su artículo 80° contempla una cláusula a partir de la cual el plazo de prescripción se duplica para delitos cometidos "contra el patrimonio del Estado", con lo cual se presupone la existencia de delitos de esta naturaleza[589].

En esta medida, es de verse que la norma resguarda la correcta administración de los intereses patrimoniales del Estado, evitando el abuso del poder conferido al funcionario público en razón de su cargo. El sujeto activo del delito es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular, respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia en razón de su cargo. En nuestro medio el bien jurídico protegido por el delito de peculado ha sido entendido desde una doble vertiente, es decir nos encontramos ante un delito que cuya acción ilícita consiste en una omisión de carácter funcional, siendo que el efecto secundario de esta se traduce en una lesión de naturaleza patrimonial en perjuicio del Estado.

Sin embargo, lo cierto es que el funcionario o servidor público ha asumido una especial función de tutela por la naturaleza de las instituciones a las que pertenece. En esa medida los tipos de peculado (apoderamiento, uso, malversación, demora en el pago), no protege penalmente y en forma exclusiva los derechos de propiedad de los bienes públicos sino fundamentalmente la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado.

En la sistemática penal peruana, el delito de peculado se encuentra encabezando la sección III correspondiente al Capítulo II de los "Delitos cometidos por funcionarios públicos". No es un dato menor esta observación en la medida que por ejemplo, el delito de malversación de fondos (art. 398°) sería una especie de peculado, mientras que en el Código penal argentino o el español, el peculado es más bien una especie del delito genérico de malversación de caudales públicos.

---

[589] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. ob. cit., p. 334.

El peculado es más efectivo y concreto que la malversación, pues en esta todos los funcionarios con facultades para administrar, incluso el Presidente de la República puede cometer malversación de fondos. También este alto funcionario podría cometer peculado, pero bajo una condición más: la de operar sobre caudales o efectos que posea en virtud del cargo que ejerce. El delito de "peculado" llamado también "sustracción de caudales públicos", delito de malversación por distracción de caudales o efectos públicos. En el art. 387 CP –segunda parte– el peculado se agrava cuando los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En igual sentido se puede observar en la malversación de fondos (art. 389° CP –segundo párrafo).

El peculado es un tipo penal que sanciona la deficiente administración de los fondos públicos. Es la mala disposición de los caudales o efectos por parte de quien tiene facultades de hacerlo, precisamente por ocupar el cargo público. El punto está en que también se sanciona al inexperto e incapaz (culposo) funcionario público que no se dio cuenta que otro (funcionario o no) se apropie-utilice los caudales o efectos públicos. Sin embargo, en el delito de malversación de fondos también es una especie de mala administración de los fondos públicos, pero la diferencia con el peculado, es que en aquel los fondos se desvían a un destino distinto del que tenían inicialmente, pero dentro del marco de la administración pública.

En cambio, en el peculado se produce un desvío de los fondos pero situado fuera de la administración pública, porque tienen como objetivo que los fondos representen un provecho económico para el mismo funcionario o de un tercero. Es por eso que el peculado tiene vinculaciones con algunos delitos contra la propiedad (porque los fondos públicos van a "propiedad del funcionario") específicamente con el hurto y la apropiación ilícita, y en cierta medida con la estafa por abuso de confianza.

En los delitos patrimoniales como el hurto, robo, estafa, etc., el bien jurídico tutelado de manera general es el patrimonio, entendién-

dose que está constituido por la suma de valores económicos puesto a disposición de una persona, bajo la protección del ordenamiento jurídico[590]. Sin perjuicio de lo anterior, se considera que concretamente el objeto de tutela penal es el derecho de propiedad que comprende el derecho de posesión sobre un bien al ser la posesión inherente al dominio; donde el sujeto pasivo de esos delitos puede ser cualquier persona que tenga derecho a la propiedad o la posesión de bien mueble, pudiendo ser tanto una persona natural como una persona jurídica.

En el peculado de uso no existe un ánimo de dominio sobre el bien, solo existe el ánimo de servirse del bien. Ello explica por qué el delito de peculado se encuentre en el capítulo referido a los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública y no en el capítulo referido a los delitos contra el patrimonio[591].

II. ASPECTOS ESENCIALES DEL ART. 387° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO: EL PECULADO DOLOSO POR APROPIACIÓN-UTILIZACIÓN

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE PECULADO EN EL PERÚ

El art. 387° del Código penal tipificaba (con la reforma que hubo en el año 1993, a través de la Ley N° 26198), en su Capítulo II, Sección III, el delito de peculado quedó de la siguiente manera:

---

(590) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto; GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de Derecho Penal, Parte Especial. 4° Edición, aumentada y actualizada, Lima 1998, Editorial San Marcos, p. 285. Así lo ha señalado nuestra jurisprudencia en el R.N. N° 821-99 La Libertad de fecha 11 de noviembre de 1999, "en el delito de robo se atacan bienes jurídicos de tan heterogénea naturaleza, como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo. No es más que un conglomerado de elementos típicos en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo."

(591) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2002. p. 330.

"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años."

Sin embargo, hubo en el Perú una reforma integral del delito de peculado en el Código penal peruano, a través de la Ley N° 29703 de fecha 09 de junio del 2011, en la que dicho delito quedó redactado de la siguiente manera:

"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, ***o consiente que un tercero*** *se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro ni mayor de ocho años".*

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años".

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena

privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años".

Ahora bien, luego de un breve tiempo se produjo otra nueva modificación a través de la Ley N° 29758 de fecha 21 de julio de 2011, y quedó redactado el delito de peculado en los siguientes términos:

"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, **para sí o para otro**, *caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.*

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor a doce años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no mayor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años".

TEXTO ACTUAL

El delito de peculado quedó modificado de la siguiente manera:

"Artículo 387. Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; 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.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa."

(Modificado conforme al Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre del 2016)

2. SUJETO ACTIVO

Lo primero que debemos destacar, conforme al modo en que nuestro legislador ha concebido el delito de peculado es que nos en-

contramos ante un delito de especial[592], en el sentido que el círculo de autores se encuentra restringido solo a quienes ostentan la calidad de funcionarios o servidores públicos. En esa medida sujeto activo del delito de peculado únicamente podrá ser quien tenga con el Estado una relación funcionarial específica. El sujeto activo del delito es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia.

A contrario de lo que sucede con el sujeto activo de los delitos patrimoniales que puede ser cualquier persona, los tipos penales no exigen que el agente cuente con determinadas cualidades o condiciones; solo exige que el agente se haya apoderado de un bien ajeno o parcialmente ajeno mediante la sustracción. En lógica no podrá ser sujeto activo del delito de hurto el propietario de tales bienes. Si llega a determinarse que la sustracción la ha realizado el propio propietario del bien a un posesionario, por ejemplo, no será autor de un delito de hurto sino del delito de apropiación ilícita[593].

Así también, tampoco es sujeto activo de hurto simple el poseedor inmediato del bien que estando obligado a devolverlo opta por apropiarse indebidamente del mismo, pues en este caso, la conducta constituye un supuesto de apropiación ilícita. Por otra parte, constituye circunstancia agravante del delito de hurto, cuando el hecho es

---

[592] Conforme a las clasificación de los delitos según los sujetos encontramos que estos pueden ser: (i) comunes. Cuando la norma no hace ninguna limitación con relación al círculo de eventuales sujetos activos del delito, en ese sentido, son delitos cuya generalidad hace que puedan involucrar, desde una perspectiva de autoría, a toda la colectividad por igual; (ii) especiales. Los delitos especiales por el contrario, son aquellos que exigen la concurrencia de determinadas cualidades en la persona del sujeto activo, en el caso en particular la de ser funcionario o servidor público, por ejemplo. Los delitos especiales se dividen en propios e impropios. A mayor abundamiento, Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Lecciones de Derecho penal. Parte general. Ed. Praxis, 1999, p. 155.

[593] SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra el patrimonio. 2° Edición, Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 57.

realizado mediante el concurso de dos o más personas, y solo se alude con esto a que bastará el acuerdo entre los individuos para aplicar la agravante.

3. CONDUCTA TÍPICA

La acción típica en el delito de peculado está conformada por los verbos rectores "apropiar" o "utilizar". En cuanto al concepto de "apropiación", parte de la doctrina distingue entre el acto de apoderamiento y la sustracción, entendiendo que el "apoderamiento" sería sustraer la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para ingresarlo en la propia esfera; por otro lado la "sustracción" solamente implicaría "apartar, separar, extraer" la cosa de la esfera de custodia en que el bien se encontraba legalmente. A contrario sensu, la doctrina italiana ha sostenido una interpretación distinta, entendiendo que la apropiación sería no cumplir con devolver o entregar a tercero una cosa recibida con esa finalidad, lo cual incluso podría incluir la simple sustracción. Sin embargo, el criterio para definir la "apropiación", en opinión predominante por la doctrina nacional es que el acto de apropiar estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos, y este criterio encierra tanto el acto de apropiar como el de sustraer, pues implicaría que el sujeto activo es quien sustrae bienes o caudales ya sea en beneficio de él (peculado propio) o en beneficio de un tercero (peculado en su modalidad de apropiación a favor de tercero).

En este caso, el tipo penal contenido en el artículo 387° del Código penal presenta 4 modalidades delictivas distintas, a saber:

- Peculado doloso por apropiación para sí.
- Peculado doloso por apropiación para tercero.
- Peculado doloso por utilización para sí.
- Peculado doloso por utilización para tercero.

4. EQUIPARACIÓN ENTRE EL HURTO Y EL PECULADO: LA SUSTRACCIÓN

La acción típica consiste en: "apoderarse ilegítimamente de un bien mueble". Esto comprende: (i) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor –de su esfera de posesión– a del sujeto activo; (ii) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma. Ahora bien, el apoderarse implica adueñarse de un bien, ocuparlo, ponerlo bajo su poder, luego de haberlo sustraído del lugar donde se encontraba.

En tal sentido Bernal Cavero señala: "cuando en la forma del delito de hurto se emplea el verbo 'apoderarse', debe entenderse como una acción típica inherente al hurto que consiste en la posibilidad de realizar materialmente sobre el bien actos dispositivos; posibilidad que carecía antes de la acción porque el bien se encontraba en poder de otra persona, fuese propietaria o, simplemente tenedor o poseedor"[594]. En efecto, a tener de lo acotado por el art. 185° de nuestro Código penal se requiere la sustracción de la cosa, esto es la separación del bien del ámbito de custodia del propietario o del legítimo tenedor; así como la incorporación de esta dentro de la esfera de organización del agente.

De lo anterior, pues se desprende que para configurar la tipicidad objetiva del delito de hurto se tiene que verificar que el poseedor de hecho, es decir, el agente que se ha apoderado del bien de manera ilegítima, posea una disponibilidad potencial, que no efectiva sobre la cosa – de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos– a efectos de establecer un resultado típico, verificable y que comporte una vulneración al bien jurídico que la norma penal tutela.

---

[594] BERNAL CAVERO, Julio; Manual de Derecho penal. Parte especial. Los delitos de hurto y robo en el Código penal, Lima, 1998, p. 35.

Por otro lado, es importante determinar el modo de comisión del delito de hurto, el cual se da través de la "sustracción", no exigiéndose como parte de la tipicidad del delito la "violencia o amenaza" pues estos son modos de comisión que configuran el delito de robo. El término sustracción debe entenderse como un hecho material que constituye un medio obligado para lograr el apoderamiento. Por tanto, esta acción puede tener lugar no solo con la aprehensión manual del bien por el agente, sino que este puede valerse del empleo de fuerzas extrañas, como sería utilizar un perro adiestrado, un niño, etc.[595]

El tipo penal se verifica a través de la utilización de caudales o efectos del Estado. La utilización, supone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y una aplicación privada temporal de los bienes sin consumirlos, es decir la utilización implicaría desviar de manera temporal el destino de determinados bienes del Estado, o sea bienes que tienen como destino el cumplimiento de una función pública, se destinan a determinados trabajos de carácter privado[596]. En Argentina coincide Donna: "...sustraer... [es] separar o apartar los bienes... de la administración pública". En el mismo sentido Boumpadre. "la "sustracción "... [es]separar, apartar, quitar los bienes de la esfera de actividad... de la administración pública"[597]. Mir Puig apunta que el término legal "sustraer" debe ser entendido en el sentido amplio de "expropiar" (que comprende las modalidades de apoderamiento y de apropiación)[598].

Existen legislaciones penales que para la consumación del peculado doloso se exige solo la mera sustracción del agente público de los bienes del Estado, sin hacer mención expresa a ningún componente de enriquecimiento o provecho subjetivo: así el Código penal de Ar-

---

[595] BERNAL CAVERO, ob. cit., 1998, p. 37.

[596] Sobre el particular, ABANTO VÁSQUEZ. ob. cit., pp. 344-345.

[597] DONNA, Edgardo; Derecho penal. Parte especial III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 277.

[598] BOUMPADRE Jorge, Delitos contra la administración pública, Argentina: Mave, 2001, p. 251.

gentina (art. 261) "*...el funcionario público que* ***sustrajera....***"; el antiguo Código penal de España (art. 394) "*El funcionario público que* ***sustrajera...***"; el Código penal de Francia (art. 169) "*Todo recaudador, empleado en la recaudación o escribiente que hubiese hurtado o* ***sustraído...***"; el antiguo Código penal de Italia (art. 168) "*El funcionario público que* ***sustraiga...***", y actual Código penal (art. 314) "...se apropia de ello...". Ahora bien, nuestro Código penal describe la sustracción en el peculado culposo (art. 387 –segundo párrafo–). Equiparan la acción de sustraer con la de apoderarse del hurto. Es decir, para averiguar los contornos generales del concepto de apropiación en el delito de peculado tenemos que saber previamente lo que se ha comentado en relación al delito de hurto.

5. LA APROPIACIÓN EN EL PECULADO

Existe otro grupo de legislaciones penales que exigen algo más que la mera sustracción en el peculado, ahora se trata de que el sujeto activo se "apropie" de los bienes públicos. Así, el Código penal de Bolivia (art. 142) "*...que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare...*"; Código penal de Uruguay (art. 153) "*El funcionario público que se apropia...*"; Código penal de Brasil (art. 312) "*Si el funcionario público se apropiare...*". Sin embargo, aquí caben dos posiciones: para un sector de la doctrina no es posible sustraer lo que se tiene en posesión, de manera que encontrándose el funcionario público en esa situación, la conducta que debería realizarse es la de apropiación. Para otros argumentan que la idea de sustraer se relaciona con apartar, separar, extraer y no es óbice para materializar la acción expresada en el verbo que los caudales o efectos estén en posesión del funcionario público[599].

[599] MIR PUIG, Carlos; Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal, 2000, p. 299. FERREIRA, Francisco José, ob. cit., 1995, p. 30. La sustracción se entiende como apropiación, y por eso la llamamos apropiación apropiativa.

El peculado doloso por "apropiación" exige que el bien haya salido de custodia de la Administración pública. A decir Rojas Vargas: "... [se concreta] apartándolo de la esfera funcional de la administración pública... y colocándose en situación de disponer de los mismos"[600].

6. LA APROPIACIÓN Y EL ÁNIMUS DE APROVECHAMIENTO

Los verbos rectores que integran la conducta típica son apropiarse y utilizar, bien sea en beneficio del mismo funcionario o servidor público "para sí" o de un tercero "para otro". El término apropiación descrito por el tipo, en un primer momento puede remitirnos a la conducta típica del delito de apropiación ilícita, en el sentido que este tipo penal se verifica en el momento en que opera una "apropiación ilegítima" de un determinado bien mueble por parte de la persona del sujeto activo. Es decir, el delito de apropiación ilícita se consuma cuando el sujeto activo del delito, incumpliendo una obligación específica de devolución o de hacer un uso determinado, se apodera de un determinado bien mueble, incorporándolo de manera ilegítima a su patrimonio.

Sin embargo, las posibles similitudes entre el contenido de ambos tipos no debe llevarnos a restringir el ámbito de la tipicidad del delito de peculado a la mera verificación del apoderamiento del funcionario o servidor público de los bienes del Estado que administra en razón de su cargo, sino que el elemento "apropiación" descrito por la conducta típica del delito de peculado, constituye un estadío posterior a un supuesto de apoderamiento, pues implica que el funcionario o servidor público dispone de la cosa como si fuera el dueño (usa o vende, por

---

[600] Véase, NÚÑEZ, Ricardo; Tratado de Derecho penal, tomo quinto, volumen II, Parte especial, Córdoba, 1992, p. 114, "La sustracción no equivale al apoderamiento constitutivo del hurto, porque no implica un acto de apoderamiento del bien cuya tenencia está en manos ajenas". En este sentido: C.A. La Plata en lo Penal, Sala III, 29-IV-1993: "La acción del verbo 'sustraer', no equivale al apoderamiento constitutivo del hurto, porque sustrae en el sentido del peculado, el funcionario que se apropia ilegítimamente de los caudales o efectos públicos que administra, custodia, o percibe. No puede desapoderar, quien tiene en su poder legítimamente".

ejemplo). En tal sentido, la apropiación implica que el funcionario o servidor público dispone del patrimonio del Estado como si fuera su legítimo dueño. La jurisprudencia penal ha señalado que en el peculado requiere que el funcionario se coloque en situación de apropiación-disposición de los caudales y apartados de la esfera pública. Así: *"No se configura el delito de peculado si el agente no se ha apropiado de los caudales o efectos pertenecientes al Estado, apartándolos de la esfera de función de la administración pública y colocándolos en situación de disponer de ellos; o no los ha utilizado, aprovechándose de las bondades que permiten dicho bienes, sin el propósito de apoderárselos"*(601).

Por último, también puede ubicarse hasta un tercer grupo en el ámbito legislativo comparado que exige en el peculado doloso además de la mera sustracción y de la apropiación de los caudales públicos, le agregan a la misma descripción típica la expresión "un provecho propio o de un tercero". El antiguo Código penal de Colombia (art. 133) "El empleado oficial que apropia en provecho suyo o de un tercero...; Código penal de Portugal (art. 424. I) "El funcionario que ilícitamente se apropiare, en provecho propio o de otra persona..."; y el Código penal de 1995 (art. 432, 1) "La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajera...". Esto es, además de las definiciones aludidas, se advertirá que para algunos en el aspecto subjetivo quedará satisfecho con el dolo, para otros tal aspecto exigirá un dolo específico. Debemos enfatizar que el elemento "para sí o para otro" en el peculado del art. 387 CP, lo que quiso decir el legislador peruano es "en provecho propio o para otro". No es lo mismo el ánimo de lucrar y el ánimo de apropiarse.

La Convención Americana contra la Corrupción, Artículo XI Desarrollo progresivo, en su artículo primero estipula "A los fines de impulsar el desarrollo y la organización de las legislaciones naciona-

(601) Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 3412-2007-AMAZONAS, de fecha veintiocho de marzo de dos mil ocho. Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2010, Tomo 10, Editorial Gaceta Jurídica, p. 179.

les y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas: [...] b) El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio de un tercero por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada. d) La desviación ajena a su objetivo que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa".

La descripción típica de "apropiación" y "utilización" de los caudales o efectos resulta un problema de interpretación, en la medida en que son muy pocas las diferencias que existen entre uno y otro. Pues, se recurre a elementos subjetivos poco claros para diferenciarlos: ánimo de apropiación definitiva o ánimo de apropiación temporal. Además porque ocasiona una tipicidad superpuesta en la misma estructura del peculado con el art. 388 CP (peculado de uso) al sancionarse la conducta del "...funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use...". El término "sustraer" nada tiene que ver con el "apoderamiento" de los delitos de hurto y robo, pues esta doctrina considera que lo único que cambia en el delito de peculado es la condición del agente y la calidad de la cosa.

En la doctrina argentina se critica el empleo de la expresión sustracción en el peculado, cuando en realidad debió haberse utilizado el verbo típico apropiación. Incluso, quienes se enrolan en esta posición van de suyo que exijan un ánimo de lucro que se sostiene forma parte del tipo objetivo. Sin embargo, la apropiación del peculado es algo más que el apoderamiento del hurto: en este es la simple sustracción, pero omitiendo la cosa a su verdadero poseedor. En el peculado, la sustracción pone al Estado fuera de la órbita de disponibilidad de sus caudales. Esto quiere decir que quien los sustrae no necesariamente los

disfruta o goza, pero comete el ilícito con el solo hecho de colocarlos fuera de su alcance dispositivo.

El peculado, tal y como está previsto en nuestro Código vigente, no contiene descripciones de medios especiales de comisión, por lo que resulta indiferente la manera en que el funcionario público logre apoderarse los caudales o efectos. El acto de apoderamiento puede no consistir en una aprehensión material por parte del funcionario, sino que puede que otro lo sustraiga teniendo la posibilidad el funcionario encargado de la custodia, de evitar la sustracción de los caudales. Es decir no haga las acciones necesarias (omisión impropia) para impedir el resultado. La apropiación es en realidad también una sustracción, un acto de dominio, tanto para sí como para otro, puesto que en ambos supuestos se dispone de la cosa ajena como si fuere propio, superando las dificultades correlativas al vínculo existente con esa cosa ajena, que está circunscrito a la naturaleza de una posesión y de una posesión.

Entre la sustracción que significa el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia y dominio de la administración pública, con aprehensión física de los mismos por parte del mismo sujeto activo, que sería la fase mínima de ejecución y luego si el agente público ejerce una mínima disposición de los caudales o efectos públicos puede presentarse la interrupción del proceso ejecutivo del delito de peculado, con lo cual quedará en grado de tentativa. Habrá supuestos donde la sustracción se confundiría con la disposición, no puede haber disposición si antes no existe una sustracción, pues mediante ella es donde se le aleja del ámbito de dominio de Estado. Así, en el hurto por ejemplo, la sustracción es el medio para el apoderamiento. En el Derecho argentino, el hurto *comienza* con la sustracción. En suma, el apoderamiento-utilización en el peculado comprende dos estadios de análisis y de límites: la mera "sustracción" sería una tentativa y la "mínima disposición" y una "relativa irrecuperabilidad de los caudales públicos" sería ya una consumación formal.

A veces, puede presentarse el caso que quien sustrae físicamente no sea el mismo quien dispone finalmente de los caudales públicos. En tal sentido, lo más importante en el delito de peculado, no será quien realice la sustracción (actos materiales de apartar los caudales de la administración pública) sino fundamentalmente quien en última instancia disponga siquiera mínimamente de los caudales públicos (actos de dominio de los bienes públicos como si fueran propios en beneficio de sí mismo o de un tercero). Habrá que tener en cuenta que el art. 387 CP prescribe que la apropiación-utilización de los caudales públicos puede hacerse "en cualquier forma", es decir, entonces, que los actos de disposición pueden ser mediante retenciones definitivas, enajenaciones (oneroso o gratuito), destrucciones o el consumo de la cosa.

Los caudales siempre están ya en poder del sujeto activo, pues por definición legal se encuentran a su cargo por razón de sus funciones, y por tanto, no puede decirse con propiedad de "sustracción".

Apropiarse de un bien del Estado, estando este bajo la disponibilidad de servidor público (autor) no significa siempre desplazarlo materialmente del dominio o utilización de la función pública. La apropiación puede hacerse mediante operaciones contables, transferencias telegráficas de fondos o actos de dominio, aunque el bien no haya sido desplazado de un lugar a otro. En el peculado, la sustracción pone al Estado fuera de la órbita de disponibilidad de sus caudales. Esto quiere decir que quien se los sustrae no necesariamente los disfruta o goza, pero comete el delito con el solo hecho de colocarlos fuera de su alcance dispositivo.

El título quizá más amplio sea el de administración, puesto que comprende a la percepción. *Administrar* supone disponer y, en ciertos casos, también destinar los bienes que son objeto material del peculado. La *percepción* es la facultad por la cual se reciben bienes para la administración pública, lo que tiene indudable referencia a la cobranza

de tributos o derechos[602]. No es forzoso que se reciban en propiedad, puede ser en calidad de depósito, garantía o situaciones semejantes; pero los bienes son para la administración pública. La *custodia* consiste en tener los caudales o efectos bajo cuidado y conservación del funcionario público, sea a título de depósito o a otro que signifique la tenencia de los bienes. Por consiguiente, la vigilancia sin tenencia, como puede ser la policial, no implica custodia en el sentido del peculado.

7. EL ELEMENTO "POR RAZÓN DEL CARGO" COMO PRESUPUESTO OBJETIVO. VINCULACIÓN FUNCIONAL

El apoderamiento en el peculado implica dos formas de relaciones jurídicas: la del funcionario público con la administración pública que forma parte, según la ley y las disposiciones pertinentes, y la del funcionario público con los bienes que estos posean por "razón del cargo" (no en "ocasión del cargo"). El peculado no sanciona a cualquier funcionario público, sino a quien ha confiado la administración

---

(602) Véase, en este sentido: ESTRELLA, Oscar Alberto /GODOY LEMOS, Roberto; Código penal, Buenos Aires, tomo 3, p. 414 "La sustracción, como acción típica del peculado, significa 'apartar', 'separar', 'extraer' o 'quitar' los bienes del ámbito de tenencia en que se encuentran dentro de la administración pública y en virtud de lo dispuesto por las leyes, reglamentos u órdenes, aun cuando simplemente el ánimo del agente sea el de apartar la cosa de la esfera de tenencia de la administración". BEGLIA ARIAS, GAUNA; Código penal y legislación complementaria, Buenos aires, 2003, p. 661 "En cuanto al hurto, se ve inmediatamente la separación entre una conducta y otra, pues la acción de sustraer, del peculado, implica **sacar algo** de la esfera de custodia, mientras que la de apoderamiento del hurto, aparte de violar la tenencia de otro (aun la mera tenencia) significa también y necesariamente, ponerla en la propia esfera de disponibilidad. Es por eso que en el delito de peculado puede haber lesión patrimonial, pero esta es ajena la esencia del delito". DI GIORGIO, Julio César; "El sentido del verbo sustraer en el delito de peculado", en: Donna, Edgardo Alberto (Dir.) Revista de Derecho penal, Buenos aires, 2004-I, pp. 133 y 134 "...el hecho de que los caudales estén en poder del funcionario público, como dispone el tipo, no es incompatible, al menos por ahora, con el significado socialmente otorgado al término sustraer, pues si la acción expresada por dichos verbos –según se dijo– apartar, separar, extraer, perfectamente puede realizarla aquel que tiene bajo su órbita tales objetos".

de los caudales o efectos[603], por eso a nuestro juicio, aquí radica uno de los presupuestos objetivos del peculado. Por ejemplo el elemento limitante "por razón de cargo" también se incorpora en el delito de enriquecimiento ilícito (art. 401 CP antes de la reforma de 2004 decía que *"El funcionario o servidor público que, por razón del cargo..."*). La importancia de la relación funcional se explica por cuanto el delito de peculado trasciende la simple esfera patrimonial reprochando más bien la violación flagrante a los deberes de garantía y confianza que fueron asumidos por el funcionario o servidor público en razón de su cargo[604].

El elemento "por razón del cargo" puede interpretarse en dos sentidos: en *sentido lato* referido a la expresión "con ocasión de" o "en consideración a", cualquier funcionario público quedará vinculado a la entrega o custodia de los caudales o efectos públicos, aunque sea por circunstancia ocasional. Un punto de vista como el señalado amplía y extiende de manera exagerada el ámbito de protección de la norma penal, llegando a una sobrecriminalización de los comportamientos funcionariales.

En sentido estricto, a diferencia de la anterior, cabe la posibilidad que entre la función pública y tenencia de los caudales o efectos deba existir una determinada relación de dependencia normativa[605]. El delito solo podría perfeccionarse luego de comprobar que existe una "vinculación funcional" del sujeto con respecto a los caudales y efectos públicos. Aquí se suscita una interrogante, ¿es suficiente la entrega facultativa o es necesaria que la entrega sea obligada o determinada por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas? La ley penal no se refiere a la entrega facultativa sino a la impuesta o aquella autorizada por las

---

(603) ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la administración pública, 3ª ed.. Lima, Grijley, 2002, pp. 335-336.

(604) MARTINEZ LÓPEZ, Antonio José; Régimen penal de la función pública, Bogotá, 1997, p. 24.

(605) DONNA, ob. cit., tomo III, p. 276.

disposiciones administrativas, en cuanto otorgan *competencia*[606] al funcionario o servidor para realizar dichas funciones.

Es cierto que los objetos materiales del peculado pueden ser materia de apoderamiento o utilización por parte de cualquier persona, o sea que pueden ser tipificados como un hurto básico (art. 185 CP) o de uso (art. 187 CP). Sin embargo, sostenemos que el peculado es una configuración típica distinta al hurto y a la apropiación ilícita aunque comisivamente sean similares, y es que al funcionario público –a través de una ley, reglamento, decreto o una orden emanada del Estado– se le ha *confiado* y está más *próximo* al cuidado y tenencia de los caudales o efectos públicos.

Un funcionario público, si no posee los caudales o efectos por razón del cargo, por más funcionario estatal que sea –por muchos años– en una determinada dependencia no comete peculado; de la misma manera, un particular puede apoderarse del dinero del Estado, lo puede hacer reiteradamente y ante los ojos de sus compañeros de oficina, pero si no posee la calidad de funcionario público tampoco se le puede imputar el delito de peculado. En efecto, la diferencia más contundente está en la calidad del sujeto activo que en la calidad de la cosa.

"Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es

---

(606) También esta discusión podría plantearse con respecto al delito de "malversación de fondos" (art. 389) que prescribe: "El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que **administra**...".

de la administración pública (Exp. N° 43-2006, Ej. sup., 20-12-2006, 1° S.P. Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en: Jus Doctrina y Práctica, N° 2, Lima, 2007, p. 93)[607].

En este sentido debemos identificar la participación del sujeto activo, el cual tiene necesariamente que desempeñar el cargo de "funcionario público", esta conducta típica deberá significar siempre una violación del "deber especial" que tiene el funcionario público en relación con el objeto específico; no bastará que los hechos hayan sido realizados "con ocasión" del ejercicio de las funciones o que el sujeto se arrogue funciones públicas, ya que en el delito de peculado, no es autor cualquier funcionario público, sino solamente aquél que tiene el deber especial de administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos materia del delito[608]. Para que un funcionario pecule, no basta con que el

---

[607] Ejecutoria suprema de fecha 16 de julio de 2007 (Recurso de Nulidad N° 1826-2006), expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, que señala: Sexto: Que, a mayor abundamiento, lo discutible en la conducta del imputado no se refiere a que con posterioridad a los hechos haya efectuado los trámites para regularizar la situación tributaria de los afectados, o que haya tratado de restituir el dinero sustraído con su propio peculio, argumento último, con el que insistentemente el recurrente ha tratado de justificar su proceder, presentando copia fotostática simple de su boleta de pago a fojas ochenta y seis, puesto que, lo cuestionable en su accionar es haberse apropiado de los dineros que le eran entregados por los contribuyentes, aprovechando la facultad que le había otorgado la municipalidad agraviada para captar o recepcionar los tributos de manera directa, conducta que ha sido suficientemente acreditada y que constituye el delito de peculado, siendo procedente acotar lo sostenido por Fidel Rojas Vargas, cuando señala que incurren en este ilícito, en la modalidad de percepción de caudales, todos aquellos agentes, "... a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a las administraciones públicas, contribuciones rentas o impuestos que ingresan a los fondos fiscales y/o público en sentido amplio" (Delitos contra la administración pública, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, p. 334.

[608] Otra jurisprudencia penal ha dicho que la "figura delictiva que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal aquel que realiza la función pública. Como se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, sino que el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los

sujeto sea un funcionario público descrito en el artículo 425º del Código penal[609], por cuanto no cualquier funcionario o servidor puede cometer el delito de peculado, toda vez que es necesario para que opere la conducta típica del delito de peculado, que los bienes se encuentren en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo, es decir exista una relación funcional entre el funcionario público y el bien objeto del delito.

Precisamente, de conformidad con el contenido del bien jurídico protegido por el delito, esta relación funcionarial será el sustento del deber específico de respeto, probidad y honestidad, que el funcionario adquiere con el Estado y que debe guardar durante todo el desarrollo de su función, el mismo que se verá quebrantado cuando el funcionario o servidor público dispone indebidamente de una porción del patrimonio del Estado que este le ha confiado en razón de su condición de funcionario o servidor público, o sea en razón a la competencia funcional que asume.

---

bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa requiriéndose la existencia de una relación funcional específica" (Exp. N° 024-02-Lima, Sent., 16-05-2005, 3° SPE, CSJ., en : BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto / NOLASCO VALENZUELA, José Antonio; Jurisprudencia penal generada en el subsistema Anticorrupción. Corrupción gubernamental, tomo I, Lima, 2006, p. 438).

(609) "Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública" (Exp. N° 43-2006, Ej. Sup., 20 dic. 2006, 1° SP Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en: Jus-Doctrina y Práctica, N° 2, Lima, 2007 (extraído de: CARO JOHN, José Antonio; Diccionario de jurisprudencia penal, Lima, 2007, p. 262).

7.1. LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN EL DELITO DE PECULADO Y EL FALLO JUDICIAL DE ABSOLUCIÓN DE ALBERTO FUJIMORI EN EL CASO "DIARIOS CHICHA"

Siempre se ha señalado que el peculado –doloso o culposo-, y en general todo delito cometido por funcionario público en contra de la administración pública, se trata d***e una infracción del deber o de competencia institucional positiva,*** esto es, que solo la sujeción estricta de los deberes de lealtad y probidad respecto a la correcta administración de los caudales/efectos atañen exclusivamente a los funcionarios/servidores públicos, y no a terceras personas –*extraneus*– que se encuentran alegadas de la administración pública. Esto ha sido una posición doctrinaria y jurisprudencial consolidada de alguna manera en nuestro país, en los últimos años.

Aunque debemos enfatizar que históricamente el peculado o el *peculatus* en el Derecho romano era el delito que consistía en una forma agravada de hurto (sustracción de la cosa); era el *furtum publicae pecuniae*, constituido por el hurto de cosas pertenecientes a los dioses (*pecunia sacra*). El profesor argentino Sebastián Soler indicaba que el peculado era "...para subrayar como característica esencial de este delito la existencia de un abuso de confianza: la cosa no debe haber sido *transferida*, sino *confiada*, lo cual vendría a un tiempo a diversificar el peculado del hurto, por una parte, y del *crimen residuorun*, por otra"[610].

Y esto es lo que ha puesto de manifiesto el fallo reciente de la Corte Suprema (Sala Penal Permanente), a través del Recurso de Nulidad N°615-2015-LIMA en el caso "Diarios Chicha", en el sentido de que el delito de peculado doloso –y por ende culposo- no se trata simplemente sancionar aquellas conductas desplegadas dolosamente por un funcionario o servidor público, en el pleno ejercicio del cargo, sino que dicho funcionario o servidor público haya ***estado en posesión –inmediata o mediato- de los caudales o efectos públicos***. Es lo que se cono-

[610] SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, Tomo. V, p. 169.

ce en la doctrina y jurisprudencia penal actual con el nombre de "vinculación funcional"[611]. La jurisprudencia penal peruana ha señalado, por ejemplo, que la sustracción de bienes por vigilantes de las entidades estatales no configura delito de peculado sino de hurto, en tanto no se haya demostrado la llamada "vinculación funcional". Así: *"Se acreditó que el encausado tenía la calidad de servidor público (vigilante de la entidad estatal) y que se sustrajeron bienes públicos del almacén que resguardaba; sin embargo, no poseía una relación funcional con los*

---

(611) Una Ejecutoria Suprema señala que en el delito de peculado se exige la necesidad que la administración pública sea despojada de la "disponibilidad de sus bienes". Así *"En el delito de peculado se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes por parte de quienes ostentan el poder de administrarlos, quienes incumplen el mandato legal que establece el destino que debe dárseles para que cumplan su finalidad.* ***De ahí la exigencia de que los causales y efectos deban estar confiados o en posesión inmediata o mediata del agente, en razón del cargo que tiene asignado al interior de la administración pública"***. (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema R. N. N° 3321-2012-ANCASH, veinte de febrero de dos mil catorce). Existe otra Ejecutoria Suprema en la cual se absolvió por peculado: funcionarias sustrajeron bienes estatales pero estos no se hallaban bajo su custodia o administración *"Si bien las encausadas, en su condición de funcionarias de la Municipalidad Distrital, retiraron del Camal Municipal 5,400 ladrillos que donó el Gobierno Regional al Municipio agraviado sin contar con la autorización respectiva, no se acreditó que, en razón del cargo que desempeñaban [regidoras], tuvieran dichas especies bajo su custodia o administración, tal como exige el artículo 387 del CP; en tal sentido, el hecho incriminado no configura el delito de peculado, pues los bienes sustraídos no se encontraban bajo el dominio de las encausadas en función al cargo que ostentaban.* (Sala Penal Permanente R.N. N° 3790-2008-Lambayeque, dos de marzo de dos mil diez). Por otro lado, un tema de vinculación funcional que constituye peculado doloso son por ejemplo los pagos de remuneraciones efectuados a "trabajadores fantasmas". Así: *"El encausado, en su condición de ex administrador y contador, permitió que se registre falsamente como trabajador de la obra a una persona que no laboraba en ella y que se le pague indebidamente sus remuneraciones, pese a que no realizó labor efectiva a favor de la entidad agraviada, causándole así perjuicio económico. Dicho incumplimiento de su obligación de cautelar los caudales, cuya administración le fue confiada por razón de su cargo, fundamenta el delito de peculado".* Sala Penal Permanente R.N. N° 4936-2008-PUNO Lima, veintinueve de enero de dos mil diez (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2011, Tomo 26, Editorial Gaceta Jurídica, p. 165).

bienes sustraídos, ya que estos no se hallaban en su posesión en virtud a deberes propios de su cargo (su labor se limitaba a brindar servicio de seguridad del personal y locales de la entidad). En tal sentido, no se le puede atribuir el delito de peculado, sino el de hurto agravado, el cual, sin embargo, ha prescrito".(612)

Ahora bien, la posesión de los causales-efectos públicos, o mejor dicho, la vinculación funcional tendrá que ser de ***manera material-física***, es decir, cuando de manera directa y causal el funcionario/servidor público los administra, custodie o perciba –de manera lícita– los caudales-efectos de carácter públicos; ahora bien, también el funcionario/servidor público los puede administrar-percibir-custodiar de manera ***jurídico-legal,*** es decir, cuando las normatividad de cada institución pública –ROF o MOF– así lo establezca de manera expresa. En este punto, la jurisprudencia penal ha señalado que en el peculado, el estatus de alcalde fundamenta su deber de control sobre el destino de los recursos municipales. Así, por ejemplo, *"El alcalde es el titular del pliego y, como tal, tiene la disponibilidad jurídica de los recursos municipales, tanto más si él mismo firmó los cheques a través de los cuales desvió fondos públicos municipales a conceptos distintos a los legalmente previstos y presupuestados (la relación funcional y el control sobre el destino del dinero involucrado son patentes)"*(613).

En otro fallo la jurisprudencia peruana ha señalado que en el delito de peculado puede configurarse en supuesto de ***delegación o encargo de funciones*** de percepción, administración o custodia de caudales públicos, configurándose supuestos de confluencia entre disponibilidad material y jurídica. Así: *"Al interior de la administración pública, lo servidores públicos que desarrollan determinadas labores inherentes a sus cargos específicos, paralelamente, pueden recibir encargo de ejerci-*

(612) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N° 2413-2012-PIURA, de fecha seis de febrero de dos mil catorce.

(613) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, en el R.N. N° 5257-2008-Moquegua, de fecha doce de febrero de dos mil diez.

tar funciones relacionadas a la percepción, administración o custodia de recursos económicos que genere la institución; en tal sentido, el no rechazo de tales funciones encierra, evidentemente, una aceptación de ellas, generando en los servidores facultades de percepción y administración de dichos caudales. Si bien la procesada tenía vinculación contractual con la entidad para desempeñarse como coordinadora académica, y su coacusada para labores de secretaría, correspondía a la primera, por ser la máxima responsable de la institución, velar por el correcto uso de sus recursos, teniendo disponibilidad jurídica sobre ellos; mientras que la segunda, por el otorgamiento de función delegada de la primera, detentaban la disponibilidad física o inmediata sobre aquellos (como tesorero), precisamente en base a la relación de subordinación existente. A los procesados les fueron confiados los caudales que recibía la entidad, surgimiento de tal vinculación material y funcional, el deber de cumplir con hacer entrega de ellos en forma íntegra a la municipalidad. Las procesadas eran conscientes de que les eran exigibles los deberes de entregar dichos recursos o, en su defecto, de sustentar los egresos realizados. En ausencia de justificación o de sustentación con documentación falsa, tales egresos deben reputarse inexistentes y, por ende, concluirse que lo que no se gastó fue objeto de apropiación"[614].

Aunque también puede haber peculado, cuando la relación funcional entre el agente y los caudales puede concretarse por encargo de un ***superior jerárquico***. Así, la jurisprudencia ha señalado que *"Si bien el encausado, en su calidad de administrador del mercado municipal, no tenía entre sus funciones la cobranza de arbitrios, realizaba dicha labor por encargo del director del área de Abastecimiento y Comercialización de la municipalidad agraviada, es decir, tenía un encargo funcional adicional por disposición superior del órgano no competente, por lo que la relación funcional con el dinero faltante está concretada legalmente y, por ende, se le puede atribuir la responsabilidad, a título de peculado*

[614] Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema R.N. N° 497-2010-Junín, veinte de mayo de dos mil once (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2012, Tomo 35, Editorial Gaceta Jurídica, p. 207).

(artículo 387 del CP), por el destino de dichos caudales, pues estaban en su ámbito de competencia o de organización"[615].

Así las cosas, la diferencia con el delito de hurto respecto al delito de peculado, es que en este último, solo pueden ser sujetos activos, aquellos funcionarios/servidores a quienes se les ha confiado previamente la administración de los caudales/efectos dentro de una institución pública; resulta imposible poder sancionar por delito de peculado a quienes no se le haya podido acreditar dicha posesión de los fondos/efectos públicos, según reza el artículo 387° del Código penal; por el contrario, en el delito de hurto, necesariamente tiene que ser una "tercera" persona –cualquier persona en realidad– y que debe ser "ajena" dichas personas respecto a la cosa hurtada. Por ello, el reproche penal es doblemente gravoso en el delito de peculado que en el delito de hurto, ya que en este último, el autor se trata de una persona que nada tiene que ver con la cosa hurtada, no existe ninguna relación y lo sustrae ilícitamente para incorporarlo en sus dominios; mientras en el delito de peculado es la propia persona física –funcionario/servidor- a quien la Nación le confió la administración/percepción o cuidado del dinero, caudales o efectos que en realidad es de todos los peruanos. En otras palabras, de ahí la importancia de la relación funcional, en la cual se explica por cuanto el delito de peculado trasciende la simple esfera patrimonial reprochando más bien la violación flagrante a los deberes de garantía y confianza que fueron asumidos por el funcionario o servidor público en razón de su cargo.

El objetivo del Fallo Judicial en el caso Diarios Chicha de la Corte Suprema es tratar de marcar distancia el concepto de peculado respecto al delito de hurto, y tratar de acercarlo, de alguna manera, al delito de apropiación ilícita (190° del Código penal), porque en este delito, el autor ha tenido previamente que haber recibido sumas de dinero o

[615] Sala Penal Transitoria de La Corte Suprema R.N. N° 2905-2012-Ucayali, de fecha doce de marzo de dos mil trece (sumilla de jurisprudencia. en: gaceta penal y procesal penal, lima: 2014, tomo 64, editorial gaceta jurídica, p. 243).

cosas muebles de parte de la propia víctima o sujeto pasivo; es decir, el autor ha tenido que ejercer actos de disposición/administración como si fuera el verdadero dueño; por tanto en el delito de apropiación ilícita como en el delito de peculado doloso o culposo, lo que quiebra, reiteramos, es el principio de confianza en la correcta administración de los fondos públicos o cosas privadas en el caso de la apropiación ilícita.

Ahora bien, lo que el citado fallo judicial en el Caso "Diarios Chicha" permite colegir con meridiana claridad es que la vinculación funcional puede estar en efectiva posesión, cuando el mismo funcionario o servidor público está en administración de los caudales públicos (disponibilidad material); en cambio, cuando un funcionario público de alto rango, como el Presidente de la República, también podrá estar inmerso dentro de la vinculación funcional en tanto se demuestre –de manera directa o indirecta– que estuvo en posesión material o jurídica respecto de los caudales/efectos públicos. Sin embargo, ante temas tan complejos de estructuras orgánicas dentro de la administración pública nos enfrentamos a un tema de orden procesal-probatorio, de garantía hacia el imputado dentro del proceso penal: nos preguntamos: ¿Resulta relevante que se demuestre que efectivamente el funcionario público, aun cuando se encuentre en altas esferas de poder, que haya dispuesto o decidido el desvío de fondos públicos hacia fines personales o ajenos a la administración pública? La respuesta es positiva.

Es lo que el fallo de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N° 615-2015 llama "contextualizar" la vinculación funcional respecto del administrador de caudales, y nos parece, que es una novedad el criterio contextual-factico de cara a reducir racionalmente los ámbitos de aplicación judicial del delito de peculado doloso por apropiación y/o utilización. La vinculación funcional, como parte del tipo objetivo del artículo 387° del Código penal, como parte de la conducta típica, se trata de un *elemento normativo del tipo,* en la cual el juez penal, deberá buscar su sentido y esencia en la normatividad extrapenal.

Volviendo al caso, la Corte Suprema consideró que si bien la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional sostiene que el Servicio de Inteli-

gencia Nacional depende directamente del Presidente de la República, estas son disposiciones genéricas y representativas. En ese sentido, no se puede determinar un vínculo funcional de administración o custodia de los fondos públicos del SIN. La Corte Suprema especificó que del Decreto Ley N° 25635 se desprende que la máxima autoridad del Sistema de Inteligencia Nacional es el Jefe del SIN, quien es el encargado de dirigirlo y representarlo. Finalmente, el Reglamento de Organización y Funciones determinaba que era el Director de la Oficina Técnica de Administración el órgano competente para la ejecución de contabilidad y tesorería del SIN. En esa medida, no era posible que el ex Presidente Alberto Fujimori ejerciera competencia funcional –vinculación funcional en otras palabras– respecto de los fondos públicos.

Finalmente, la Sala Penal Suprema valoró un video de noviembre de 1999 entre Vladimiro Montesinos y otros tres comandantes generales. Es decir, consideró que lo expresado por los actores de ese video permitía concluir que el ex Presidente Alberto Fujimori no solo no dispuso el uso de los fondos públicos (criterio objetivo), sino que no sabía de la compra de los medios de comunicación (criterio subjetivo). Específicamente tomó en consideración que Vladimiro Montesinos dijo que el ahora condenado ex presidente "ni idea tiene" de cómo ha llegado a su posición en las encuestas y que no sabía cómo estaban manejando.

En todo caso, lo que debemos remarcar es que el Derecho penal no solo castiga al autor –directo, colectivo o mediato– del delito, sino también aquellas personas que coadyuvan a la consumación del delito, es decir, los partícipes –inductor y cómplices–; en ese sentido, para estos últimos no es necesario acreditar en el proceso penal la llamada "vinculación funcional" con los caudales-efectos públicos. En consecuencia, lo cuestionable del fallo de la Corte Suprema es que no se ha analizado si el ex Presidente Alberto Fujimori ha colaborado o inducido a otros funcionarios/servidores de menor rango dentro de la administración pública de aquel entonces donde quizá sí hayan estado en plena posesión física o jurídica de los caudales-efectos públicos, claro dichos funcionarios/servidores sí serían autores directos del delito de

peculado doloso por apropiación o utilización; entonces el ex Presidente Alberto Fujimori sí podía ser sancionado a título de partícipe –cómplice o inductor– mas no de autoría.

8. LOS BIENES QUE ADMINISTRA EL FUNCIONARIO PÚBLICO: ¿EN QUÉ MOMENTO LOS BIENES ADQUIEREN LA CALIDAD DE "PÚBLICOS"?

Abanto Vásquez, al tratar dicho elemento objetivo del tipo, señala: "La administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiadas al funcionario en razón de su cargo (relación funcionarial específica). No se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia (p. Ej., que se haya llegado a la tenencia por engaño, abuso, etc.); el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes "con ocasión" de sus funciones"[616].

Los *caudales* comprenden toda clase de bienes, no reduce a su contenido en dinero, aunque sí tiene que tratarse de objetos dotados de valor de naturaleza económica. Los *efectos* atañen a todos aquellos documentos de crédito (valores en papel, títulos, sellos, estampillas) emanados del Estado que representan valores económicos y son negociables. El objeto material en el peculado debe ser público. Los caudales o efectos pueden estar representados en dinero[617] o en bie-

---

[616] Auto del 2 de octubre de 1975, extraído de FERREIRA, Francisco José; Delitos contra la administración pública, Bogotá, 1995, p. 21.

[617] NÚÑEZ, ob. cit., tomo quinto, 1992, p. 112: "No deja de ser un funcionario y de tener esa competencia, el que poseyendo esa calidad y esa facultad se encuentra gozando licencia o fuera del desempeño de sus tareas específicas. Cuando a un funcionario legalmente incompetente la autoridad con facultades para ello, le ha confiado formalmente por su calidad funcional la administración, percepción o custodia de caudales o efectos, se trata del caso de un funcionario competente de facto y que, por lo tanto, puede ser autor de un peculado".

nes, siempre y cuando pertenezcan al Estado[618]. Ahora bien, no solamente el funcionario debe ser "público" en el peculado, sino también deben ser "públicos" los bienes que dicho funcionario administra por razón de su cargo, con lo cual crea una problemática adicional. Así, los bienes que recibe el encargado de recaudar los impuestos en la oficina de tesorería de la administración tributaria ¿serán públicos cuando están en poder del funcionario que se encarga de percibirlos, cuando este da cuenta de este ingreso al jefe de oficina al final del día o cuando se consigna esto en los balances diarios, semanales o mensuales a la oficina central de la administración? Para responder a las interrogantes planteadas existen dos teorías al respecto: la teoría de la *incorporación* y la del *destino*[619].

Para la primera teoría los bienes serán públicos cuando hayan sido incorporados efectivamente al tesoro público, es decir, que hayan sido ingresados de un modo formal en el inventario de los bienes. En cambio, para la segunda teoría, un bien será público a partir del momento en que se encuentre destinado a ingresar en el tesoro público, esta teoría adelanta el concepto de bien "público" y lo ubica en una etapa anterior al ingresado al erario público. La teoría que más se acerca a la descripción típica del art. 387 es la segunda, pues la expresión "percibir" implica que los caudales o efectos todavía no hayan ingresado efectivamente al erario nacional, aunque sí estén destinados hacerlo. Entonces, nuestro funcionario público en la interrogante planteada administrará bienes públicos-tributarios cuando aquél los tenga en su poder materialmente con una condicionante: en tanto y cuanto tengan como "finalidad potencial" dar cuenta a su jefe inmediato o en su defecto cuando se realice el inventario diario, semanal o mensual.

En cuanto a los caudales o efectos públicos, se tiene los siguientes criterios:

---

[618] Extraído de CARO JOHN, José Antonio; Diccionario de jurisprudencia penal, Lima, 2007, p. 444.

[619] ABANTO VÁSQUEZ; ob. cit., 2003, pp. 32-33.

- Por un lado, está la *teoría del riesgo* que indica que los bienes públicos son los que pertenecen al Estado en cuanto no estén afectados a actividades de índole comercial, en los cuales el Estado encara los mismos riesgos que un particular respecto de esos bienes; o sea, solo son públicos los que están afectados a fines administrativos específicos.
- Por otro lado, está la *teoría de pertinencia*, que indica que los bienes serán públicos los que en principio pertenezcan al Estado y no cabe duda de que no está en juego la protección de la propiedad según la primera teoría, sino la seguridad de las finalidades administrativas que deben cumplir los bienes. Para Creus "...bienes públicos son los propios del Estado o sus entes autárquicos que aquel puede disponer para el cumplimiento de sus servicios o fines públicos (Núñez); quedan excluidos, pues, aquellos sobre los cuales el Estado asume gestiones de guardador pero sin tener la facultad de disponer de ellos para el cumplimiento de sus fines"[620].

9. TIPICIDAD SUBJETIVA

Con relación al aspecto subjetivo del delito, la modalidad dolosa del peculado, está determinado por el conocimiento del sujeto activo

---

[620] El artículo 425° del Código penal, describe a quienes se les considera funcionarios públicos para efectos de la aplicación de la sanción penal: "Artículo 425.- Funcionarios y servidores públicos. Se consideran funcionarios o servidores públicos:
1.- Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2.- Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3.- Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y organismos sostenidos por el Estado.
4.- Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6.- Los demás indicados por la Constitución Política y la ley."

en el carácter de bien público y de la relación funcionarial, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes[621].

En esa medida, el dolo del sujeto activo involucrará dos elementos, en un primer término el hecho de que el funcionario o servidor público sea consciente de que las conductas de apropiación o utilización que lleva a cabo involucran bienes que constituyen parte del patrimonio del Estado; y en segundo lugar que el sujeto activo lleve a cabo la acción con la intención de dar un uso privado o particular a los bienes en cuestión.

El peculado en análisis es doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia pública. El dolo exigible para consumar el tipo es el dolo eventual al no requerir el tipo ningún propósito especial o la presencia de algún reforzante subjetivo, como el a "sabiendas", el "ánimo de lucro" o la finalidad de enriquecimiento.

El dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcionarial, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes. Precisamente, este ánimo especial sirve como criterio de distinción entre una y otra modalidad. Por eso no es posible el dolo eventual a diferencia del tipo argentino, sino solamente el dolo directo. El elemento subjetivo del dolo está dirigido al conocimiento del carácter público de los bienes de los que se apropia el funcionario o servidor público, conocimiento que no lo determina a no disponer de dichos bienes.

10. LA CONSUMACIÓN TÍPICA

10.1. Cuestiones generales

La conducta del funcionario peculador no puede entenderse sino como la de una apropiación sui generis, puesto que él no sustrae los bienes (...) sino que dispone de ellos como si formaran parte de su pro-

[621] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. ob. cit., p. 336.

pio patrimonio (...) La consumación se da no con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio. Respecto al momento consumativo del delito de peculado, Rojas Vargas ha señalado que: "El delito es de resultado en su forma activa y omisiva. La consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio personal, o en su modalidad, a través de la utilización o uso de caudal o efecto. Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a terceros, la consumación no está definida por el momento en que este recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apropiado de los caudales o efectos y por lo mismo consumar el delito"[622].

En este punto debemos complementar la idea de la consumación del peculado, en el sentido de que el no practicarse una pericia contable constituye una grave irregularidad u omisión de trámites o garantías procesales. Así lo ha señalado expresamente la jurisprudencia penal peruana: *"Constituye una línea jurisprudencial definida considerarse acreditada la lesión al patrimonio público con la presencia positiva de la pericia técnica valorativa. En el presente caso, no se ha practicado dicha pericia contable que coadyuve a dilucidar el grado de participación de la encausada y el perjuicio económico ocasionado a la entidad agraviada. Esta omisión constituye la causal de nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 298 del C de PP, por lo que debe llevarse a cabo un nuevo juzgamiento por otro Colegiado. De la revisión de autos se aprecia la vulneración al principio de inmediación que garantiza que el juicio oral se desarrolle ante el órgano que va a dictar sentencia, lo cual implica la inalterabilidad de la composición del Colegiado, salvo por razones*

---

[622] PARIONA ARANA, Raúl; "El concepto 'por razón del cargo' en el delito de peculado", en: Magistri et doctores, UNMSM, Unidad de Post grado, N 2, Lima, p. 161. Este autor indica que "Nuestra posición es que no existe distinción estricta entre caudales y efectos pues ambos suponen los mismo objetos, por lo que deberían ser sustituidos en una próxima reforma legislativa por el término más feliz de bienes jurídicos".

excepcionales y justificadas, ya que la conformación del Tribunal que aperturó el juicio oral no fue la misma que sentenció, modificándose la composición del Colegiado sin justificación alguna"[623].

Además, un tema interesante que ha mencionado la jurisprudencia penal en relación a la probanza en el delito de peculado, es el tema de la necesidad de determinar la existencia de un desbalance patrimonial en los bienes confiados al agente con motivo de su gestión. Así: *"El tipo penal de peculado es un delito de infracción del deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional.* ***La relevancia penal de la conducta imputada, además de posición en la esfera institucional de los encausados, implica acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera del dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión.*** *Se ha acreditado la responsabilidad penal del encausado por el delito de peculado, pues este, en su calidad de tesorero del núcleo ejecutor, autorizó que se depositara en la cuenta corriente de su coprocesado (ingeniero residente) dinero que estaba destinado para la construcción de la obra. En ese momento quebrantó su deber institucional, toda vez que, pese a estar a cargo de la custodia de los caudales, permitió dolosamente que otro se apropie de ellos"*[624].

---

[623] Sala Penal Permanente R.N. N°2028-2007-TACNA, diecinueve de marzo del dos mil nueve (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2011, Tomo 19, Editorial Gaceta Jurídica. p. 204).

[624] Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, R. N. N° 62-2009-ICA, de fecha cinco de abril de dos mil diez. Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2010, Tomo 17, Editorial Gaceta Jurídica, p. 211 (las negritas son nuestras).

Por otro lado, algún sector de la doctrina ha postulado que el tipo penal al referir que el sujeto activo del delito debe buscar un beneficio personal o a favor de un tercero, habría pues incorporado al aspecto subjetivo del tipo un ánimo específico adicional al dolo directo de actuar, en el sentido de que el sujeto activo debería actuar determinado por la obtención de un provecho o beneficio ilícito. Sin embargo, esta conclusión que convertiría al delito de peculado en un ilícito de tendencia interna trascendente, no se encuentra respaldada por el texto expreso del tipo penal, pues de la redacción del tipo no se desprende que esté presente específicamente un elemento adicional al dolo, con lo cual el aprovechamiento ilícito antes referido debe ser considerado como un elemento que corresponde al dolo general del sujeto activo.

El resultado lesivo o si, se quiere, perjuicio, existe siempre con la *separación* del bien de la esfera de custodia de la administración pública. El delito de peculado doloso, y en esto sí hay uniformidad en la doctrina, no es un delito de resultado con efecto permanente ni nada similar que pueda extender el estado de antijuricidad en el tiempo. Es un delito de resultado instantáneo.

El delito se consuma a través de los siguientes momentos:

(i) En el caso de la apropiación de efectos o caudales: el delito se consuma cuando el sujeto activo del delito se apropia de los bienes objeto del ilícito, apropiación que por cierto no exige sustracción. Ahora bien, la apropiación se verificará en la medida que el sujeto activo del delito apoderándose de los bienes que el Estado le ha confiado a su cargo, se comporta como legítimo propietario de ellos y dispone de los bienes como si formaran parte de su patrimonio personal o privado, es decir este supuesto se perfecciona cuando el funcionario o servidor público usa los bienes que le han sido confiados por el Estado como si fueran propios.

(ii) En el caso de la utilización: la verificación de este supuesto exige que los bienes que tiene a su cargo el sujeto activo del delito pre-

viamente hayan sido separados de la esfera pública de custodia, y luego se les haya asignado una aplicación privada, es decir son desviados de su destino para el cumplimiento de una función pública, para ser utilizados en el marco de trabajos de carácter privado.

Esta exigencia respecto a la salida del bien fuera de la administración pública goza en el Perú de fuerza vinculante, en mérito al Acuerdo Plenario N° 4-2005 de fecha 30 de septiembre de 2005, asumido por la Corte Suprema, cuya parte pertinente a continuación se transcribe:

ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116

ASUNTO; DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO

Lima, 30 septiembre 2005.

I. ANTECEDENTES.

6. "... el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal.. y.. deslindar esta figura típica de los demás tipos penales..."

7. "... c) **Apropiación...** estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, **apartándolo de la esfera de la función de la administración pública...**" **III, DECISIÓN.**

10. "**ESTABLECER** como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos **6°**, 7° y 8° del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes".

10.2. La etapa "ejecutiva" del peculado doloso se inicia con la sustracción y culmina con la mínima disposición-pérdida relativa de los caudales públicos

Para saber cuándo se consuma formalmente el delito de peculado doloso tenemos que saber, en principio, cuál es la técnica legislativa (re-

sultado lesivo o peligroso) que se emplea en el tipo penal. El tipo penal del art. 387 emplea simplemente la expresión "apropiación-utilización". La doctrina nacional ha establecido que se trata de un resultado instantáneo tanto en el peculado de apropiación como en la utilización. Sin embargo, a su vez, tendrá que resolverse dos temas:

Para la consumación típica del delito de peculado en el Código penal se entiende cuando el sujeto activo se "apropia"-"utiliza" los bienes públicos que le están confiados por razón del cargo. En ese momento (temporal) se ha afectado el bien jurídico –porque sale del ámbito de dominio público– y porque, además, es de resultado instantáneo. El carácter instantáneo del tipo penal y, por lo mismo, del delito, se define más que la instantaneidad del proceso ejecutivo, por la de la fase consumativa. Lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico dure en el tiempo o sea susceptible de reiteración en la misma fase consumatoria. Rojas Vargas indica que en el delito instantáneo las "...implicancias de este delito radican en el hecho de que ya no es posible ni la agravación del mismo, ni la existencia subseguida de participación y concurso, que desde ese momento se tornan irrelevantes, pues el delito se ha perfeccionado con plenitud. Asimismo, en el delito instantáneo la violación de la norma penal y el efecto lesivo se identifican en una sola unidad jurídica".

La determinación del tiempo de la consumación es importante para fijar el momento desde el cual comienza la prescripción y que en el caso de los delitos de resultado instantáneo se empieza a computar desde que se consumó. Debe señalarse, además, que el peculado puede cometerse en *delito continuado.*

La delimitación del *iter criminis* tiene importantes consecuencias para el ámbito de la autoría delictiva, ya que solo aquel que haya traspasado la frontera de actos preparatorios a actos ejecutivos (en este caso de "apropiación") será considerado autor de peculado. Después puede haber otra figura delictiva (por ej. encubrimiento), pero ya no peculado.

En consecuencia, para considerar la consumación formal en el delito de peculado doloso será relevante quien ostente los "actos de dominio de *disposición*" y no los "actos materiales de *sustracción*", ya que puede suceder que el funcionario público con vinculación funcional jamás haya "tocado" los bienes públicos. Por eso Soler anota que cuando "...se habla de apoderamiento, importa hacer referencia *a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor*"[625]. En suma, pues, todos estos actos de sustracción y luego de disposición de los bienes públicos se denominan "actos de *apoderamiento*".

En lo que respecta a la consumación del peculado doloso se produciría cuando el sujeto activo tiene la última posibilidad de poder recuperar los caudales públicos. Esto tiene coherencia con la postura ***objetiva-individual,*** que indica que los actos ejecutivos se inician, según el plan del autor, con una peligrosidad cercana para el bien jurídico. Bacigalupo nos dice que la doctrina se ha propuesto pues, una solución, el hecho de recurrir a una determinada cercanía de los actos con la acción ejecutiva del delito al peligro corrido por el bien jurídico (puntos de vista objetivos) o bien se ha intentado apoyar la decisión en

[625] El dinero como objeto material en el delito de peculado incorpora una problemática especial, ello dada su naturaleza ultrafungible. Se sostiene que la doctrina considera que la naturaleza peculiar del dinero obliga a entender que la propiedad sobre el mismo se ejerce sobre los signos, monedas o billetes en circulación que lo representan, y en el tráfico comercial el dinero se entrega y recibe no como lo que físicamente representa, sino en cuanto fracción de una unidad ideal. Dada su naturaleza ultrafungible, difícilmente podrá considerarse que está disponiendo de un dinero "ajeno" y no del "suyo propio". Si se quiere mantener la adecuación típica de estas conductas habrá de apelar a la lesión de un bien jurídico diferente de la propiedad (estatal), que no puede ser otro que el derecho de crédito de quien realiza la entrega. Si el peculado protege el patrimonio estatal, no podría en todo caso criminalizarse a quien hace uso de "su dinero". Se le estaría criminalizando, vía apropiación, de una disposición abusiva de dicho bien.

el propio juicio del autor (puntos de vista subjetivos basados en el plan del autor)[626].

No obstante, el citado autor español-argentino siguiendo a Jakobs opina que debe distinguirse en este aspecto entre criterios obligatorios (negativos) y criterios variables (positivos). En los criterios negativos no debe tenerse para la ejecución del delito aquellas situaciones que no se encuentran en *cercanía con la consumación* y aquellos comportamientos socialmente habituales, por tal motivo se deben excluir, en principio, del ámbito de la punibilidad acciones como dirigirse al lugar del hecho, **ingresar en un lugar público**, etc.). Mientras que los criterios de decisión variables se conectan con la cercanía temporal con la acción misma y el comienzo de ejecución se debe admitir cuando el autor se introduce en la esfera de protección de la víctima o actúa sobre el objeto de protección (p. e.: se introduce en la casa donde va a robar o tiene en sus manos el documento que ha decidido falsificar en ese momento)[627].

Para la consumación en el peculado doloso téngase en cuenta dos cuestiones puntales: en primer lugar, la idea de la *"recuperabilidad de los caudales públicos"* y en segundo lugar, la *"capacidad de poder desistirse o arrepentirse"* en el instante temporal antes de la producción

---

[626] Si entendemos que el dinero se entrega como bien fungible, es evidente que se transmite la propiedad sobre el mismo y que, por tanto, debemos concluir que en estos casos el comportamiento delictivo no podrá ir dirigido contra el derecho de propiedad estatal, sino contra el Derecho de crédito, como parte integrante del patrimonio estatal. "Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social".

[627] PARIONA, "El concepto 'por razón de su cargo' en el delito de peculado", cit. pp. 161 y 162.

del resultado lesivo[628]. Tanto el uno y como el otro están íntimamente vinculados. Solo existe la posibilidad de recuperar los caudales (dinero) del Estado en la medida que haya también la capacidad de poder desistirse según el plan del autor (teoría objetiva-individual), obviamente en plena vigencia de la fase ejecutiva en el *iter criminis* externo. Esto tiene amparo en el art. 18 del Código penal que prescribe lo siguiente: *"Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los* ***actos ejecutivos del delito*** *o impide que se produzca el resultado..."*

Hasta acá habría lo que se llama en la doctrina la *cercanía temporal hacia la afectación al bien jurídico* y tampoco se habría consumado formalmente el delito, pues Montesinos tendría una "chance" de retractarse en ese instante y paralizar la ejecución del delito de peculado, por ej., con una llamada telefónica. Recién se consumaría formalmente cuando los sujetos obtienen la respectiva constancia de transacción de la institución competente para recibir el pago, porque estimamos que ahí recién ya no habría *más* posibilidad de poder recuperar el dinero del Estado, y porque reiteramos, según el plan de Montesinos recién ahí se imaginó cumplido con su objetivo delictivo de "pagar" con dinero del Estado.

El momento consumativo del delito de peculado doloso por apropiación-utilización es desde que se remueve la cosa del lugar en donde se encuentra en forma tal que *salga de la esfera de custodia de la administración,* ***o cuando se han agotado las diligencias necesarias para que pueda afirmarse que el Estado ha perdido el poder de disponibilidad sobre los bienes.*** En casos en que la conducta sea producto de formalidades y jurídicas determinaciones, órdenes o instrucciones, etc., es confundir el *apoderamiento* con *apropiación* y, en consecuencia, dar equivocadamente al peculado que se estudia el mismo momento consumativo del hurto, cuya conducta gira alrededor del verbo rector ***apoderamiento***, que sí queda perfecto una vez que el sujeto activo saque la cosa mueble de la esfera de dominio o protección de su

[628] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., p. 356.

legítimo tenedor, o dueño, de tal manera que logre un efectivo desapoderamiento de este, según lo considera la teoría de mayor aceptación (de la *ablatio*)[629].

Consumación es apropiación del bien, lo que sucede cuando jurídica y materialmente este ingresa al dominio y libre disposición del usurpador o de un tercero. Esto es, que la consumación no se da con la simple sustracción de los bienes públicos, sino con el uso del bien como si fuera propio (apropiación).

"Basta, pues, –indica Soler– *comprometer* el dinero, porque ello basta para hacerle perder al dinero del Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad"[630]. Creus sostiene que "El peculado no requiere necesariamente una lesión patrimonial (...), ya que es indudable que la consumación se puede dar sin esa lesión (puede ocurrir que produzca un verdadero beneficio, y no un perjuicio de ese orden), pero ello no importa desconocer que se está ante un delito de resultado en cuanto requiere la efectiva separación del bien de la esfera de tenencia de la administración"[631].

En el *iter criminis* externo debemos fraccionar el desplazamiento de la conducta para efectos típicos, y la delimitación y frontera de lo "punitivo" es en el momento mismo en que el sujeto activo (funcionario público) dispone jurídicamente de los bienes públicos. Después de esto, no puede haber ninguna forma de criminalizar el comportamiento. Se puede afirmar que en el peculado doloso por apropiación la tenencia de los bienes públicos resulta posible, teniendo el carácter de delito plurisubsistente o de ejecución compuesta, para su cumplimiento requiere de varios actos, desde el efectivo desapoderamiento de la administración pública, hasta la realización de un acto de disposición, de manera que el *iter criminis* puede resultar interrumpido por factores ajenos a la voluntad del sujeto activo.

---

[629] ROJAS VARGAS, pp. 343-344.

[630] SOLER, ob. cit., 1951, p. 192.

[631] BACIGALUPO, Enrique; Derecho penal. Parte general, Lima. 2004, p. 447.

La sustracción que haga el funcionario no se contenta con la utilización del bien, por más ilegítima que sea, sin que sea apartado del ámbito de custodia estatal. Los caudales o efectos tendrán que ser consumidos, destruidos, transformados o hecho desaparecer, de tal modo que implique quebrar en la medida de lo posible el respectivo cuidado público en que se hallaba. Claro está que, en ocasiones, el simple uso equivaldría a la sustracción, como ocurre con el dinero o cosas consumibles, pero en ocasiones no sucede. Así por ejemplo: el peculado de uso de vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo (art. 388 CP) prevé una cláusula liberatoria de tipicidad en el último párrafo, al prescribir que *"No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo"*.

En el proceso ejecutivo del delito hay que distinguir las etapas de ejecución y consumación, y la de agotamiento, pues esta última ya no es abarcada por casi ningún tipo penal de la Parte especial (salvo tipos específicos como por ej. el encubrimiento, receptación). El agotamiento del delito constituye un momento del *iter criminis* extra típico, que no sirve para determinar la acción de realización del ilícito penal, sino quizá como circunstancia de determinación de la pena.

Otra razón complementaria, a la que deriva del proceso ejecutivo del delito, para determinar la irrelevancia del delito de peculado, reside en una argumentación por sí evidente: tanto el "otro" como en general los *extraneus o intraneus* que intervengan a *posteriori* no están infringiendo ningún deber reglado de función, ni han tenido la posibilidad real o potencial de dominar ejecutando la acción el hecho de apropiación del caudal público.

III. SOBRE LA PROBLEMÁTICA DEL "PARA SÍ O PARA OTRO" EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO

La expresión "*para sí o para otro*" en el peculado tiene que ver con dos cuestiones. En primer lugar, con el aspecto consumativo: ¿Se perfecciona el peculado con la apropiación u utilización de los caudales o efectos cuando son beneficiados cuando llegan a poder del *otro?* En

segundo lugar, si dicha frase "para el otro" es un elemento objetivo del tipo o un elemento subjetivo, o sea, en referencia al dolo.

Cuando el tipo refiere que la apropiación debe operar "para sí" o "para otro", evidentemente nos encontramos ante una cláusula cuya amplitud de contenido indica que el tipo penal se puede realizar a favor de cualquier tercero; tercero que además puede ser una persona natural o jurídica. En todo caso, lo importante a este nivel de la tipicidad, es verificar que la persona o tercero favorecido, no forme parte del sistema de administración pública, pues el desvío de fondos de un sector a otro dentro de mismo sistema de administración pública, en sí mismo, corresponde a otra figura penal, a saber el delito de malversación de fondos.

La expresión *"por razón del cargo"*, que recoge el tipo penal obliga a realizar una interpretación restrictiva del delito de peculado, porque no basta la llegada ocasional de los bienes a manos del funcionario, ya sea porque se los confiaron otros funcionarios o particulares o porque erróneamente le fueran entregados.

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ANTICORRUPCIÓN DE FECHA 29 DE MAYO CONSIDERA UN ELEMENTO OBJETIVO "PARA SÍ O PARA OTRO"

La sentencia de fecha 29 de mayo del 2003 refiere que *"...respecto a la fase consumativa del delito de peculado por apropiación, materia de juzgamiento, debe puntualizarse que se trata de un hecho criminal global cometido en los marcos de un* ***aparato organizado de Poder estatal,*** *en el que el acusado Vladimiro Montesinos Torres tiene una actuación de primer nivel, fue quien decidió la apropiación de fondos para su coinculpado Bedoya De Vivanco, que se solicitó al hacerle entrega de un presupuesto, que según refiere era para gastos de su campaña política.* ***Cabe agregar que el tipo penal de peculado exige que la apropiación sea para sí o para otro, siendo este un elemento material del injusto y no subjetivo o trascendente,*** *por lo que su consumación en estos casos requiere que el tercero efectivamente reciba el dinero apropiado, pues a*

él estaba destinado, de tal suerte que el delito se configura cuando los caudales ingresan a la esfera de dominio patrimonial del tercero". Por el solo hecho, entonces, que el elemento "para sí o para otro" esté taxativamente descrito en el tipo penal de peculado, no lo convierte en un elemento objetivo.

Para la configuración del delito de peculado, según Rojas Vargas, no es necesaria la existencia de traslado del dinero público una vez producida la apropiación por el funcionario peculador, consumándose el delito de peculado en el instante de apropiación, y no con la entrega del dinero a tercero.

Ese **"otro"** al que hace referencia el tipo penal de peculado no necesariamente está vinculado al autor como partícipe del delito de peculado, pues el **"otro"** favorecido con el delito de peculado para ser partícipe tiene que realizar conductas de aporte en la comisión del delito de peculado, es decir tiene que haber actuado induciendo al funcionario a cometer el delito de peculado (instigador), o como cómplice primario o secundario si es que ese "otro" ha *participado con actos significativos y posibilitadores en fase de la preparación del delito o con aportes durante su ejecución.*

2. LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA INDICAN QUE EL ELEMENTO "PARA SÍ O PARA OTRO" ES UN ELEMENTO SUBJETIVO

Está claro que el sujeto activo puede actuar por cuenta propia o para favorecer a terceras personas. Una cosa es, pues, la "apropiación" y otra cosa, es "favorecer a otro". En la primera es una modalidad típica consustancial al peculado, en cambio, si los bienes públicos son destinados a terceras personas, es un elemento subjetivo finalístico que puede darse, como tampoco no. Puede llevar a confusión el hecho que el destinamiento de los bienes públicos puede acarrear algún tipo de beneficio económico, pero que esto último ***no es*** *un elemento* ***expreso*** *en el delito de peculado.* Esta confusión entre beneficiar para sí o para otro con el provecho económico, ha llevado a Rojas Vargas a detectar

casos por ejemplo en la "disposición en ***provecho propio*** o de **terceros** del alquiler de los bienes públicos, consumo del bien, etc.[632]

Rojas Vargas sostiene que no interesa para considerar consumado el delito qué fin dé el sujeto activo o el tercero a los bienes o efectos apropiados o utilizados, (venderlos, destituirlos, regalarlos, guardarlos)[633]. Es más, el mismo autor enfatiza que "el tipo no requiere que necesariamente se produzca, para consumar el delito, provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero. Ello representa en el proceso del *iter criminis* una fase de agotamiento que para los efectos de tipificar el delito resulta irrelevante[634]. Abanto Vásquez dice que el peculado "donde el beneficio perseguido por el agente "para sí o para otro" es consustancial a las acciones típicas de apropiarse o utilizar, pues ellas de por sí ya implican la búsqueda de este beneficio, hay un "ánimo de lucro implícito"[635].

---

(632) BACIGALUPO, ob. cit., 2004, p. 448.

(633) PEÑA OSSA, Erleans de Jesús; Delitos contra la administración pública, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 100.

(634) SOLER, Sebastián; Derecho penal argentino, tomo 5, pp. 182 y 183 "La sustracción a que se refiere el art. 261 consiste en el acto de poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos o, en general, las disposiciones las colocan. Para la consumación del delito, es necesario poder afirmar que ese vínculo, en algún momento ha sido quebrantado". LAJE ANAYA, Justo / GAVIER, Enrique Alberto; Notas al Código penal argentino, Córdoba, 1996, p. 157 "sacarlos o quitarlos de varias maneras con un apoderamiento, furtivo, fraudulento, o con una apropiación, pero el tipo no exige que el sujeto activo haga ingresar en su patrimonio o el de un tercero los bienes de que se trata, basta con que los saque de la esfera administrativa". RODRÍGUEZ, Agustín Washington/GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz; Código penal. Parte especial, La Plata, p. 444 "El delito se consuma con la acción de sustraer, es decir, cuando se lo quita de la esfera de la administración pública; en ese sentido podemos afirmar que se trata de un delito de resultado".

(635) C. Fed. de San Martín, Sala II, 7-5-96 "2.S., M.A. s/Denuncia", c, 1393, PJN Intranet, extraído de Donna, Edgardo Alberto (Dir.) Revista de Derecho penal, Buenos Aires, 2004-I, pp. 428 y 429 "El encuadre de una conducta en el tipo de peculado solo requiere que tenga aptitud suficiente para hacer peligrar la normal y regular marcha de la actividad patrimonial pública. De ahí que para registrar el momento consumativo de este delito, basta con que el agente aparte de su

Abanto Vásquez anota que nuestro tipo legal no precisa ánimo de lucro, sino ánimo de apropiación "para sí o para otro"(636). Así, pues,

---

destino específico, aunque sea momentáneamente, los fondos que le han sido confiados; sin tener relevancia alguna que luego rinda cuentas correctamente sobre su gestión. **Desde ya que la lesión patrimonial puede existir, y es lo más común que ello ocurra, pero es ajena a la esencia de este delito, por cuanto su materialidad radica en quebrantar la seguridad legal que la administración ha establecido para preservar los caudales públicos.** Basta, pues, comprometer el dinero, porque ello basta para hacerle perder al dinero del Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad. El otro parámetro que es necesario transitar para dilucidar el tema en debate, se vincula con la acción típica del peculado definida por el verbo 'sustraer', porque, precisamente, consiste en poner el dinero fuera de la custodia legalmente establecida por la autoridad competente, extrayendo el que está en caja y separando o apartando de la esfera pública el recibido para hacerlo ingresar (cfr. Carrera, ob. cit., ps. 137/139). Es decir, consiste en colocarlo en una objetiva situación de riesgo que el dinero del fisco no tiene por qué correr. **Por ende, nuevamente, el momento consumativo en el peculado es independiente del efectivo perjuicio patrimonial que pueda sufrir el Estado, dado que el solo peligro de que se produzca, importa la lesión que se quiere evitar con el fin de asegurar su regular desenvolvimiento administrativo**".

(636) En este sentido, para atribuir responsabilidad por peculado primero es necesario establecer si existe un desbalance patrimonial; así véase la Ejecutoria Suprema expedida por la Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia R.N.N° 1 253-2005-lca (Data 45 000) Denunciados: Luis Estanislao León Apesteguia y otros; Agraviado: El Estado; Asunto: Peculado; Fecha: 19 de octubre de 2005, ha señalado que: "Funcionarios regionales son denunciados por haber utilizado parte de un material adquirido (8334 galones de líquido asfáltico) para la pavimentación de un pueblo joven en otras dos obras públicas que no contaban con los expedientes técnicos respectivos. A fin de lograrse dicho objetivo intervinieron dos jefes de almacén, también denunciados y en dos momentos distintos (en sus respectivos periodos de funciones), quienes tenían a su cargo el material asfáltico posibilitando su salida. Durante la investigación se habría determinado que uno de los procesados después de haber cumplido su periodo como jefe de almacén, no cumplió con hacer la entrega formal del cargo, obviando informar que en poder de uno de los proveedores se encontraba una parte del material (6840 galones de líquido asfáltico). Por último, durante la gestión del siguiente jefe de almacén se detectó otro faltante (1612 galones). Analizado el caso, la Sala de juzgamiento absuelve a los agentes de los cargos imputados, pero esta sentencia es impugnada por el procurador público, quien interpone recurso de nulidad. A efectos de determinar si los hechos se subsumen en el tipo penal, la Sala Suprema precisa que la acción típica del

basta el *animus rem sibi habiendo* (ánimo de apropiación definitivo), sin ánimo de reintegrar los caudales o efectos públicos. Este autor anota que la "la falta de exigencia expresa de 'ánimo de lucro' en el tipo penal peruano permite comprender en el tipo una serie de conductas observadas en la práctica. En algunos casos, efectivamente, el sujeto activo no persigue beneficiarse económicamente, sino perjudicar a la administración pública o a un tercero para quien estaban destinados los bienes que el funcionario debía administrar, custodiar o percibir"(637).

---

delito de peculado supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero. Por lo tanto, la prueba debe orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en algún momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión. En ese sentido, es necesario establecer, en primer lugar, si ese desmedro patrimonial se ha producido para luego examinar si es posible atribuir responsabilidad penal. De otro lado, la Sala señala que la acción típica del delito de malversación de fondos, imputado a los funcionarios regionales, consiste en dar aplicación definitiva diferente de aquella a la que están destinados el dinero o bienes de la administración pública. Se trataría, por lo tanto, de un cambio de destino que los fondos tienen fijados, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero. Luego, tras valorar las pruebas, la Sala determina respecto a este delito que las obras ejecutadas en la ciudad referente a la pavimentación de diferentes calles y arterias fueron realizadas conjuntamente con otra entidad estatal en base a una donación a solicitud de la Policía Nacional, y con el material sobrante de dichas obras ya ejecutadas se realizaron otras en beneficio de la comunidad, específicamente del deporte, no pudiéndose establecer, por lo tanto, una responsabilidad penal acreditable. Respecto al delito de peculado imputado a los jefes de almacén, se valoran las actas de entrega de cargo que hiciera uno de ellos, así como el acta de custodia de materiales donde no aparece probado un desbalance económico perjudicial al Estado, hecho que corroboró su participación negativa en los cargos imputados. Asimismo, la Sala señala que la salida de material, en el periodo del segundo jefe de almacén, se encontraba justificada con las pecosas respectivas; de esa manera tomó en cuenta lo sostenido por este último, quien reiteradamente señaló que al final de su gestión hizo entrega del cargo a un tercer reemplazante y que en ningún momento autorizó la salida de líquido asfáltico. En base a estas conclusiones, los cargos imputados a los procesados en su condición de funcionarios regionales y almaceneros no habían sido establecidos de manera concreta, en consecuencia la absolución decretada por el Colegiado se encontró arreglada a ley".

(637) CREUS, ob. cit., tomo 2, p. 288.

En igual sentido se puede apreciar en el delito de tráfico de influencias art. 400 que señala: *"El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer* ***para sí o para un tercero"***[638].

Así, también Portocarrero Hidalgo dice que "si bien es cierto que la ley no se refiere en forma expresa al beneficio, la expresión 'para sí o para otro' deja ese mensaje. No es posible que una persona se apropie de un bien, para guardarlo, utilizando inoficiosamente espacio, si no es para enajenarlo, desaparecerlo, consumirlo; todas estas formas conllevan beneficio, como también es beneficio la sola retención de la cosa en forma indefinida para tener la satisfacción de apreciarla"[639].

La jurisprudencia peruana ha dicho que *"Entendido como sustracción de los bienes de la tenencia de la esfera administrativa, atentando con la garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado, acción dolosa que se efectúa con la finalidad de obtener para sí o para otro un beneficio ilícito, que en el caso no se ha acreditado de modo alguno"*[640].

En cuanto al Código penal colombiano, con respecto al peculado, la doctrina dice que por el hecho que el art. 133 emplea las palabras *"en provecho suyo o de un tercero"*, frase similar a la que se empleaba en el art. 3 del Decreto 1858 de 1951, no quiere decir que el peculado por apropiación se agote cuando el peculador disfrutó o gozó del bien apropiado. El Código penal uruguayo prescribe *"...en beneficio propio o ajeno"*. El Código penal italiano en su texto original prescribía el que *"...se apropia de ello o la distrae en provecho propio o ajeno..."*. El Código penal de Portugal dice: *"El funcionario público que ilícitamente se apropiare, en provecho propio o de otra persona..."*. El Código penal de Brasil dice: *"...o lo desvía en provecho propio o ajeno"*.

---

(638) ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, 2002, p. 286.

(639) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2002, p. 290.

(640) ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 308.

El Código penal de España es más escueto en este punto ya que establece simplemente *"...con ánimo de lucro..."*[641]. Como puede verse, en la legislación comparada sí se exige la concurrencia del ánimo de lucro que normalmente acompaña el delito y aparece como su fin. En este sentido, la valoración del ánimus sirve para desvirtuar el tipo subjetivo (beneficio personal o de tercero). En España, el delito de malversación propia (peculado), la acción de apropiarse sí necesita que el sujeto activo se lucre con los bienes públicos sustraídos. Ello es consecuencia de la exigencia del propio art. 432 CP inc.1, que dice: *La autoridad o funcionario público que con* ***ánimo de lucro****..."*

Un argumento más, para sostener que el elemento *"**para sí** o para otro"* en el delito de peculado se trata de un elemento subjetivo y no objetivo, es que el Código penal peruano, en el delito de cohecho pasivo propio e impropio, dice: art. 393 *"...**para** realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones"*. Art. 394 *"...**para** practicar un acto propio de su cargo..."*. El funcionario público recibe el medio corruptor, con lo cual se consuma el delito (peligro), sin esperar que efectivamente dicho funcionario realice el pacto ilícito. De la misma manera, lo expresa en el cohecho activo *"...**para** que haga u omita algo en violación de sus obligaciones"*. El art. 321 CP, delito de tortura, menciona *"...**con el fin de obtener** de la víctima o de un tercero una confesión o información..."*. Volviendo al delito de cohecho, es un delito de peligro (abstracto) donde el bien jurídico-jurídico "administración pública" está ayuno de lesividad, la doctrina ha establecido que el elemento ...***para***... juega un papel subjetivo específico, con mayor razón todavía en el delito de peculado, que es un delito de resultado lesivo instantáneo, el elemento "para sí o para otro" sería totalmente irrelevante para efectos de la adecuación típica.

Por ello, los delitos de peculado doloso son *delitos de intención* (tipos de tendencia interna trascendente). En este sentido, por ejemplo, Villavicencio Terreros sostiene que los delitos de intención son aque-

---

[641] ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración en el CP peruano*, Lima, 2001, p. 294.

llos "...delitos cuya 'parte interna' requiere de una intención especial (Absicht) que no corresponde a la parte externa objetiva". Se diferencian delitos de resultado cortado y delitos mutilados (incompletos, imperfectos) de dos actos. En los delitos mutilados en dos actos, la conducta típica del agente es el medio para realizar una segunda conducta. Ejemplo: "a quien matare...***para*** facilitar u ocultar otro delito", artículo 152 del Código penal). ***Estos delitos quedan consumados cuando se produce el resultado típico, no siendo necesario que el agente consiga realizar su específica tendencia trascendente***"[642].

La expresión ***"...para otro..."*** no es pues, una condición *sine qua non* para aplicar el tipo de peculado doloso. La "apropiación" y el respectivo "traslado" de los fondos públicos que realiza el sujeto activo (funcionario público) hacia un tercero, o sea, para el "otro" (puede ser también un funcionario público) debe entenderse como un elemento subjetivo que puede darse como también no. Solo la apropiación-utilización, en los términos que se ha explicado, es punible en el peculado. Luego, el traslado "eventual" que haga el mismo funcionario público hacia un tercero forma parte del *agotamiento* del delito de peculado.

En consecuencia, pues, la expresión ***"para sí o para otro"*** en el delito de peculado doloso es un aspecto subjetivo por dos razones: 1) porque establece un *ánimus de provecho* abarcado por el dolo del agente y 2) porque *direcciona la finalidad* del funcionario público con respecto a los bienes, ya sea suyo propio o para beneficiar a una tercera persona, sin necesidad que efectivamente este último se realice.

3. CUANDO EL TIPO PENAL DE PECULADO ALUDE AL "OTRO" NO SE ESTÁ REFIRIENDO A QUE DICHO SUJETO BENEFICIARIO SEA "COAUTOR"

La singular referencia normativa del tipo penal de peculado con respecto al "otro" puede asumir las siguientes configuraciones:

---

[642] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2001, p. 309.

- Puede tratarse de un **cómplice**, en la medida que haya colaborado en el proceso ejecutivo del delito.
- Puede tratarse de un **instigador,** en tanto se compruebe que indujo directamente al autor hacia la apropiación del caudal o efecto, que iba a ir en su provecho.
- Puede tratarse de un **coautor**.
- Puede tratarse de un **receptor**, en la medida que haya conocido o sospechado la procedencia ilícita del bien. La hipótesis de recepción nos plantea el inconveniente de la innecesariedad de su alusión en la misma redacción del tipo de peculado, por lo que el tipo penal no puede tipificar a la vez dos delitos: peculado y receptación de peculado.
- Puede tratarse tan solo de un **referente fáctico normativo,** desprovisto de calidad imputable, en la medida de que se trata de un hecho ubicado en fase de agotamiento del delito.

El "otro" al que alude la norma penal de peculado no puede ser coautor, pero ¿esto acaso permite entender que entonces se trate de un cómplice?...En tal perspectiva, –dice Rojas Vargas– para considerar que el otro del delito de peculado sea un cómplice deberá acreditarse que colaboró en la fase externa del delito con el autor o coautores a través de actos (materiales o intelectuales) que contribuyeron a la preparación y/o ejecución del delito, *que de ser así configuraría una especial situación en la que los terceros que juegan el papel de cómplices adquirirán la calidad de beneficiarios con la consumación de la conducta ilícita del funcionario o servidor público*"[643].

[643] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2002, p. 438 "El resultado es meramente óptico sin nexo vinculante obligado con la administración pública. Se trata, pues, de una figura compleja de naturaleza activa, **de consumación instantánea**..."

IV. LA INTERVENCIÓN DE TERCERAS PERSONAS EN EL DELITO DE PECULADO

La comisión de un delito de peculado, evidentemente, admite la posibilidad de realización a partir de la intervención de una pluralidad de sujetos. Ahora bien, en la medida que nos encontramos ante un delito especial, la condición de autor o sujeto activo del delito únicamente está reservada a quienes ostentan la calidad de funcionarios o servidores públicos.

Sin embargo, se admite la intervención criminal de sujetos que realicen aportes suficientes para tenerlos como cómplices, con los matices propios que admite este grado de intervención criminal. En tal sentido, Rojas Vargas ha sostenido que, en el marco de una imputación por delito de peculado, en el caso que "(...) el sujeto activo haya consumado el delito, vale decir se haya apropiado del caudal o efecto, para tener luego la posibilidad de disponer del bien (...) no se debe desechar la hipótesis de complicidad primaria o secundaria según haya participado con actos significativos y posibilitadores en fase de la preparación del delito o con actos de auxilio durante el proceso ejecutivo del mismo, supuesto en el cual la referencia al otro perderá valor para adquirir significancia la calidad y cantidad de aportes o contribuciones en tanto cooperador (...)"[644]

En esa medida, los elementos a valorar en el marco de una intervención criminal a título de complicidad, en el marco de una imputación por delito de peculado son los siguientes: (i) que el cómplice, en el caso de la complicidad primaria, colabore con la realización del hecho a través de un aporte suficientemente significativo; en el caso de complicidad secundaria será a través de un aporte irrelevante; con la característica común que ambos deben presentarse durante la fase de preparación del delito; y (ii) si el aporte se realiza en la fase de ejecución del mismo, esté determinado por un acto de auxilio a la reali-

[644] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; Delitos contra la administración pública, pp. 174 y 175.

zación del hecho. Es importante destacar que en ningún caso se admite la posibilidad de incluir a un tercero como cómplice si el aporte, de la naturaleza que sea, se produce con posterioridad a la ejecución del hecho.

En ese sentido, el propio Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de comprender la intervención de particulares en el delito de peculado, refiriendo que dicha participación debe ser desplegada antes de consumado el delito y no después de ocurrido este. En efecto, mediante sentencia de 23 de noviembre de 2004, recaída en el Exp. 2758-2004-HC/TC, el Tribunal Constitucional resolvió que: "Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad".

En todo caso la participación del cómplice en el delito de peculado, corresponde a una intervención ocurrida, en última instancia en la fase de ejecución del hecho y no con posterioridad a su consumación, por ello el Tribunal Constitucional ha afirmado que cualquier participación o actuación penalmente relevante a efectos de la configuración del delito de peculado no puede presentarse con posterioridad a la consumación del hecho, en tal sentido no sería penalmente relevante ni típica, la conducta del tercero luego de haberse producido la apropiación o utilización de los caudales públicos por parte del funcionario o servidor público correspondiente.

Sin embargo, existe otro sector de la doctrina que considera que la intervención del tercero a título de instigación o complicidad corresponde al supuesto en que el tercero que no ostenta la condición de funcionario o servidor público haya propiciado la salida de los caudales de la esfera patrimonial del Estado; así Reaño Peschiera, sostiene:

"Por ello, a mi juicio, la punibilidad de la intervención del *extraneus* en el delito de peculado, bajo el título de instigación o complicidad, presupone que el particular haya propiciado en alguna medida la entrega de los caudales estatales –por ejemplo solicitándolos manifiesta o tácitamente al funcionario público, sea de modo directo o a través de terceros. Solo en tales casos puede afirmarse la adhesión del particular a la infracción del deber institucional del obligado especial. La aceptación de los caudales constituye la exteriorización u objetivización de dicha adhesión (...) si se sostuviese que el beneficiario de los caudales en ningún caso puede ser responsabilizado por el delito de peculado, su mención en la descripción típica sería del todo superflua, pues para la configuración del injusto típico es indiferente que el funcionario realice la apropiación a favor propio, de un tercero, o que incluso permita su indiferencia o descuido que un tercero sustraiga los bienes confiados en razón de su cargo (...)"[645]

En todo caso, en ambos casos de valoración con relación a la intervención y punición del cómplice en el marco de una imputación por delito de peculado se tendrá: (i) valoración de la entidad del aporte; y (ii) adhesión del particular a la infracción del deber institucional, esta no podrá operar luego de agotada la fase ejecutiva del delito. En este sentido, se tiene que el propio Tribunal Supremo ha entendido que los aportes o contribuciones a la comisión del delito de peculado por parte de los particulares deben darse en la fase de la preparación del delito o durante el proceso ejecutivo del mismo. Recordemos que una parte de la doctrina, a saber, Rojas Vargas, citado anteriormente, es del mismo

[645] Extraído de CARO CORIA, Dino Carlos; Código penal, Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal, Lima, 2002, p. 648. En cambio, la jurisprudencia colombiana ha dicho que para que haya apropiación en el peculado no es necesaria una consecuencia fenoménica u objetiva de la acción del peculador, sino que basta una simple situación sicológica de querer propio ese bien. Dijo la Corte: "El acto de apropiación se cumple en muchos casos mediante una actividad sicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de tenencia, sin que inmediatamente esa conducta trascienda a una realidad fenoménica objetivamente costatable y, el consiguiente comportamiento del sujeto como dueño". FERREIRA, 1995, p. 30.

razonamiento respecto a la participación del colaborador, entendiendo que no se puede abarcar la actuación de un particular dentro de los alcances del art. 387° del Código penal (peculado), si es que dicha conducta se realizó luego de la salida patrimonial de la esfera estatal pública.

Así, este sector de la doctrina sostiene que la participación de particulares en el delito de peculado, de ser el caso que se trate de un incentivo a la entrega de los caudales públicos, debe ser punible. Se entiende, por tanto, que los alcances de la norma del art. 387° del Código penal (peculado) no se limita a la salida del bien público de la esfera patrimonial del Estado, sino que se extiende a la conducta de los particulares que reciben dichos bienes, si es que estos han propiciado dicha entrega.

En este sentido, la conducta desplegada por el autor el delito, así como la de los cómplices primarios y secundarios deben darse hasta dicho momento, hasta la consumación del delito materia de análisis; luego de su perfección y consumación, no puede comprenderse más conductas dentro de los alcances del art. 387° del Código penal.

De allí, no se puede extender el tipo penal de peculado a conductas desplegadas ulteriormente a la consumación del delito, esto es, posterior a la salida de la esfera del patrimonio del Estado, es imposible a partir del texto del art. 387° del Código penal, comprender en sus alcances a conductas que han tomado lugar posteriormente a la efectiva disposición de los bienes públicos.

V. LAS CONSECUENCIAS DE ADMITIR LA TESIS DE ADMINISTRADOR DE "HECHO" Y DE "DERECHO" EN EL DELITO DE PECULADO

1. CUESTIONES GENERALES

El delito de peculado doloso (art. 387 CP) sanciona al funcionario público que se apropia-utiliza "*...los caudales o efectos cuya percepción,*

administración *o custodia le están confiados por razón del cargo...".* Definitivamente cuando el funcionario público administra legal o jurídicamente los caudales o efectos públicos no ofrecen mayores dificultades, pues aquí regirán expresamente las normas civiles o administrativas extrapenales para el cuidado de los caudales o efectos ingresados a la esfera de la administración pública. Lo que sí demuestra una sensible dificultad es la categoría del "administrador de hecho"[646] en función al cuidado y vigilancia de los caudales públicos.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia niega este criterio pues: "Lo relevante para el Derecho penal, en relación con el delito de peculado, no es que el sujeto activo sea empleado de manejo u ordenador, en el sentido de que deba dedicarse funcionalmente en forma exclusiva a recibir y pagar dineros, o que tenga bajo su inmediata vigilancia esos bienes, o, en fin, que directamente sea él quien ordene los pagos, sin mediación de otros. Lo realmente importante es que el funcionario o funcionario público tengan la disponibilidad material o jurídica o la posesión de la misma, en sentido jurídico-penal. Vale decir, es entendida simplemente como la posibilidad de disponer de la cosa por fuera de la vigilancia de otro"[647].

---

[646] Cuando se refiere al ánimus de lucro en el delito de hurto, como sabemos, se trata de un elemento subjetivo del tipo, que comprende la intención de apropiarse del bien (disponer del bien como propietario) y la de obtener un beneficio o provecho. Por ej. no habría ánimo de lucro en quien se lleva un abrigo de pieles de un restaurante donde ha estado comiendo, creyendo que es el suyo. En este caso, el ánimus de lucro ayudaría a definir el injusto de hurto.

[647] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Lecciones de Derecho penal, Lima, 1990, p. 151. Para comparar también podemos poner como ejemplo el delito de asesinato (art. 108 inc. 2 CP) donde se mata **para facilitar otro delito**. No es necesario para la consumación de esta modalidad de asesinato que se dé comienzo a la ejecución del delito-fin. Es indiferente la verificación o no del delito-fin: la intención de cometer el segundo delito es la nota fundamental que da sentido a esta modalidad. La responsabilidad se determina por el grado de ejecución del medio-medio". Véase: BRAMONT ARIAS-TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, Manual de Derecho penal. Parte especial, Editores San Marcos, Lima, 1996, pp. 53 y 54.

La discusión se centra básicamente si el concepto de "administrador de hecho" representa una lícita interpretación extensiva del término "administrador" o más bien ante una construcción que incurre en analogía prohibida: esto ocurrirá para todos aquellos que entienden que la expresión administrador implica elementos formales, de modo que la inclusión en el precepto correspondiente de situaciones puramente fácticas constituye analogía contra reo.

El funcionario público de derecho o *de jure*[648], el funcionario público de *facto* o de hecho[649], el usurpador de funciones Vladimiro Montesinos no puede ser considerado "autor" del delito de peculado doloso por carecer de "vínculo funcional", Vladimiro Montesinos no puede ser considerado autor del delito de peculado tipificado en el art. 387 CP por las siguientes razones: El sujeto activo (funcionario público) del art. 387 se necesita que se apropie o utilice, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le hayan sido confiados *por razón de su cargo.* Como es sabido, existe una Sentencia que condena a Vladimiro Montesinos Torres por el delito de *usurpación de funciones,* es decir, que no tiene vínculo funcional con los bienes estatales, lo que automáticamente convertiría en atípica la conducta de peculado en calidad de autor para Montesinos Torres. Cabe recordar que Vladimiro Montesinos Torres no puede ser autor del delito de peculado por inexistencia en él del imprescindible elemento de tipicidad objetiva de la vinculación funcional. En efecto, el delito de peculado doloso, en la forma como está configurado en la norma penal, requiere algo más que la condición especial para determinar la calidad de autor, y esta característica agregada de naturaleza imprescindible e insustituible es la vinculación funcional *por razón del cargo.*

---

[648] ROJAS VARGAS, "Ubicación dogmática y el rol que juega el tercero ('para otro') en el delito de peculado doloso. El tema de la vinculación funcional", cit. p. 66.

[649] ROJAS VARGAS, Fidel; "Ubicación dogmática y el rol que juega el tercero ('para otro') en el delito de peculado doloso. El tema de la vinculación funcional", en: Diálogo con la jurisprudencia, Lima, p. 66.

Soler ha dicho que si "...se trata de un funcionario *de facto*, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuido de estos. En ambos casos, el sujeto presenta el aspecto de funcionario legal: el pago hecho a él en buena fe, es un pago hecho al fisco y, en consecuencia, la substracción que aquél ejecute es peculado. Análoga es la situación del empleado incompetente que se cree competente para recibir una suma"[650].

2. LA ADMISIÓN DEL "ADMINISTRADOR DE DERECHO"

El art. 77 del Código penal argentino que recepta el concepto de funcionario: "Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente". La Convención contra la Corrupción en su artículo primero establece un concepto de funcionario público: "funcionario público" "oficial gubernamental" o "servidor público" es: "Cualquier funcionario o empleado del Estado de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos". Se da nociones en el artículo 1 de "función pública", como de "funcionario público", extendiéndose a funcionarios "electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado".

Se establece así, desde la perspectiva internacional una concepción de funcionario público mucho más amplia que desde el punto de vista del funcionario o servidor público en perspectiva penal según los supuestos aplicativos del artículo 425º del Código penal peruano (Capítulo IV, Disposiciones comunes). Por otro lado, la Ley de Ética

---

[650] Por eso, SOLER, ob. cit., tomo 5, p. 180 ha sostenido que "El presupuesto característico de este delito coincide con el abuso de confianza del art. 173, 2, con la diferencia de una situación oficial o son legalmente definidos: los bienes son confiados por la razón misma del cargo". En contra: CREUS, ob. cit., tomo 2, 1997, p. 287.

en el Ejercicio de la Función Pública (Ley 25.188) de alguna manera desarrolló ciertos lineamientos generales en torno a la discusión del concepto de funcionario público, pues establece (art. 1) que les alcanza a todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

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

Una cuestión adicional en cuanto a las particularidades del sujeto activo en delitos funcionales. Lo que realmente va a distinguir de un particular de la calidad de funcionario público no es la forma de cómo este accedió a tal o cual cargo estatal, sino que lo determinante será, según la descripción legal, "el ejercicio de las funciones públicas". Siguiendo a Ávila "...es el ejercicio concreto de funciones públicas en relación directa con el fin de protección de la norma aplicable –el bien jurídico– el fuerza... tanto para determinar la autoría como para la protección al eventual sujeto pasivo. De ahí que no se distinga si ese ejercicio es accidental o permanente, por designación de autoridad competente o elección popular".

El particular puede ser legalmente asimilado a un funcionario público, aunque en la realidad carezca de las condiciones expresadas en el art. 77° del Código penal argentino. Así por ejemplo serán los arts. 237°, 239° y 240° del mismo cuerpo legal. Por ejemplo el encargado de registro automotor en el ejercicio cotidiano de su labor, no se puede decir que aquella persona realiza una significación institucional de orden público, que constituye "ejercicio de funciones públicas". En cambio, la

índole de la "función" se califica cuando por ejemplo el escribano actúa como inventariador designado judicialmente, o cuando el abogado es habilitado como auxiliar en una diligencia judicial. La citada Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública también desarrolla un concepto de función pública, así se entiende por esta a "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".

Entonces, en resumen, podemos afirmar que existe un antes y un después en las tesis aludidas teniendo como "referente" principal la figura de Montesinos. En la tesis del Tribunal anticorrupción hay consumación de peculado después que aquel haya dispuesto los caudales públicos hacia terceros. En cambio, en la tesis de la defensa, existe consumación antes que Montesinos lo haya dispuesto.

Ahora bien, en el caso que sigamos la tesis del Tribunal anticorrupción habría que hacer algunas precisiones: ¿Cuándo se consuma el peculado teniendo como origen una estructura u organización compleja?

El criterio del "administrador de hecho"[651] ha sido, por el contrario, asumido por el Tribunal anticorrupción en el proceso que se le seguía a Vladimiro Montesinos que terminó condenándolo como autor del delito de peculado. La sentencia anota que "*IV. C.- Que, así pues el tipo penal de peculado del artículo trescientos ochenta y siete del Código penal, no solo sanciona al administración de iure sino también*

---

[651] Nuestra jurisprudencia ha dicho que "Para que se configure el delito de peculado los caudales que se entregan al funcionario o servidor público tienen que estar confiados en razón del cargo; habiendo el procesado recibido y dispuesto los bienes, no en su calidad de técnico de relaciones públicas de AUTODEMA sino como presidente de una comisión por navidad de los trabajadores de dicha entidad, no concurre la exigencia típica por razón del cargo, ya que se trata de un acto ajeno a su competencia funcional como empleado público, fundamentos por los cuales se declara haber nulidad en la sentencia y reformándola se absuelve al procesado". Véase: ROJAS VARGAS, Fidel; Jurisprudencia penal comentada, tomo I, Lima, p. 421.

al administrador ***de hecho o de facto;*** *debiéndose acotar que la ley no hace mención a que la percepción administración o custodia de caudales o efectos por un funcionario o servidor público sea de iure; basta, entonces, que el agente actúe en cuanto integrante del sector público y con motivo de su efectivo dominio del ámbito administrativo concernido. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público (Morales Prats, Fermín, Morales García, Oscar: Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, Aranzandi, Navarra, mil novecientos noventa y nueve, página mil doscientos ochentidós)".*

Hasta qué punto puede extenderse el círculo de destinatarios en el delito de peculado, originariamente dirigidas al administrador de derecho, aquel que jurídicamente dispone de los caudales. Es decir, que puede haber *otros* sujetos no vinculados legalmente con los caudales públicos. De esto puede inferirse que el ámbito de aplicación de esta equiparación entre administrador de "derecho" y de "hecho" se encuentra en los delitos especiales de funcionarios. Es necesario dar a la categoría del administrador de hecho un fundamento dogmático específico que sirva para determinar los contornos de la misma y fijar también sus límites.

En esta segunda acepción del administrador en el ámbito del peculado, ha entendido la jurisprudencia española como una disponibilidad fáctica, por parte de funcionarios con ocasión del ejercicio de la función pública, aunque sin tener competencia específica sobre los caudales o efectos públicos, bastando pues una disponibilidad de hecho a la que pudiera haber dado lugar el ejercicio de cualquier función pública (así por ejemplo, quienes desempeñan funciones auxiliares en virtud de las cuales tienen acceso meramente físico al manejo de los fondos del Estado[652].

---

[652] Véase: PARIONA, "El concepto 'por razón de su cargo' en el delito de peculado", cit., p. 168 Este autor indica que "...son fuentes que legitiman y crean este deber especial en el funcionario que administra los bienes públicos: la ley, el acto administrativo y los supuestos fácticos no contrarios a derecho".

Más aún en ámbitos complejos donde no sea compatible la idea de que quien administre tenga, material o tangiblemente, la cosa que administra. La tenencia material del bien que se dispone ilícitamente, es una forma de administrarlo, pero no es la única forma, porque puede suceder que el administrador no sea quien lo tiene, sino quien da las instrucciones de disposición del bien. Otros serán los encargados, materialmente, de tomarlo de un lugar y colocarlo en otro, lícitamente. También administra quien solamente tiene la disponibilidad jurídica u ordenamiento sobre los bienes, aunque no su tenencia o contacto material con ellos[653].

El concepto *estricto* de administrador de hecho se asocia, a partir de un hecho efectivo en virtud del cual se procede al nombramiento del sujeto como administrador, a la ausencia de algunos de los requisitos formales a los que el Derecho mercantil condiciona la eficacia de tal nombramiento. Según esto, administrador de hecho sería un sujeto válidamente nombrado como administrador, y que obviamente actúa como tal, pero en cuyo nombramiento concurren vicios que pueden resultar determinantes de la anulación, no ha sido ratificado por la Junta.

Por el otro lado, el concepto *amplio* pero concreto en su contenido material de administrador de hecho incluye los casos que integra el concepto restringido en que quepa afirmar que un sujeto, no siendo administrador de derecho, ostenta el dominio social típico sobre la actividad de la persona jurídica. En este punto Silva Sánchez en el marco de la fórmula del "actuar en nombre de otro" apunta que estima "... preferible seguir la vía de un concepto amplio, pero concreto en su contenido material, de "administrador de hecho", que precisamente acoge el conjunto de los casos en que el sujeto, en virtud de una actuación fáctica, ostenta el dominio social sobre la situación típica"[654].

---

[653] ROJAS VARGAS, Fidel. ob. cit., p. 339.

[654] Que experimenta un nombramiento irregular que al menos le da una apariencia irregular. Por lo general, son tres los requisitos fundamentales, debe tener un título putativo, una causa justificada y lo más importante es que debe tener una causa lícita para llegar al cargo público.

Meini sostiene que el concepto "administrador de hecho" de cara al Derecho penal, ha de incluir a todos los que *de facto* realizan actividades de administración, en cuanto órganos de gestión y representación, constituyéndose, en consecuencia, en un concepto amplio. El fundamento dogmático de la punición del administrador de hecho en cuanto actúa en lugar de otro, ha de ser ubicado en el acceso al dominio social que consigue, lo que determina la existencia de una relación externa entre el administrador de hecho (*extraneus*) y el bien jurídico, idéntica a la que cabría establecer entre bien jurídico y el *intraneus*".

Gracia Martín anota que "...si un sujeto que no ostenta la cualidad de representante legal asumiera *de hecho* tales funciones, por ejemplo un sujeto que se arrogara la facultad de administrador judicial de una sociedad sin haber sido designado para tal efecto por la autoridad judicial, entonces el problema jurídico-penal se resolvería satisfactoriamente según una de estas dos hipótesis: a) para que sus acciones pudieran llegar a producir la lesión del bien jurídico –para que se comprobara la antijuricidad material– tendrían que pasar el filtro de la tolerancia de quienes ejercen el dominio social en el concreto ámbito en el que actúa; si dichas personas ejercen el adecuado control, el principio de intervención mínima relega la necesidad de incriminar aquellos actos usurpadores que, a lo sumo, merecerán la pena de la tentativa de autor inidóneo; b) si las personas que ejercen el dominio social en la esfera en la que aquél actúa toleran sus actos y dejan que lleguen efectivamente a producir la lesión del bien jurídico responderán por la omisión si es equivalente a la acción..."[655]

---

[655] Carece de un título putativo quien ha llegado al cargo público ilícitamente, por medio de violencia o medios fraudulentos y no tiene una causa de justificación suficiente. La diferencia entre un usurpador y un funcionario de facto, radica en que el primero tiene una causa que está reñida con el ordenamiento jurídico, o sea, existe una voluntad criminal. En la segunda, –funcionario de facto– existe una causa que está acorde con el ordenamiento jurídico y una complacencia comprobable. La pregunta sería: ¿puede ser considerado funcionario público de facto –o administrador de hecho– quien en otro proceso la misma persona ha

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL DELITO DE PECULADO

Actualmente, para el concepto típico de peculado en el Derecho peruano tiene que determinarse por lo menos tres elementos concurrentes: la calidad de los bienes (caudales o efectos públicos), calidad de la persona (funcionario público) y la naturaleza de la relación que media entre el sujeto y los bienes públicos (vinculación funcional). Con respecto a los primeros puntos el Código penal no se limita a los bienes públicos ni a los funcionarios públicos pues extiende la protección a los bienes privados y la sanción penal alcanza a los sujetos que no necesariamente son funcionarios públicos.

El peculado (doloso y culposo) debería concebirse como una conducta de sustracción definitiva o distracción temporal de fondos públicos por parte de quien detenta tales bienes, tuviera o no la condición de funcionario público, sin perjuicio de la agravación que ha de aplicarse a quienes ostentan efectivamente el cargo público. Se producía así un cambio relevante en la concepción de este delito de trasladar el elemento esencial que por el momento es el funcionario público, hacia el objeto material: los caudales y efectos públicos.

Precepto que recurre a una doble ficción, apartándose de la tradicional definición y estructura del peculado: en primer lugar, la de conceder a los depositarios de los bienes embargados la cualidad de funcionarios públicos, algo que el mismo Código penal peruano lo contempla en el art. 425 inc. 6, en virtud del nombramiento de autoridad. En segundo lugar, la de considerar los caudales públicos a los bienes embargados de los particulares, a través del acto de afectación judicial o administrativo.

---

sido condenado por usurpación de funciones? La respuesta es definitivamente negativa. Porque ya existe un pronunciamiento judicial que expresa una causa ilícita (voluntad criminal) que torna incompatible con el concepto de funcionario de facto que su licitud.

El elemento que nos permitirá descubrir la existencia de una competencia funcionarial es la esfera de custodia, que está referida a la actividad patrimonial del Estado donde la titularidad corresponde al funcionario público. La administración, percepción y la custodia, son diferentes formas de posesión de los bienes que por su cargo ejerce el funcionario público, objetivando la relación funcional existente, dicha relación debe existir para que se configure el delito de peculado.

a) **En la administración de bienes.**- El funcionario público en razón de su cargo, conforme a los ordenamientos respectivos, posee facultades de disposición de los bienes, ya que tiene por ley facultades para aplicar dichos bienes a finalidades determinadas por el ordenamiento jurídico[656]. Y es por ello que debe

---

[656] En la Sentencia que condena a Vladimiro Montesinos Torres por el delito de usurpación de funciones se puede ver lo siguiente: "Que se imputa al encausado Vladimiro Montesinos Torres (...) haber ejercido funciones diferentes al cargo que ostentaba de Asesor de la Alta Dirección del Sistema de Inteligencia Nacional, **usurpando de esta forma una función pública que no le correspondía (Jefatura del SIN)** habiendo instalado inclusive al interior del SIN su vivienda y oficina, desde donde ejercía el control absoluto en todas las esferas y con el solo propósito de enquistarse en el poder conjuntamente con el prófugo y el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori". En otro pasaje de la sentencia concretamente se lee: "(...) Entonces en ningún caso se le nombró como Jefe del SIN por ello no le estaba permitido dar órdenes que le correspondían a dicha jefatura, **tampoco su función de asesor le permitía haber manejado los fondos del Servicio de Inteligencia Nacional de las partidas I y II, así como otras asignaciones otorgadas al SIN, función que correspondía al Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional quien era titular del pliego presupuestal (...)** pero lo que da gravedad al hecho es que adquirió autoridad total, controlando ilícitamente la información del Sistema de Inteligencia Nacional entonces vigente (...) usurpó progresivamente de hecho la jefatura del Servicio de Inteligencia Nacional, desde que entonces era jefe de dicha institución Julio Salazar Monroe y luego Humberto Rozas Bonuccelli quienes no tuvieron reparo en entregar al procesado Montesinos Torres la **disposición de los dineros de la Partida de reserva de dicha institución**, siendo él, quien tomaba la decisión de su aplicación, fue así que progresivamente asumió el control de dicha entidad, siendo él quien decidía y ordenaba, llegando a ser el jefe formal un subordinado del asesor, debiendo implementar las directivas y órdenes que recibía, como fue el caso específico de Rosas Bonuccelli (...)".

tener el dominio de los bienes públicos, debido a sus funciones que le facultan disponer de dichos bienes para aplicarlos a una finalidad legalmente determinada.

b) **En la percepción de bienes**.- El funcionario público, en razón de su cargo, recibe bienes de procedencia lícita para ingresarlos o regresarlos a la administración pública.

c) **En la custodia de bienes**.- El funcionario público en razón de su cargo, protege, conserva y vigila los bienes públicos, y tal actividad de custodia significa una efectiva tenencia sobre dichos bienes. La custodia puede ser transitoria o permanente, pero en el momento de hechos la custodia del bien público debe haber sido confiada al funcionario en razón de su cargo[657].

Por último, la jurisprudencia penal peruana ha señalado, con buen criterio, que en relación al delito de peculado, por ejemplo en el caso de apropiación de útiles de escritorio (tampón, sello, engrapador y perforador) no merece la intervención del Derecho penal, por lo tanto debería aplicarse, como pasó en el siguiente, la aplicación del **principio de insignificancia**; principio que en determinadas infracciones penales donde está en juego principalmente el "patrimonio" del Estado debería aplicarse con más continuidad por los órganos jurisdiccionales de Primera y de Segunda Instancia, claro, siempre y cuando la afectación al patrimonio sea exigua y no comprometa intereses de terceros de manera significativa.

En efecto, ha dicho nuestro máximo Tribunal Judicial: *"Si bien está demostrada la relación funcional del procesado con los bienes apropiados, no se determinó cuáles serían los bienes objeto de esa apropiación. La condena se basa en la pericia contable, que concluye que se apropió de especies valoradas por S/.1, 103; sin embargo, en la acusación fiscal se le atribuye la apropiación de útiles de escritorio y de S/.27. Esta contradicción no ha sido aclarada durante el juicio oral, infiriéndose así una duela razonable. Que favorecer al encausado. Según el*

[657] SOLER, ob. cit., tomo 5, pp. 181 y 182.

principio de intervención mínima, el Derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general. En ese sentido, la apropiación de útiles de escritorio, como un tampón, un engrapador, un perforador y dos sellos, no merecía la intervención del Derecho penal, pues no produce una perturbación social que dote de relevancia penal a la conducta, precisamente por no transgredir las barreras mínimas que habilitan su intervención, que es de última ratio"[658].

En otro fallo judicial también se aplicó el principio de mínima intervención para dejar de lado la comisión del delito de peculado doloso. El caso es el siguiente: se acusa a Eva Giselle García León, en su condición de Procuradora Pública del Ministerio de Energía y Minas, de apropiarse de S/.133 soles. Dicho dinero correspondía al fondo de caja chica de la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas. Asimismo, se le imputa haber falsificado la firma de su practicante pre-profesional en los comprobantes de egreso, a fin de sustentar gastos de movilidad irreales ante la Tesorería y Oficina General de Administración de la institución mencionada.[659] En ese sentido,

---

[658] Sala Penal Permanente, R.N. N° 2676-2014-PUNO, de fecha diez de setiembre de dos mil quince, extraído de: Gaceta Penal & Procesal Penal Tomo 87/ Setiembre 2016.

[659] Véase, en este sentido: la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente A.V. N° 09-2015-1, de fecha catorce de marzo del dos mil dieciséis, donde la Corte Suprema actuando como órgano de alzada, declara fundada la Excepción de Improcedencia de Acción planteado por su defensa técnica, este fallo es extraído de: Actualidad Penal, OCTUBRE 2016 / N°28, Lima. En la jurisprudencia nacional existen diversos pronunciamientos sobre este principio. Así, la ejecutoria suprema recaída en el R.N. N°238-2009-Lima, en su fundamento jurídico quinto, señala que "en el caso concreto es relevante y aplicable el principio de subsidiariedad según el cual el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso que se debe utilizar a falta de otro menos lesivo, así como el denominado carácter fragmentario del Derecho penal que constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino solo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos –el Derecho penal protege el bien jurídico contra ataques de

la citada Ejecutoria ha dicho, como criterio judicial lo siguiente: *"El principio de intervención mínima constituye un límite al ius puniendi del Estado, pues señala que se justifica la intervención penal siempre que esta sea necesaria e indispensable para el mantenimiento de la armonía social y pues "El Derecho penal deja de ser necesario, podrá proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales". - (Mir Puig, Santiago, Derecho penal, Parte general, sétima edición, Buenos Aires: B de I 2005, p.126). En ese sentido, se tiene que este principio acoge los siguientes subprincipios: fragmentariedad y subsidiariedad (ultima ratio). En ese sentido, se tiene que el principio de fragmentariedad establece que el derecho penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo en las modalidades más peligrosas – (Vid. Mir Puig, Santiago, Derecho penal, Parte general, sétima edición, Buenos Aires: B de f, 2005, p. 127) -. Asimismo, el principio de subsidiariedad y/o ultima ratio señala que el Derecho penal deberá intervenir exclusivamente cuando otros medios de control social hayan fracasado en el intento de salvaguardar el buen desarrollo de la sociedad – (Bramont - Arias Torres, Luis Miguel, Manual de Derecho penal, Parte general, tercera edición. Lima: EDDILI, 2005, pp. 90-91.)*

Continúa el citado fallo judicial señalando lo siguiente: *"En ese sentido, entendiéndose que los principios rectores del Derecho penal –principio de mínima intervención, entre otros– exigen que su intervención se produzca estrictamente cuando el ilícito ocasionado tenga una alta trascendencia que altere de desarrollo normal de la sociedad, se*

---

especial gravedad–; que ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del Derecho penal que consiste en que la intervención del Estado solo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización." Siguiendo esta línea jurisprudencial, este Supremo Tribunal también ha expedido las ejecutorias recaídas en los R.N. N° 3763-2011-Huancavelica y R.N. N°1336-2012-Apurímac, indicando que cuando la lesión resulta ínfima se deben buscar otros mecanismos alternativos al sistema penal, toda vez que con dicho obrar no se quebranta significativamente la norma.

tiene que la normativa penal no puede intervenir en ilícitos menores que puedan ser resueltos por otros mecanismos legales de nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, pese a que los hechos atribuidos al investigado puedan configurar el tipo penal imputado, no obstante, en aplicación del principio de mínima intervención, el Derecho penal no podrá acudir a sancionar dicha conducta. En consecuencia, resulta idóneo analizar en el caso concreto la viabilidad de la postulación de la excepción de improcedencia de acción, pues si la conducta atribuida no es merecedora de pena, carece de relevancia proseguir con el desarrollo del proceso penal, más un si existen otras vías alternas que lesionan en menor grado el derecho del ciudadano".

VII. LA MODIFICACIÓN CONTENIDA EN LA LEY Nº 29703 Y 29758

El día 10 de junio se publicó la Ley nº 29703, ley que modifica el Código penal respecto de los delitos contra la administración pública. Se trata de modificaciones que no solo afectan a las sanciones penales (aumento de penas) sino que, y es lo que en realidad preocupa, pretenden incidir en el sentido de las conductas prohibidas, esto es, en el supuesto de hecho de las figuras delictivas. Si estas últimas modificaciones se conciben en el sentido que promueven una interpretación más restrictiva de los delitos contra la administración pública, entonces las consecuencias serían absolutamente negativas para la lucha contra la corrupción, no solo para aquellos actos de corrupción que se produzcan con posterioridad a esta ley, sino también para los que se produzcan con anterioridad a la vigencia de la misma, esto es, a la corrupción producida durante los regímenes de García, Toledo y Fujimori.

Como se sabe, en Derecho penal rige el principio constitucional de retroactividad de la ley penal más favorable (art. 103º Constitución[660]

[660] ÁVILA, Juan José; "Significación de conceptos empleados en el Código", en: Baigún-Zaffaroni (Dir.), Terragni (Coord.), Código penal y normas complementarias, 2, Parte General, Buenos Aires, 2002, pp. 895 y 896.

por lo que si las nuevas figuras penales se entienden con menor alcance que las derogadas, esto es, menos conductas se consideran delictivas, entonces los procesados por corrupción podrían acogerse a la nueva normativa por considerar que sus conductas no son, ahora, relevantes penalmente. Incluso a pesar de que el Congreso derogue esta ley, los efectos de la misma ya se habrían producido. Ello en razón del principio constitucional de la ley penal más favorable (art. 139° inciso 11 – Constitución).

Es por ello que consideramos que la minimización de los efectos negativos de esta reforma se encuentran, sobre todo, en manos de los operadores del sistema de justicia (jueces y fiscales). Son ellos los que pueden mantener una interpretación óptima de los tipos penales relacionados con la administración pública y así evitar espacios de impunidad en el futuro y en los procesos por corrupción en curso.

En la reforma del delito de peculado se aprecian dos modificaciones relevantes las cuales podrían incidir, por un lado, en los modos de participación (complicidad o instigación) y, por otro lado, en la graduación de la gravedad del delito cometido.

Con relación a la primera, la reforma de la Ley N° 29703 ha suprimido el peculado para terceros. Esto es la fórmula referida a la apropiación o utilización para otro de caudales o efectos públicos. En su lugar incorporó una figura, tomada del Código penal español, referida a la conducta de consentir que un tercero se apropie de caudales o efectos públicos.

La fórmula anterior, si bien no permitía una interpretación clara sobre el momento de consumación del peculado para terceros, había sido aclarada por la jurisprudencia mayoritaria. Dicha jurisprudencia había establecido que la consumación del peculado para terceros se producía al momento en que el bien era entregado al tercero o cuando aquel se encontraba a disposición de esta. Esto permitía imputar como cómplice del delito de peculado a aquel tercero (particular) que recibía el bien o tenía a su disposición el mismo.

La modificación producida incorpora una figura autónoma del delito de peculado que tampoco coadyuva una interpretación clara sobre el momento de consumación, reposa sobre el hecho de consentir que otro se apropie, entonces podría evidenciarse una peligrosa y equivocada línea de interpretación que diferencia el momento de consentir y el posterior momento en que otra persona se apropia de los bienes o caudales públicos. Esta diferenciación permitiría excluir a los particulares o extraneus como cómplices del delito de peculado dado que su intervención se produciría con posterioridad a la consumación del delito.

En nuestra opinión esta modalidad del peculado se puede considerar claramente como un delito permanente (situación de consentimiento sostenida por el funcionario o servidor público), de tal manera que la situación de consentimiento puede extenderse hasta el momento en que el tercero se apropia de los caudales o efectos del Estado. Esta posición, permite evidentemente, comprender a los extraneus o terceros particulares como cómplices del delito de peculado. Corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de la República evitar lagunas de impunidad sobre todo con terceros que cooperan con los funcionarios o servidores públicos en la apropiación de bienes o caudales públicos.

Con relación a la segunda modificación, la reforma ha creado una agravante del delito de peculado en razón del valor del perjuicio o peligro de perjuicio producido al patrimonio del Estado. Específicamente el tipo penal agrava la sanción penal al funcionario público en la medida en que lo apropiado o utilizado supere las 10 UIT. En consecuencia no se trata de una condición objetiva de punibilidad que determine la impunidad de actos de apropiación inferiores a las 10 UIT sino de una graduación de la gravedad del injusto. Esta es una reforma pertinente.

VIII. RESPECTO A LA MODIFICATORIA DEL DELITO DE PECULADO DE USO ART. 388º EN LA LEY Nº 29703

Sin perjuicio del agravamiento de la sanción penal, no apreciamos cambios relevantes en el supuesto de hecho. Cabe señalar que los casos

de uso de vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo también se encontraban excluidos de la figura derogada de peculado de uso.

El art. 387° del Código penal sanciona el delito de peculado de la siguiente manera: *"El funcionario público o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...."*. Los elementos objetivos constitutivos del delito de peculado son los siguientes: a) existencia e una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) la percepción, administración o custodia; c) modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma; d) destinatario, para sí o para otro; y e) objeto de la acción: los caudales o efectos.

El ordenamiento jurídico penal sanciona, en esta medida, la indebida apropiación o utilización de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia estaban confiadas al funcionario o servidor público a su favor o de un tercero. Hacerse de los caudales y efectos del Estado. Así lo ha entendido también la jurisprudencia nacional: "La conducta típica supone, en los delitos de peculado, crear un desbalance patrimonial, de suerte que el monto asignado para el desarrollo de una actividad no se vea reflejado en ella misma, siendo causa de este desbalance (para que se realice el tipo penal en la modalidad denunciada) un traslado de recursos de una esfera patrimonial a la otra (...)" Exp. Camaná 498-98-P/CAM.

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO
EL DELITO DE PECULADO DE USO
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 388° DEL CÓDIGO PENAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El peculado de uso es conocido como peculado por distracción haciéndose alusión de tal modo al hecho que el bien es distraído, destinado o empleado en usos distintos al oficial[661]. Una Ejecutoria Superior ha señala que *"El tipo de peculado de uso consiste en una conducta mediante la cual el funcionario o empleado público usa o permite que otro use, para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública que se encuentre bajo su guarda"*[662]. La lógica de la represión del delito de peculado de uso es que el funcionario público o servidor público utilice indiscriminadamente los bienes de trabajo pertenecientes al Estado; que saque provecho de los vehículos u otras maquinarias del Estado para sus propios fines personales.

El delito de peculado de uso de vehículos o instrumentos de trabajo, previsto en el artículo 388°, es adecuado a criterios de fragmentariedad y falta de imputación objetiva del resultado. Del mismo modo que en el caso anterior, no se pueda distraer los limitados recursos del sistema, en casos de bagatela o en los que el uso privado del bien, no

---

(661) ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, p. 536.

(662) Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 17 de diciembre de 1998, Exp. N° 523-98, extraído de: ARMAZA GALDOS, Jorge y ZAVALA TOYA, Fernando, La decisión judicial, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 248.

genere una grave afectación del servicio o la función encomendada. Otra vez, el Derecho administrativo disciplinario es un instrumento primario para hacerse cargo de estos casos. Ciertamente, en el caso de contratistas que distraen con fines privados insumos públicos, el Derecho penal debe cumplir su rol sancionador, pues estos no tienen vinculación funcional con el Estado[663].

El peculado de uso tiene zonas fronterizas con el llamado hurto de uso del artículo 187° del Código penal, que prevé la siguiente conducta: *"El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año"*. En ambas conductas afectan el patrimonio, con la salvedad de que en el hurto el afectado será un particular titular de la cosa mueble; en cambio, en el peculado el afectado será el patrimonio del Estado. En el delito hurto de uso igualmente se reprime la conducta, claro que con una pena atenuada (solo con una pena privativa de libertad no mayor de un año), en relación al hurto simple (artículo 185°) y obviamente en relación al delito de peculado de uso (artículo 388°).

Como en todo delito contra la administración pública (por ser una infracción penal de corte institucional) siempre existirá un bien jurídico-penal *genérico*, que en el caso del delito de peculado de uso, sería el de garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; en palabras de la jurisprudencia penal, se tiene dicho que "El bien jurídico tutelado en el delito de peculado de uso es el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal por parte de los sujetos públicos"[664].

---

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

[664] Ejecutoria Suprema del 26/03/2009, R.N. N° 149-2007-CAÑETE. VOCAL PONENTE: NEYRA FLORES, José, *Gaceta penal*, tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2010, p. 231.

Ahora bien, desde el punto de vista del bien jurídico-penal *específico* sería la de proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cuidado de los bienes públicos al cumplir con su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan[665]. El delito de peculado de uso, según Frisancho Aparicio, por tratarse de una forma de malversación de bienes públicos, ostenta la nota común a todas las malversaciones, la afectación general a los intereses patrimoniales del Estado, al patrimonio, quebrantándose en aquellos el deber de fidelidad o lealtad del funcionario respecto a la administración de la que depende[666]. En otras palabras, se trata de evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. Por todo ello –tanto desde el punto de vista genérico y específico en el ámbito de protección–, el delito de peculado de uso se trata, en realidad, de un delito pluriofensivo.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Descripción legal

El delito de peculado de uso, en su versión actual, se encuentra regulado en el artículo 388° del Código penal, el mismo que señala lo siguiente:

> **"Artículo 388. Peculado de uso**
>
> *El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y,*

---

(665) SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011, p. 369.

(666) FISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, p. 339.

con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo."

(Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre 2016)

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [667], en el Capítulo II, regula bajo el rubro "Delitos cometidos por funcionarios", el delito de peculado de uso", en el artículo 442° en los siguientes términos:

"El funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículo, máquinas u otros instrumentos de trabajo afectando gravemente el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los bienes indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública, independientemente del grado de afectación de la obra.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo".

2.2. Sujeto activo

El tipo penal en cuestión, siguiendo la lógica del delito de peculado doloso y culposo –y extensivo al delito de peculado de uso–, se trata

[667] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 256.

de un delito de infracción del deber, donde el agente público quebranta imperativos funcionales asumidos en razón del cargo –es decir, infringe deberes–[668]. Así lo tiene establecido una Ejecutoria Suprema: *"El delito de peculado de uso es un delito de infracción de deber, puesto que contiene deberes positivos que implican –en el actuar (en este caso del funcionario público)– no solo tratar de no dañar el bien jurídico protegido (administración pública), sino acrecentar su buen funcionamiento; es decir, se protegen deberes positivos, por lo que se necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y los vehículos pertenecientes al Estado para que se configure el delito, aunado al uso distinto del que está destinado. Este deber positivo y vinculación funcional del encausado con el vehículo de la Municipalidad ha sido existente y probado en el presente caso."*[669]

Tenemos que advertir lo siguiente: el segundo párrafo del artículo 388° señala que dicha disposición es aplicable al *contratista de una obra pública o a sus empleados*, siempre y cuando los efectos indicados pertenezcan al Estado o cualquier dependencia pública. Es decir, se eleva a la categoría de funcionario o servidor público, a parte de la lista normativa que se prevé en el artículo 425° del Código penal, primero a los contratistas de una obra pública o en segundo lugar, a los empleados de dichos contratistas. Como es sabido, en el caso de los "contratistas"

---

[668] "Como se sabe, la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación como delito de infracción del deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación. Señala REAÑO PESCHIERA, JOSÉ LEANDRO, que en el delito peculado el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta solo al titular de determinado rol especial [*La administración de caudales públicos por delegación de competencias funcionariales*. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales número 4, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 351]. Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, recaída en el Exp. N° 23-2001-AV, de 20.07.2009. Asunto: Alberto Fujimori Fujimori".

[669] Ejecutoria Suprema del 19/08/2010, R.N. N° 1269-2009-PUNO. VOCAL PONENTE: RODRÍGUEZ TÍNEO, *Gaceta penal*, N° 25, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2011, p. 74.

se trata de personas que ejecutan obras para la administración pública en virtud de un contrato vigente.

Ahora bien, el artículo 392° del Código penal –extensión del tipo penal de peculado– prescribe lo siguiente: *"Están sujetos a lo prescrito en* ***los artículos 387 a 389,*** *los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social".*

Como puede verse, el delito de peculado por extensión comprendería también al delito de peculado de uso (art. 388) dentro de su línea de extensión represiva; sin embargo la pregunta sería si dicha comprensión típica sería de modo correcto de cara al principio de legalidad (artículo II del Título Preliminar del Código penal), desde que el peculado de uso solo está circunscrito a determinados objetos materiales: "vehículos", "maquinarias" o "cualquier otro instrumento de trabajo" del Estado; mientras que el delito de peculado por extensión, los objetos materiales son distintos: "dinero", "bienes embargados o depositados" del Estado, aunque pertenezcan a particulares.

En cuanto a los objetos materiales no sería correcto la comprensión, pero nos preguntamos lo siguiente: ¿Sería correcta dicha comprensión en cuanto a los sujetos activos? Porque si bien el peculado de uso solo reprime a los funcionarios o servidores públicos, de acuerdo a la descripción que ha realizado el artículo 425° del Código penal; el peculado por extensión precisamente amplía el marco de posibles sujetos activos, abarcando, aparte de los funcionarios o servidores públicos, a "administradores", "custodios", "ejecutores coactivos", "depositarios" o "representantes de personas jurídicas".

En nuestra opinión, tenemos que hacer una precisión relevante: por ejemplo un representante de una persona jurídica puede ser considerado como sujeto activo o autor del delito de peculado de uso,

siempre y cuando dicho "representante" sea considerado como un funcionario o servidor del Estado, y la persona jurídica al cual representa sea también al Estado, y se trate de "vehículos", "maquinarias" o "cualquier otro instrumento de trabajo" del Estado; el mismo razonamiento podemos hacer con relación a los "administradores", "depositarios" de bienes embargados por autoridad competente, desde que el artículo 425º del Código penal, inciso 4, autoriza su inclusión expresa como funcionarios o servidores públicos en el ámbito jurídico-penal peruano, y por tanto serían sujetos activos del delito de peculado de uso.

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito lo será el Estado peruano, concretamente en sus intereses patrimoniales, y sujeto pasivo de la acción, lo será los vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado o bajo la guardia de este.

2.4. Conducta típica

En cuanto a la conducta típica podemos observar que los verbos rectores, según el artículo 388°, son dos específicos: primero el *"usar"* vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado o bajo la guardia de este; y segundo *"permitir"* que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado o bajo la guardia de este.

- El usar significa aprovecharse de las bondades de alguna cosa que puede ser del propio titular de la cosa, como puede ser un tercero que lo haga. Usar es un comportamiento activo en provecho del goce personal del sujeto activo o de terceros[670]. Dicho uso en fines ajenos al servicio presupone la presencia de

[670] Véase: Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N. N° 149-2007-Cañete (**www.pj.gob.pe**) Denunciado: Jorge Alejo Torres Núñez y otros Agraviado: El Estado y otro; Asunto: Peculado de uso; Fecha: 31 de marzo de 2009.

beneficio para el sujeto activo o para los terceros: resultan favorecidos. Las formas del uso igualmente pueden ser numerosas, directas, indirectas, puede prestarlas, alquilarlas, empeñarlas etc. El agente puede, incluso, combinar fines oficiales y particulares[671].

Aquí, el término "usar" está en el sentido de que al agente especial no le pertenece la cosa material, sino a la administración pública. En esta primera variante indica que el funcionario o servidor público utilice de forma personal el bien de trabajo. Por ejemplo, el propio agente público está manejando la camioneta de una institución pública.

El término "usar" puede ser entendido, en este punto, como un abuso de confianza por parte de los funcionarios o servidores públicos, cuando por ejemplo utilizan los vehículos públicos para una candidatura política. En efecto, una Ejecutoria Suprema ha señalado que: *"Los procesados en su condición de Alcaldes y por ende de funcionarios públicos encargados de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública, faltaron a la confianza pública depositada en ellos, toda vez que se comprobó su participación a favor de una candidatura facilitando el uso de vehículos de transporte de sus respectivos Municipios participando activamente, portando banderolas alusivas a la candidatura, es decir dieron mal uso a los vehículos destinados al cumplimiento de alguna labor pública"*[672].

---

[671] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 540.

[672] Véase, la Ejecutoria Suprema del 23/08/2002, Exp. N° 2565-2001-CUSCO-, extraído de SALAZAR SANCHEZ, Nelson, Delitos contra la administración pública. *Jurisprudencia penal,* Jurista Editores, Lima, 2004, p. 399. Asimismo, existe otra Ejecutoria Suprema expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N. N° 149-2007-Cañete (www.pj.gob.pe) Denunciado: Jorge Alejo Torres Núñez y otros; Agraviado: El Estado y otro; Asunto: Peculado de uso; Fecha: 31 de marzo de 2009, se señaló que: *"Se denunció a un director de unidad de servicios educativos y a otras personas, en sus condiciones de servidores públicos, el haber hecho uso de los vehículos*

O aquella otra Ejecutoria Suprema que conoció el caso de la utilización, sin autorización, de vehículo incautado en fines oficiales, genera igualmente el delito de peculado de uso. Así: "*El procesado tenía pleno conocimiento de que el vehículo se hallaba incautado por encontrarse incurso en delito de tráfico ilícito de drogas. Se le incrimina al procesado en su calidad de miembro activo de la Policía Nacional del Perú, haber hecho uso del vehículo incautado por la División Antidrogas de la Policía Nacional del Perú, el mismo que debió ser internado oportunamente en la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas (OFECOD) circunstancias que fueron advertidas al haberse ocasionado con el vehículo un accidente de tránsito; el procesado, a nivel policial aceptó haber utilizado el vehículo en dos ocasiones, una para reparar el vehículo, y la segunda para recabar unas pericias, siendo en esta segunda oportunidad cuando ocurrió el accidente; la versión exculpatoria que esgrime el procesado en su instructiva, cuando señala que utilizó el vehículo con la autorización de su jefe inmediato superior, resulta inconsistente ya que en autos no obra documento alguno que acredite dicha autorización. En consecuencia se han dado los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal por el cual se procesa al recurrente, ya que este tenía la condición de funcionario público (era efectivo policial de la DIRANDRO), el vehículo que se utilizó fue incautada en la investigación policial por delito de tráfico ilícito de drogas, quedando probado que el procesado no tenía autorización para*

de propiedad de la institución para fines ajenos al servicio educativo. Así, un vehículo habría sido utilizado los fines de semana por la agrupación política del director, quien era a la vez candidato para alcalde de la localidad, lo cual se verificó al hallarse un cuaderno en el que se deja constancia del uso indebido del vehículo. Luego del juicio oral, la Sala Superior absolvió a los procesados. Disconforme con ello, la Procuraduría Pública interpuso recurso de nulidad. Al fundamentar su recurso de nulidad, la Procuraduría alegó que la recurrida no tuvo en cuenta un informe en el cual se acredita que el procesado, abusando de su cargo, hizo uso indebido de la camioneta de propiedad de la entidad agraviada con fines de campaña política".

disponer de dicho vehículo, por lo que la sentencia condenatoria se encuentra arreglada ley"[673].

- La otra variante del verbo rector es cuando "permite" que otro lo utilice, aquí el agente no lo utiliza de forma personal, sino que lo delega a otra persona, que puede ser otro funcionario u otro sujeto particular. "Permitir que otro use" está referido a que otro se aproveche del bien, supone así un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente permiten (toleran, consienten, autorizan) el uso de dichos bienes por terceros. Tiene que haber una autorización expresa o hasta presunta por parte del agente hacia la otra persona, para que esta utilice los vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública o que se hallan bajo su guarda.

  En todo caso, debe existir una distracción cuando el agente por actos omisivos permite, tolera o facilita que un tercero o particular, realice actos de uso[674]. En el caso del particular que interviene en el uso indebido de los bienes públicos se requiere que actúe con el permiso o aceptación del funcionario, de lo contrario estaríamos ante un hurto de uso. Por ejemplo, el vehículo oficial, asignado a un funcionario público, quien permite que sea diariamente utilizado para que su esposa realice las compras en un centro comercial; el teléfono celular que es confiado al cargo de un funcionario, quien lo presta a su hermano para que aquel pueda ejecutar genocidios. Concordamos con Peña Cabrera cuando señala que el "otro" ha de responder a

---

(673) Ejecutoria Suprema del 22/01/2003, Exp. N° 3201-2001-LIMA. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 401.

(674) SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011, p. 363 nos dice que "...hay delito de peculado de uso por misión en aplicación del artículo 13ª del Código penal, pues el agente público en todo momento es garante del bien público que está a su disposición o bajo su guarda para el desempeño de sus funciones al interior de la administración".

título de complicidad por el uso del bien patrimonial, siempre y cuando conozca que el bien detenta dicha naturaleza (dolo), si es el padre que da el celular a su hijo, sin mencionarse dicha cualidad, no habrá responsabilidad del descendiente, puesto que la participación delictiva solo resulta incriminable a título de dolo, el cual depende del dolo del autor[675].

2.5. El uso de objetos o instrumentos de propiedad del Estado con fines ajenos al servicio público

Si el uso o utilización de los objetos o instrumentos de propiedad del Estado están en función al servicio específico del funcionario, a nuestro entender no existe ninguna conducta prohibida, desde el punto de vista jurídico-penal, ni mucho menos desde el punto de vista jurídico-administrativo; es más, todo Estado moderno fomenta y promueve la respectiva utilización de sus instrumentos para el mejor desempeño de los funcionarios, por ello, más bien constituiría una verdadera falta el hecho de que el funcionario público no utilice oportunamente, por ejemplo, los vehículos autorizados para su respectivo traslado para una diligencia determinada, y que por tal situación se frustre dicha diligencia.

En otras palabras, los *fines* a los cuales deben ser empleados toda la maquinaria estatal, han de estar encaminadas a los objetivos privativos de los estamentos públicos, los cuales son gravemente distorsionados, cuando el *intraneus* da una aplicación privada a dichos bienes, generando una alarma legítima en la comunidad[676]. Por tal motivo, el delito de peculado de uso, en su versión actual, empieza (artículo 388° del Código penal) reprimiendo la conducta de la siguiente manera: *"El funcionario público que,* ***para fines ajenos al servicio...***"

---

[675] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial,* tomo V, Lima, 2010, p. 376.

[676] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial,* tomo V, Lima, 2010, p. 375.

En este sentido, los *fines ajenos al servicio* presuponen la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Tiene que existir un uso privado, que sería un acto de beneficiarse con las propiedades funcionariales de un bien, sin consumirlo. El uso debe ser privado, es decir, debe producirse con destinados fines ajenos a la función pública para la cual han sido destinados. Los casos de desviación del fin son subsumibles en el tipo de malversación de caudales.

2.6. El objeto material del delito: que el vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenezcan a la administración pública o que se hallan bajo su guarda

Se trata de una condición del tipo penal que los *bienes pertenezcan a la administración pública*, esto es, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento sean de propiedad de la administración pública o bajo su guarda; cuando se habla de propiedad del Estado, puede ser en un sentido amplio o de particulares bajo la custodia de la administración pública. El tipo no exige necesariamente relación funcional estricta con los vehículos, máquinas e instrumentos del Estado, bastando en varios supuestos que se hallen destinados al servicio en el ámbito de competencia de los funcionarios o servidores[677]. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto con los bienes o instrumentos de trabajo o tenerla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional[678].

No hay peculado de uso sobre bienes muebles fungibles. Como bien dice Portocarrero Hidalgo esta figura se refiere concretamente a las cosas y no al dinero[679]. En todo caso, si existe un bien inmueble o

[677] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 537.

[678] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 367.

[679] PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 180.

algún bien fungible, dinero por ejemplo, será tipificado en el delito de peculado por utilización del artículo 387° del Código penal[680].

Cuando el tipo penal señala solo de "vehículo", "máquinas" o cualquier otro "instrumento de trabajo", se está refiriendo a aquellos bienes de carácter mueble que sirven para facilitar y/o complementar el trabajo del agente especial dentro de la administración pública. En consecuencia, estaría excluyéndose la utilización por parte del agente de un bien inmueble perteneciente al Estado; por ejemplo sería atípica la conducta del agente cuando utiliza las instalaciones de la institución pública donde labora, para realizar su cumpleaños.

Que en relación al objeto material del delito en estudio, esto supone los siguientes supuestos:

- En primer término que el vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo *pertenezcan* a la administración pública. Que el bien mueble sea de propiedad del Estado, y ello quedará acreditado con los papeles que deberán estar a nombre de la institución pública que representa el agente especial.
- En segundo término, que el vehículo, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo no le pertenezcan a la administración pública, sin embargo, que se hayan *bajo la guarda* de la administración pública. En este supuesto los bienes muebles no son de propiedad del Estado, sin embargo, están bajo custodia y vigilancia por parte del Estado; y puede estar encargado

(680) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2003, p. 372 nos dice que el "peculado de uso" debe diferenciarse, en el CP peruano, del 'peculado de utilización' del artículo 387. Y su única diferencia (artificial e insuficiente, pero obligatoria por imposición legal) estriba en que en el artículo 388 los bienes públicos usados son 'instrumentos de trabajo' como vehículos, máquinas u otros, mientras que los bienes utilizados del artículo 387 son 'caudales o efectos' distintos de aquellos (p. ej., dinero o documentos negociables). Por lo demás. Según ABANTO VÁSQUEZ, no se entiende esta diferencia, pues en ambos casos el injusto penal, no obstante lo cual la sanción penal es diferente".

de la custodia el mismo sujeto que luego él mismo realiza el uso indebido del vehículo o instrumento.

Cuando la ley habla de **vehículo** se refiere a cualquier medio de transporte motorizado o no, inclusive la acémila, que sirve para trasladar personas o cosas, es indiferente la conducción personal o no del medio por el agente(681).

Cuando la ley habla de **máquinas** se refiere a todo aparato o medio que realiza un trabajo mecánico con ahorro de fuerza, máquina de escribir, de tejer, o de operaciones aritméticas, eléctricas o mecánicas, computadoras, etc.(682)

La ley, luego de hacer mención expresa a vehículos y máquinas se refiere en forma genérica a cualquier **otro instrumento de trabajo**, se trata de cualquier herramienta que sin ser vehículo ni máquina es útil para cualquier tipo de trabajo –teléfono, fax, instrumento musical, etc.(683)

2.7. Grados de desarrollo del delito

Se trata de un delito de resultado lesivo, pues el hecho de que el agente use los bienes del Estado, o permite que otro lo use, ya se ha producido una afectación material a los intereses estatales, concretamente a su patrimonio. Por lo tanto, puede admitirse la posibilidad de la tentativa (artículo 16°): la Policía Nacional y la Fiscalía Anticorrupción interviene al agente en el preciso instante que se disponía a subir al vehículo oficial para llevar a sus hijos al colegio.

Ahora bien, resultará irrelevante para los fines de la consumación, que luego que el agente especial haya utilizado o permitido que otro

(681) PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 1997, p. 182.

(682) PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 183.

(683) PORTOCARRERO HIDALGO, ob. cit., 1997, p. 183.

lo haya utilizado, el agente lo devuelva a la institución pública donde labora. Se trataría de un acto de agotamiento, relevante solo para la determinación judicial de la pena.

En el llamado hurto de uso del artículo 187° del Código penal, se prevé lo siguiente: *"El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer* ***uso momentáneo y lo devuelve...****"*, esto es, que en el hurto de uso el agente debe usarlo de modo momentáneo y luego devuelve el bien mueble, situación que no ha previsto el delito de peculado de uso, en la cual el uso puede hacerlo de modo permanente.

2.8. Cláusula de exoneración típica prevista en el último párrafo del artículo 388° del Código penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N° 04298-2012-PA/TC Lambayeque en el Caso "Roberto Torres Gonzales"

El artículo 388° del Código penal peruano, en el último párrafo, incorpora una cláusula de exención o excepción de responsabilidad penal en los siguientes términos: *"No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo"*. Cuando el tipo penal señala que no están "comprendidos" en este articulado (es decir, el peculado de uso), se está refiriendo a aspectos de exclusión de sanción penal enmarcados exclusivamente por "razón de cargo". Rojas Vargas[(684)] afirma que "tal excepción obedece al sentido común de naturaleza del cargo y las necesidades del servicio imponen, en relación con un marco puntual de permisiones en beneficio del sujeto público. En vía de interpretación extensiva podría cubrir también a los que en relación de dependencia administrativa y funcional se hallen subordinados a dichos sujetos y hagan uso de dichos bienes por indicación".

---

(684) ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, 4° edición. Editorial Grijley. Lima, 2007, p. 543.

Aquí se observa la alta investidura del agente especial por la condición que prevé este párrafo, en este sentido solo podrían ser exonerados de la responsabilidad penal los funcionarios públicos (investigados de poder de decisión dentro de su ámbito de función), por ejemplo, el Presidente de una Corte Superior, el Presidente de la Junta de Fiscales Superiores de un Distrito Judicial, un Alcalde de una Municipalidad, entre otros; excluyéndose en consecuencia los servidores o empleados públicos. Normalmente la utilización de los bienes por razón del cargo está normada en los estatutos internos de cada institución pública, en estos casos dichos funcionarios pueden utilizar (las 24 horas del día) los vehículos motorizados asignados por el Estado peruano; por ejemplo, para fines del traslado "personal" del citado funcionario desde su domicilio real hasta su centro de trabajo estatal, o para una diligencia o visita oficial dentro o fuera de su jurisdicción; es lo que se conoce como "estar a su disposición" del funcionario un vehículo motorizado.

La exclusión de responsabilidad penal solo se presentará en el caso de vehículos, mas no cuando se trata de otros instrumentos de trabajo; por ejemplo cuando el funcionario público se lleva computadoras portátiles que algunas instituciones públicas normalmente asignan a sus trabajadores. En ese sentido, la exclusión "vehículos motorizados" del género "vehículos", a que se contrae el primer párrafo del artículo 388°, se justifica no por su adscripción a un servicio público sino *por criterio de funcionalidad:* "estar *destinados al* servicio personal por razón del cargo", excepción que como tal debe interpretarse en forma *restringida,* no pudiendo extenderse por ejemplo al concepto "servicio familiar por razón de cargo", pues esta salvedad se prevé por la ley como *intuito personae* (cfr. lo previsto por el artículo 10 del Código penal: *"Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes").*

En este punto debemos traer a colación el reciente caso "Roberto Torres Gonzales", conocido por el Tribunal Constitucional peruano, a través de una Acción de Amparo contra resoluciones judiciales, en la

cual la Sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque condena a Roberto Torres Gonzales, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chiclayo por el delito de peculado de uso, por considerar que Torres Gonzales, en su condición de Alcalde permitió que se use indebidamente el vehículo oficial (camioneta) de Placa PIO-62 Toyota, de propiedad de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, para trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo, donde realizaban actividades recreacionales.

Esta conducta, de acuerdo a lo señalado por Torres Gonzales, no sería típica, pues de acuerdo a la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código penal: "*No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo*". En efecto, de acuerdo a Torres Gonzales, "basta con que la camioneta haya sido asignada a mi uso personal para que no sea aplicable el tipo penal de peculado de uso, independientemente de que se afirme que el vehículo haya estado siendo utilizado por mi persona o por mis hijos". (Contestación de demanda, fojas 56).[685]

---

[685] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales", el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli y el voto también singular en el que convergen los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, ambos que se agrega así como el voto dirimente del magistrado Eto Cruz. En dicha Sentencia el Tribunal Constitucional Declaró: **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de la resoluciones judiciales; en consecuencia, **NULA** la Sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, Expediente N° 1488-20111-96-1706-JR-PE-06, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que condenó a Roberto Torres Gonzales por delito de Peculado de Uso a dos años de pena privativa de libertad; y asimismo suspendió su ejecución, por lo cual dispuso que la Sala emplazada emita nueva resolución, teniendo en cuenta lo expresado en los fundamentos 17 y 18 de la sentencia.

Los Jueces de la Sala Penal de Lambayeque (demandados en el presente proceso constitucional) han esgrimido el siguiente razonamiento, decantándose por una interpretación restrictiva de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código penal. Así, la Sala Penal emplazada ha expresado que: "La exclusión vehículos motorizados del género vehículos a que se contrae el primer párrafo del citado artículo, se justifica no por su adscripción a un servicio público sino por criterio de funcionalidad: "estar destinados al servicio personal por razón del cargo", excepción que como tal debe interpretarse en forma restringida, no pudiendo extenderse por ejemplo al concepto "servicio familiar por razón del cargo", pues esta salvedad se prevé por la ley como *intuito personae* (cfr. Lo previsto por el artículo 10 del Código penal: *"Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes"*)[686].

En tal sentido, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque da cuenta que la razón de la norma es loable. Si esta se aplica en toda su extensión y realidad, muy pocos agentes públicos se salvarían, pues es de público conocimiento que a diario se utilizan los vehículos del Estado. No hay duda del enorme perjuicio que ello ocasiona, si sumáramos todos los gastos ajenos al servicio (combustible, salario de chofer, pago de peajes, desgaste de vehículo, lavado y mantenimiento, etc.). Por eso, muchos sostienen que, para que esta figura no resulte lírica, hay que aplicar con todo rigor la norma y su excepción prevista en el art. 388 CP, sobre todo cuando están de por medio altos funcionarios públicos. Por tanto no se puede distorsionar tal excepción normativa diciendo, por ejemplo, que no está fuera del concepto de servicio y uso de un vehículo del Estado –asignado a un funcionario las 24 horas del día–, el llevar y traer por ejemplo a su esposa, hijos, conviviente, amigos y terceros en general, de una playa vera-

[686] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales".

niega, aduciendo que su cargo, movilidad *y* seguridad, se extiende a toda su familia y parientes con el uso de vehículo oficial y chofer asignado a su jefatura".

El Tribunal Constitucional aprecia que si bien la Sala Penal de Lambayeque emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código penal, en tanto el "uso personal del vehículo", excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso "familiar" o "amical" del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al "uso personal" del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica[687].

Muchas veces el vehículo oficial de un alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el *"uso personal"* que el funcionario hace de él. Si tenemos en cuenta el círculo de familiares y personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse

[687] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales".

como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo prácticamente indesligable[688].

Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva efectuada por la Sala Penal emplazada, en el sentido de que la exención típica "servicio personal por razón del cargo", se llena de contenido, en exclusividad con los usos estrictamente ***individualizadas*** del funcionario, de modo que solo este puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso. Una exigencia de razonabilidad en la aplicación de la exención estipulada en el tercer párrafo del artículo 388 del Código penal se impone, por tanto, de modo que no mantenga a dichos funcionarios en un régimen de persecución desproporcionada, ni les abra posibilidades de abuso del referido bien público.

En dicho contexto, el Tribunal Constitucional considera que si bien la interpretación restrictiva que efectuó la Sala emplazada fue correcta en cuanto al sentido de la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código penal, dado que consideró que "el uso personal del vehículo" excluye "el uso familiar" del mismo, existe una **motivación insuficiente** en cuanto a los términos en los cuales cabe entender que un "uso familiar" del vehículo resulta excesivo y totalmente ajeno a las razones de funcionalidad de la excepción penal en cuestión, dado que, como ya se dijo, existe la posibilidad de que en algunos casos dicho "uso familiar" no constituya una acción típica. No ha efectuado, pues, la Sala emplazada un examen de razonabilidad de

---

[688] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso Roberto Torres Gonzales, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda.

los términos en los cuales cabe excluir ciertas acciones de la esfera de aplicación de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código penal o de los términos en los cuales cabe incluir dichas acciones[689].

Agrega el Tribunal Constitucional que en el caso específico del Alcalde de la Municipalidad de Chiclayo, don Roberto Torres Gonzales, la Sala Penal emplazada no ha precisado por qué es que el hecho de trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo en el vehículo oficial, ***un*** día en que el Alcalde había viajado a la ciudad de Lima, constituye un "uso familiar" del vehículo, ajeno a todo margen de razonabilidad, que se encuadre más bien como un uso **exclusivo *y* sistemático** del vehículo oficial por personas distintas del funcionario. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que la Sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque (que condenó a Torres Gonzales), ha afectado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Sin embargo, resulta importante resaltar los votos singulares de los Magistrados Constitucionales, Drs. Urviola Hani y Calle Hayen, quienes han señalado lo siguiente: "No obstante la improcedencia de la demanda, advertimos que el caso de autos plantea algunas situaciones que merecen ser legisladas; pues si bien la disposición legal aplicada al favorecido no comporta problema alguno de constitucionalidad, con lo cual la decisión del juez se encuentra dentro de los márgenes permitidos; lo cierto es que conforme al tenor de la resolución judicial cuestionada, el uso personal de un vehículo otorgado en razón del cargo, estaría limitando a que los altos funcionarios puedan trasladar a su familia, (esposa, hijos, padres, etc.) quienes de una u otra forma al ser parte del núcleo familiar corren los mismos riesgos que el funcionario. Siendo que esta situación según la resolución cuestionada podría

---

(689) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales".

alcanzar inclusive a los funcionarios a que se refiere el artículo 99° de la Constitución Política del Perú, merece ser de conocimiento del Congreso de la República, para que de ser el caso se legisle al respecto"[690].

Además del Voto Singular del Magistrado Constitucional Dr. Vergara Gotelli quien ha señalado lo siguiente: "En otras palabras se advierte que en el caso concreto los jueces constitucionales referidos consideran que el dispositivo legal aplicado al demandante en el proceso subyacente (art. 388°, tercer párrafo, del Código penal) debe ser puesto en conocimiento al Congreso de la República a fin de que aclare o legisle dicho artículo, pues de lo contrario se estaría limitando a los funcionarios públicos. Al respecto debo presentar mi oposición a dicha premisa pues si bien las leyes son creadas por el Poder Legislativo (Congreso), es el juez quien debe aplicar el Derecho, no pudiendo dejar de aplicarlo por un vacío de la ley. Por ello siendo una obligación del juez interpretar y aplicar el Derecho, me parece contraproducente en el caso de autos notificar al Congreso con el argumento de que tome conocimiento de esta problemática, a fin de que legisle lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 388° del Código penal, cuando dicha situación es una facultad natural del juez ordinario"[691].

Así las cosas, la Ley penal prevé que el servicio dado al vehículo debe ser "personal", no que la autoridad puede usar el vehículo **para fines personales o familiares** (esto es, fines privados). Una finalidad personal incluso puede atentar contra las buenas costumbres (lo que nunca podría suceder con el **servicio personal** pues, al establecerlo la ley es siempre **lícito),** como cuando la autoridad sostiene relaciones sexuales en un automóvil oficial o cuando –como ya ha pasado que un

---

[690] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales" (voto singularde los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen). Por estas consideraciones, nuestro voto es por: 1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos; 2. Poner en conocimiento del Congreso de la República, lo señalado en el fundamento **8** del presente voto.

[691] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2013, Exp. N.° 04298-2012-PA/TC LAMBAYEQUE en el caso "Roberto Torres Gonzales".

General lleva a su pareja a un motel en el auto a él asignado–; de todo lo cual se concluye que el concepto "fin personal" es incompatible con la *ratio legis* de la norma que garantiza a los ciudadanos que los bienes públicos deben someterse a un uso conforme al interés público[692].

Finalmente, una Ejecutoria Suprema ha establecido que la autorización para utilizar las camionetas destinadas a servicio oficial no constituye delito de peculado de uso. En efecto: "*No se acredita el delito de peculado de uso, por cuanto se ha determinado que el procesado tenía autorización –acreditado con los oficios e instrumentales que obran en autos– para realizar viajes con las unidades automotoras a su cargo a determinados lugares de trabajo. La acusación contra el acusado radicó que en su condición de Director del Centro de Desarrollo Rural de Chuquibamba y dentro del ejercicio de sus funciones tenía a su cargo dos camionetas destinadas para el servicio oficial; sin embargo, las utilizaba para visitar sus predios, generalmente, los sábados y domingos, sin autorización, ni presentar informe respectivo al Director Regional de Agricultura, siendo que en uno de dichos viajes sufrió una volcadura quedando la camioneta severamente dañada*"[693].

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Tenemos que advertir que solo la conducta incriminada en el peculado de uso es la del primer párrafo, los dos párrafos siguientes son de definición típica y de exclusión penal respectivamente. En ese senti-

---

[692] CALDERÓN VELARDE, Leonardo; "*El delito de peculado de uso: comentario a la Sentencia que condena al alcalde de Chiclayo Roberto Torres Gonzales*", en: Gaceta Penal N° 36, Junio, 2012, Lima, p. 141. Este mismo autor señala qué es "servicio personal" en función a la decisión de la Sala Penal de Apelaciones, quienes han respondido a dicha interrogante en el cuarto considerando de la Sentencia de Vista: "Servicio personal no puede implicar la puesta a disposición de terceras personas, por más que se trate de los familiares o allegados de la autoridad, pues el concepto de persona excluye al "otro", es decir, a quien no ostenta cargo" (p. 140).

[693] Ejecutoria Suprema del 26/03/1998, Exp. N° 4279-96-AREQUIPA. ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 446.

do, en el primer párrafo es esencialmente de comisión dolosa por parte del agente, donde se requiere que el sujeto activo debe usar los bienes señalados en el tipo conociendo que son del Estado y con voluntad y conciencia de infringir la prohibición implícita en el tipo penal"[694].

Es más, se exige la presencia del dolo directo o de primer grado, pues el tipo penal señala en la parte inicial: ""*El funcionario público que, **para fines ajenos al servicio**...*", esto es se exige una finalidad específica y puntual en el agente especial, que utilice o permite que otro lo utilice para fines que no se condicen con la institución pública en la cual está laborando; por el contrario, si se tratase de un uso de los bienes en el marco de una finalidad institucional, no habrá presencia del dolo, y por ende, de tipicidad de la conducta.

En el agente, no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en propio beneficio o de tercero. Como bien sostiene Salinas Siccha, "esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y dar una aplicación privada temporal a los bienes sin consumirlos, para regresarlos o reintegrarlos luego a la esfera de la administración"[695].

Por último, no se reprime en el Código penal el uso indebido de terceros originado en el comportamiento culposo del funcionario.

4. EL ERROR DE PROHIBICIÓN Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL DERECHO PENAL EN EL PECULADO DE USO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA

Los casos específicos de error de prohibición o error sobre la norma de prohibición (véase, el artículo 14° del Código penal, segundo párrafo), es decir, aquellos errores o desconocimiento que

---

[694] Ejecutoria Suprema del 26/03/2009, R.N. N° 149-2007-CAÑETE. Vocal Ponente: Neyra Flores, José, *Gaceta penal*, tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2010, p. 231.

[695] SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011, p. 363.

afectan seriamente los niveles de cognición en el ámbito de la culpabilidad o responsabilidad subjetiva, son también frecuentes en el terreno del peculado de uso, para precisamente excluir –total o parcialmente– la responsabilidad penal del funcionario o servidor público. En efecto, una Ejecutoria Suprema ha señalado que "*los cargos efectuados por el representante del Ministerio Público no se han acreditado de modo alguno, puesto que el encausado al efectuar las llamadas de larga distancia de carácter personal, en su condición de Director del Hospital, lo hizo pensando que era uno de sus derechos y que le era permitido, al no tener ninguna comunicación que estableciera lo contrario, por lo que actuó en error de prohibición, ya que consideró que estaba procediendo por la condición de jefe y desconocía que al efectuar las llamadas telefónicas a larga distancia nacional constituía delito de peculado de uso, no existiendo material probatorio que haya conocido y querido causar perjuicio a la entidad agraviada; más aún si asumió el pago por las llamadas efectuadas; en consecuencia, declararon no haber nulidad en la sentencia recurrida que absuelve al procesado*"[696].

Por otro lado, existe una Ejecutoria Suprema del Perú en la cual se ha señalado la exoneración de responsabilidad penal del agente público amparándose en la utilización del carácter fragmentario del Derecho penal para precisamente establecer la irrelevancia de una imputación por delito de peculado de uso. Así "*Si bien el acusado – servidor público– utilizó la motocicleta que le asignó la Dirección Regional de Agricultura al margen de la función encomendada, trasladándose a un lugar distinto al estipulado por la orden de servicio, debe tenerse en cuenta que se apropió de una motocicleta [esta le fue sustraída por terceros y devolvió una similar con su propio peculio], ni pretendió abusar delictivamente de este bien público. El hecho, por ende, no es relevante y, por su significancia, carece de contenido típico como delito de peculado de uso.*

---

[696] Ejecutoria Suprema del 21/03/2003, R.N. N° 1522-2002-AYACUCHO. URQUIZO OLAECHEA, José, CASTILLO ALVA, José, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal,* Jurista Editores, Lima, 2005, p. 664.

El principio de intervención mínima, que integra dos postulados básicos del Derecho penal preventivo: subsidiariedad o última ratio y carácter fragmentario del Derecho penal, en atención a este último postulado, exige que solo se sancione las modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídicos; situación que, sin duda, no se presenta en este supuesto, debido a la falta de entidad de la conducta del imputado. En todo caso, el Derecho administrativo sancionador es el indicado y proporcionalmente idóneo para dar cuenta de la conducta desplegada por el acusado"[697].

5. ¿ES CONVENIENTE LA INCORPORACIÓN DE UNA CLÁUSULA DE GRAVEDAD DE LOS BIENES O INSTRUMENTOS UTILIZADOS EN EL PECULADO DE USO?

Resulta innegable la existencia de lesividad material en el delito de peculado de uso, pues lo que se daña es el patrimonio del Estado. La magnitud del perjuicio patrimonial en el peculado de uso puede verse reflejada en el desgaste natural del bien que se produce por su uso, así como el hecho de que al no estar el bien a disposición del servicio público, este se ve afectado temporalmente[698].

Así lo tiene señalado una Ejecutoria Suprema: "El peculado de uso sanciona la conducta mediante la cual el funcionario o empleado público usa o permite que otro use para fines ajenos al servicio vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública o que se encuentre bajo su guarda, y en buena cuenta, lo que pretende es sancionar la conducta de un funcionario o servidor público que al usar o permitir que otra use las maquinarias, vehículos o instrumentos del Estado, pueda producir un desgaste que refleje una *considerable depreciación*

---

[697] Sala Penal Transitoria R.N. N° 1883-2013-JUNÍN, cinco de marzo de dos mil trece (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2015, Tomo 67, Editorial Gaceta Jurídica, p. 188).

[698] SALINAS SICCHA, ob. cit., 2011, p. 367.

del bien por su uso continuo, y que, a través de ella, produzca un beneficio ilegal o indebido, ***es decir necesariamente se debe dar un perjuicio****, traducido en la desvalorización del patrimonio del Estado; se requiere además que la conducta sea dolosa, esto es que actúe con conciencia y voluntad de estar dando al bien un uso distinto al oficial"*[699].

La gravedad del perjuicio sobre los bienes o instrumentos utilizados en el peculado de uso es tenida en cuenta por el Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) en el artículo 442° en los siguientes términos: *"El funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículo, máquinas u otros instrumentos de trabajo* ***afectando gravemente el servicio o la función encomendada****..." (las negritas son nuestras).* De la misma manera el mismo Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) en el artículo 442°, en el segundo párrafo, señala en los siguientes términos la gravedad de la afectación de la obra: *"Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los bienes indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública,* ***independientemente del grado de afectación de la obra****". (las negritas son nuestras).*

En esta misma lógica, el Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo, para reformar precisamente los delitos contra la administración pública en nuestro Código penal, señalaba que en el Artículo 388°, sobre el delito de peculado de uso, se tenía de incorporar una cláusula de gravedad en afectación del bien jurídico, así: *"El funcionario o servidor público que para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo,*

---

[699] Ejecutoria Suprema del 20/04/2010, R.N. N° 4595-2008-LA LIBERTAD. VOCAL PONENTE: BARRIOS ALVARADO, *Gaceta penal,* tomo 21, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2011, p. 183. Las negritas son nuestras.

afectando gravemente el servicio o la función encomendada, *será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados en el* ***párrafo anterior*** *pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública,* ***independientemente del grado de afectación de la obra".*** *(las negritas son nuestras).*

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO
LA INFRACCIÓN PENAL POR PECULADO CULPOSO
ANÁLISIS A PARTIR DEL ARTÍCULO 387°, CUARTO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos; en todo caso, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo) un delito doloso por tercera persona; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho[700]. El tercero puede ser un particular, un funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente[701].

Aquí lo que se observa en realidad es una cuestión "única" en la dogmática penal peruana, pues se permite una participación dolosa en un delito de autoría (especial) culposa; es decir, hasta donde tenemos conocimiento en un delito culposo no existe grado de participación delictiva (dolosa) de terceras personas (al menos en la concepción dog-

---

[700] Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, Considerando Octavo.

[701] Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, Considerando Octavo.

mática que asumimos, no aceptamos tal circunstancia); en otras palabras, no existe complicidad o instigación (dolosa) en un delito donde su autor ha cometido una imprudencia punible; en todo caso, si existen varias personas involucradas en un hecho imprudente, lo que existiría es lo que se llama una "autoría individual" en relación a todos los sujetos intervinientes, pero no comportamientos dolosos de terceras personas.

Demás está decir que cada delito doloso de la Parte especial o legislación penal complementaria, no tiene su correlato de un delito culposo, y cuando quiere el legislador nacional tipificar una conducta culposa o imprudente lo señala expresamente, esto en correspondencia con el artículo 12° del Código penal, segundo párrafo (sistema de *numerus clausus* o sistema cerrado[702]); por ello, el delito de peculado doloso sí tiene su configuración culposa, en el cuarto párrafo del artículo 387° del Código penal.

Debemos advertir que el Código penal peruano castiga el delito de peculado por extensión (artículo 392°, artículo modificado de acuerdo a la 7ma. Disposición Final de la Ley 28165 del 10-01-2004) bajo el siguiente supuesto: *"Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387° a 389°, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por razón de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes desti-*

[702] Como es sabido, el sistema de número cerrado (*numerus clausus*), entiende que solo son punibles en su realización culposa los delitos específicos previstos como tales en la parte especial del Código o en leyes especiales. Este sistema es acogido en nuestra legislación al disponerse en el artículo 12° del Código penal que el "agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley". La técnica del sistema de *numerus clausus* permite saber con mayor seguridad cuándo es punible la culpa, puesto que en el sistema de incriminación abierta es dudoso si una serie de delitos admiten o no su modalidad culposa o imprudente.

nados a fines asistenciales o a programas de apoyo social". En ese sentido, de manera genérica y por supuesto extensiva se refiere a todos los supuestos típicos del artículo 387°, por lo tanto también se le hace extensivo al peculado culposo, que se encuentra incorporado en el cuarto párrafo del citado artículo 387°.

En consecuencia, un caso de peculado culposo *por extensión* lo podemos encontrar en una Ejecutoria Suprema, que ha dicho: "Que, ahora bien, la conducta del imputado al entregar el vehículo con fecha veintisiete de diciembre de dos mil –recibió el automóvil en custodia, conforme aparece del acta de fojas tres– a quien no correspondía, al mismo que posteriormente se le requirió judicialmente para que lo ponga a disposición, de tal suerte que impidió que el Juzgado de Paz Letrado de Concepción haga efectiva su resolución y que definitivamente el vehículo en cuestión no se entregue al señor Samuel Esteban Sovcro Aguirre tipifica *el delito de peculado culposo por extensión* en concurso real –y no aparente como se indica en la sentencia recurrida– con el de desobediencia a la autoridad -en tanto se trata de conductas realizadas en diferentes fechas, no hay unidad de acción, y, además, vulneran distintos objetos jurídicos: el cumplimiento de las órdenes judiciales en el último caso, y la correcta gestión y utilización del patrimonio embargado por quien ha sido designado judicialmente para hacerlo en el caso del peculado por extensión–"[703].

De acuerdo a su estructura típica culposa, y basado en el principio de mínima de intervención penal, y el principio de fragmentariedad, la sanción punitiva es totalmente exigua en comparación con el delito de peculado doloso, ya que la represión es con pena privativa de libertad no mayor de dos o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

---

[703] Recurso de Nulidad N° 2076-2005 Lima, veintiocho de noviembre del dos mil cinco, emitido por la Sala Penal Permanente, Corte Superior de Justicia de Junín.

2. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como pasa en el delito de peculado doloso (artículo 387° CP) el bien jurídico-penal en sentido amplio será la administración pública, y por su parte como bien jurídico-penal en sentido estricto será la correcta gestión y administración del patrimonio del Estado. En efecto, como señala el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, Considerando Sexto: *"Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad".*

3. MODELOS DE TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA "CULPA" O "IMPRUDENCIA" SEGÚN LA INTERVENCIÓN O NO DE PERSONAS EN UN EVENTO DELICTIVO

En esta parte introductoria a los delitos de peculado culposo, hemos creído necesario incorporar los modelos de tratamiento jurídico en el delito culposo, según la intervención de personas en un evento delictivo, los mismos que son los siguientes:

- **La imprudencia por autonomía del propio sujeto.** La imprudencia del sujeto *"por sí misma"* generará un comportamiento lesivo al bien jurídico-penal, sin intervención directa de terceras personas, y aquí se encontrarían ubicados la mayoría de delitos culposos en el Código penal (por ejemplo, artículo 111°, artículo 124°). Es decir, por ejemplo el sujeto que iba conduciendo su vehículo a excesiva velocidad, atropella a otra persona con su automóvil, él solo ha infringido su deber de cuidado de tránsito, el mismo que ha generado un resultado de lesiones graves, por ejemplo. Dicho comportamiento normalmente no será aprovechado por ninguna

persona que quisiera realizar un delito (doloso) en esas circunstancias. Salvo que en la parte del copiloto del auto iba su enamorada que inducía a su enamorado que conduzca más rápido, y bajo dicha inducción acelera y atropella a un peatón; podría darse la imputación a título de inducción dolosa a la enamorada en un hecho punible cometido por culpa por parte de su enamorado (véase, el artículo 24° de nuestro Código penal).

- **La imprudencia por aprovechamiento de tercero.** A veces la imprudencia del sujeto es *"aprovechada"* por otros sujetos para realizar un comportamiento doloso; este aprovechamiento puede ser de manera implícita (véase el artículo 304°, segundo párrafo, artículo 282 del Código penal) o puede ser de manera explícita (véase, el artículo 387°, cuarto párrafo del Código penal); dando muestras así de una pluralidad de afectaciones al bien jurídico-penal, desde distintas subjetividades de los sujetos intervinientes (por un lado, a través de la culpa –del funcionario o servidor por ejemplo–, y otro lado, a través del dolo –por ejemplo, del sujeto que sustrae los caudales o efectos del Estado–; de la misma forma en un delito de contaminación ambiental, la "culpa" de un ingeniero industrial, sin experiencia, valida la información de ciertos valores-límites que en realidad son desactualizados, y los mismos que son aprovechados –dolosamente, aunque sea eventualmente– por otros sujetos –de superior e inferior rango– de la misma empresa, para cometer y realizar la respectiva contaminación ambiental del primer párrafo del artículo 304°), situación que permite que la empresa crezca sus arcas económicas. Debemos advertir que cuando la imprudencia del sujeto se produce en el ámbito de estructuras colectivas complejas, normalmente la imprudencia coexiste con el comportamiento doloso para dar paso a varios supuestos de comportamientos punibles.

4. TIPICIDAD OBJETIVA

4.1. Descripción legal

Artículo 387.

(...)

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

(Modificado por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013)

4.2. Sujeto activo

El sujeto activo solo lo será el funcionario o servidor público, es decir, se trata de un delito especial; o dicho en otras palabras, el peculado culposo es un delito de infracción de deber, por ello es preciso delimitar los ámbitos de competencia en la cual habrían incidido los deberes de cuidado; siendo así, la sustracción o pérdida del bien no se incorporará a su esfera jurídica si dicha sustracción se realizó fuera del alcance de su competencia. Dicho en otras palabras, la capacidad que tiene el funcionario o servidor público para actuar y desenvolverse con libertad en el sector que administra tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias, de modo contrario, no se le imputará un hecho que no se haya enmarcado en su marco competencial[704].

[704] Véase, el Dictamen Fiscal recaído en el Expediente Nº 2368-2010, suscrito por el Fiscal Supremo, Dr. Pablo Sánchez Velarde.

En este delito, en cuanto a la configuración del sujeto activo, se presenta una bifurcación de elementos que vale la pena mencionar: por un lado, se trata, como hemos dicho, de un delito de infracción del deber, y por otro lado, como estamos en un delito culposo, necesariamente el funcionario o servidor tendrá que infraccionar una norma de cuidado. Así las cosas, el funcionario tendría que infraccionar una dualidad de deberes adyacentes a su función estatal: la que fundamenta su "autoría" y la que fundamenta la tipicidad objetiva.

4.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo lo será el Estado.

4.4. Conducta típica

La conducta típica está compuesta por los siguientes elementos:

4.4.1. La culpa generada por el funcionario o servidor público

Para la existencia del delito de peculado culposo es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa.

El Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, señala los elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: "*Culpa es un término global usado para incluir en todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferente al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público*".

Como el delito culposo se trata en todos los casos de un tipo penal "abierto", el juez penal en cada caso, tendrá la obligación de "cerrarlo", es decir, de encontrar aquellas normativas específicas que el autor habría infringido[705]. Se habla aquí de una especie de un sistema de remisiones jurídicas que el juez penal tendría que realizar hacia otras normas extrapenales (leyes, reglamentos, criterios jurisprudenciales, usos y costumbres protocolares, entre otros); sistema de remisiones totalmente válidas pues los tipos penales no pueden ser casuísticos. En nuestro caso, como la administración pública se trata de un cuerpo orgánico, estable, y obviamente normativo, tendríamos que recurrir a los Reglamentos de Organización y Funciones (R.O.F.) de cada institución pública, o en su defecto, a los Manuales de Organización y Funciones (M.O.F.), para verificar exactamente qué deberes y obligaciones tenía cada funcionario o servidor en ejercicio de sus funciones[706].

---

[705] La definición del deber concreto de cuidado exige decidir qué circunstancias deberán tomarse en cuenta a estos efectos. Frente a ello se plantean dos posiciones: quienes se basan en un deber subjetivo-individual de cuidado y quienes se basan en un deber objetivo-general de cuidado.

- La tesis *del deber subjetivo-individual de cuidado* plantea que el contenido del deber está en función de la capacidad individual del sujeto concreto de comprenderlo y cumplirlo. Por lo tanto, "la infracción del deber de cuidado dependerá de las capacidades y del conocimiento especiales del autor concreto. *Infringe el deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hubieran permitido*".
- La tesis *del deber objetivo-general de cuidado* plantea que la infracción del deber de cuidado "supone vulnerar el deber de cuidado o diligencia que se impone a todos los ciudadanos en esa situación o en ese tipo de actuación, y que en esa situación o posición es capaz de cumplir el hombre inteligente y cuidadoso, el hombre que se comporta del modo jurídicamente ideal o esperado, o, utilizando otras fórmulas similares, el 'hombre medio ideal'...y si se trata de una posición o actuación profesional, el cuidado que debe y puede cumplir el buen profesional". Esta tesis estima, pues, que el cuidado exigido por el deber es el que hubiera puesto un hombre prudente en la misma situación sin atender a la especial capacidad que pudiera tener el autor.

[706] Como hemos señalado, al ser el delito de peculado culposo una norma penal en blanco, es decir para su correcta subsunción es necesario recurrir a normas extrapenales, siendo estas conocidas en la administración pública como

Un caso de peculado culposo de inobservancia de legislaciones regulativas en el ámbito de la administración pública, es el conocido por la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N° 534-2005-Moquegua, el mismo que señaló lo siguiente: "No cabe exención por obediencia jerárquica si la orden de entrega de dinero es irregular "...el acusado (...) solo responde a título de culpa, *pues hizo entrega de un dinero vulnerando la legislación presupuestal,* lo que dio pie a la sustracción del mismo por un servidor municipal, sin que pueda invocarse la causal

---

los reglamentos, Manual de Organización y Funciones y los Reglamentos de Organización y Funciones; sin embargo cabe preguntarse ¿Quedará zanjado solamente al recurrir a tales normas administrativas?, ¿pueden tales normas administrativas rellenar al delito de peculado culposo?, pues de acuerdo al principio de reserva de la ley penal, "*solamente una norma legal emanada del Parlamento tiene la suficiente legitimidad como para restringir gravemente los derechos individuales de las personas*" refiriéndonos de esta manera a las leyes formales (las emitidas por el Parlamento), las leyes orgánicas (emitidas por la mayoría del número legal de los parlamentarios) y las leyes simples (emitidas por la mayoría de los asistentes a la sesión correspondiente); sin embargo las entidades públicas (Poder Judicial, Ejecutivo, Legislativos y los demás órganos autónomos, Gobierno Regionales y Municipales) tienen capacidad para emitir el ROF, MOF, los cuales casi en su totalidad regulan las funciones deberes y el actuar de los funcionarios o servidores públicos, hecho con el cual se estaría vulnerando el principio de reserva de la ley penal, siendo ello así el delito de peculado culposo no tendría norma extrapenal a quien recurrir, siendo en consecuencia atípicos los supuestos de hechos que se dieran. En tal sentido, a efectos de que tal norma penal en blanco cumpla con el presupuesto del principio de reserva de la ley penal es necesario realizar una modificación al delito de peculado culposo, bajo la siguiente propuesta:

PECULADO CULPOSO:

Artículo 387.- cuarto párrafo: *Si el funcionario o servidor público,* ***por culpa o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo,*** *da ocasión a que otra persona sustraiga caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas"*

"Constituye circunstancias agravante si los caudales o efectos estuvieran destinadas a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años".

Con ello tanto los Reglamentos, el ROF y el MOF no vulnerarían el principio de reserva de la ley penal, siendo válida su aplicación de las normas extrapenales para completar la norma penal en blanco del delito de peculado culposo.

de exención de responsabilidad penal de obediencia jerárquica pues la orden del Alcalde era evidentemente ilegal, lo que no podía serle ajeno dada su dilatada experiencia en la administración pública"[707]

Habrá que advertir que las simples pérdidas, desórdenes, circunstancias imprevistas o simples extravíos no son suficientes para generar culpa a nivel de relevancia jurídico-penal. La jurisprudencia penal peruana ha señalado que el solo hecho de poseer las llaves del lugar de donde se sustrajeron los bienes estatales no fundamenta el delito de peculado culposo. Así *"El hecho de que los encausados fueran profesores de la facultad y tuvieran las llaves de las aulas de donde se sustrajeron los bienes estatales [proyecto multimedia] no es factor generador de una situación de riesgo del que se hubiera aprovechado tercero [peculado culposo]; más aún si la sustracción de los proyectos se produjo vía escalamiento, traspasando el tragaluz y violentando la puerta. Además, los encausados no tenían vinculación funcional con los bienes que se encontraban en las aulas de modo que su cuidado no les correspondía a ellos, sino a la oficina de administración de la universidad*[708]. En esta misma línea, se puede evidenciar que, por ejemplo, el simple abandono de un vehículo estatal inoperativo y de costosa reparación no configuraría delito de peculado culposo. Así: *"No se acredita la responsabilidad penal del alcalde encausado por haber abandonado negligentemente un camión de la Municipalidad, permitiendo la sustracción de sus autopartes por terceros (peculado culposo), si se determinó pericialmente que dicho vehículo tenía varios años de antigüedad, se encontraba inoperativo y su reparación no era recomendable por ser costosa, al tratarse de un modelo descontinuado y no existir repuestos"*[709].

---

[707] Recurso de Nulidad Nro. 534-2005 Moquegua, de fecha ocho de septiembre de dos mil cinco, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

[708] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N° 1675-2012-Áncash, de fecha cinco de marzo de dos mil trece (Parte especial, Jurisprudencia Sumillada, Lima: 2014, Editorial Gaceta Jurídica, p. 179).

[709] Sala Penal Permanente R.N. N° 4516-2006-Huánuco, de fecha diecinueve de febrero de dos mil ocho (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2011, Editorial Gaceta Jurídica, p. 147).

Lo mismo cabe indicar de las infracciones a los reglamentos que sean imputables al sujeto público y que no produzca el resultado sustracción. El actuar culposo del agente se convierte así en el factor generador de una situación de inseguridad para el caudal o efecto, que será aprovechado por el tercero. Deberá tratarse por lo mismo de culpa grave e inexcusable[710].

Sin embargo, en estos supuestos se reprime el comportamiento culposo del funcionario o servidor público, que permite que otras personas, funcionarios o particulares, sustraigan caudales o efectos, de manera dolosa. Por ejemplo, un joven alcalde ha asumido el cargo edil para un período determinado, y sin experiencia en la gestión y dirección edil, mientras que sus gerentes municipales, por el contrario, sí tienen más experiencia en dicha gestión, luego de un tiempo dichos gerentes realizan sustracciones progresivas de dinero perteneciente a la Municipalidad; y el alcalde permite, precisamente por su desconocimiento, que los gerentes de manera dolosa realicen dichas sustracciones; luego esto es detectado por la Contraloría General de la República, el mismo que pone en conocimiento de la Fiscalía Penal Anticorrupción para las investigaciones respectivas. Los gerentes municipales serán denunciados por la comisión del delito de peculado doloso (artículo 387°, primer párrafo o segundo párrafo, de acuerdo al monto o valor apropiado o utilizado), siempre y cuando también tenga –el funcionario público– la condición de "administradores", "perceptores" o "vigilantes" de los caudales o efectos del Estado; y por el contrario, el alcalde será denunciado por el delito de peculado culposo, ya que si bien él no se apropió o utilizó personalmente los caudales o efectos, sin embargo, permitió que *dé ocasión, por su negligencia, imprudencia, o impericia que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos.*

Una Ejecutoria Suprema de nuestro país ha señalado un caso de delito de peculado culposo, en los siguientes términos: "Los encausa-

---

[710] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, p. 527.

dos [...] han ejercido sus funciones de modo imprudente [...] puesto que no obstante haberse cometido los hechos en forma periódica, no efectuaron el debido control que su cargo les exigía, dando como resultado que los otros procesados que eran inferiores jerárquicos, y asimismo, terceras personas, se beneficiaran ilícitamente con el dinero de la entidad agraviada, correspondiéndoles por tal motivo una responsabilidad de tipo imprudente [...]"[711].

---

[711] Véase, el R. N. N° 1430-02 de fecha siete de abril del dos mil tres, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema,
VISTOS; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal Supremo: por sus propios fundamentos; y, **CONSIDERANDO:** que conoce del presente proceso, este Supremo Tribunal al haberse concedido el Recurso de Nulidad interpuesto por los sentenciados Pablo Lorgio Huerta Herrera. Alejandro Bartolomé Collazos Huerta, Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serapio Zorrilla Salazar; que durante la secuela de la instrucción y el juicio oral se ha llegado a establecer fehacientemente la comisión del delito y la responsabilidad penal de los acusados Huerta Herrera, Collazos Roca, Huerta Jara y Zorrilla Salazar, al no haber cumplido con sus obligaciones de cautelar los fondos del Estado descontados a los trabajadores para ser destinados a las Administradoras de Fondos de Pensiones –AFP–, tal como se ha acreditado con la pericia contable de fojas trescientos once, debidamente ratificada a fojas cuatrocientos veinte; que conforme lo establece el artículo cuatrocientos veintiséis del Código penal, los delitos previstos en los capítulos segundo y tercero del Título dieciocho del Código acotado, serán sancionados además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, conforme a los incisos primero y segundo del Artículo treinta y seis del referido cuerpo legal; que no obstante lo expresamente establecido por la ley, la Sala Penal Superior ha impuesto la referida pena accesoria por un tiempo superior al límite mencionado por lo que es del caso imponer la pena accesoria dentro del marco legal referido; en consecuencia declararon: ***NO HABER NULIDAD*** en la sentencia recurrida de fojas seiscientos quince, su fecha veinte de febrero del año dos mil dos, en cuanto condena a Pablo Lorgio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca como autores de los delitos de peculado y malversación de fondos, en agravio del Estado y los trabajadores del Hospital de Apoyo de la ciudad de Huari, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años; a Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serapio Zorrilla Salazar como autores del delito de peculado culposo en agravio del Estado a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo término de la pena; así como les impone como pena accesoria la inhabilitación para ejercer cargo público; ***FIJA*** en tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar los sentenciados

en forma solidaria a favor del Estado; sin perjuicio de devolver lo indebidamente apropiado los dos primeros; declararon: ***HABER NULIDAD*** en la propia sentencia, en cuanto impone como pena accesoria a los sentenciados, inhabilitación por el tiempo que dure la condena; ***REFORMÁNDOLA*** en este extremo; ***IMPUSIERON*** a los referidos sentenciados la pena accesoria de inhabilitación por el periodo de tres años; declararon: ***NO HABER NULIDAD*** en lo demás que dicha sentencia contiene; y los devolvieron.- S.S. GAMERO VALDIVIA / PALACIOS VILLAR / CABANILLAS ZALDÍVAR / BALCÁZAR ZELADA / LECAROS CORNEJO.

EXPEDIENTE N° 451-2001 CORTE SUPERIOR DE ANCASH C.S. N° 1430-2002

DICTAMEN FISCAL N° 1553-2002-MP-2a FSP

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA:

Viene este proceso en mérito al Recurso de Nulidad interpuesto por los encausados Pablo Huerta Herrera, Alejandro Bartolomé Collazos Huerta y Virgilio Leopoldo Huerta Jara, contra la sentencia de fs. 615-623, su fecha 20 de febrero de 2002, que declaró infundada la excepción de prescripción deducida por el encausado Loel Serapio Zorrilla Salazar a fs. 429, condenó a Pablo Lorgio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca como autores de los delitos de peculado y malversación de fondos en agravio del Estado y de los trabajadores del Hospital de Apoyo de Huari a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año bajo las reglas de conductas allí descritas, imponiendo como pena accesoria la inhabilitación para ejercer cargo público por el tiempo que dure la condena; condenó a Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serapio Zorrilla Salazar como autores del delito de peculado culposo en agravio del Estado imponiéndoles un año de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año bajo las reglas de conducta allí descritas, imponiendo como pena accesoria la inhabilitación para ejercer cargo público por el tiempo que dure la condena; fijaron en tres mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar los condenados en forma solidaria a favor del Estado, sin perjuicio de devolver la indebidamente apropiado en el caso de los sentenciados Pablo Lorgio Huerta Herrera Alejandro Bartolomé Collazos. Se incrimina a los encausados Pablo Lorgio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca, que en su calidad de Cajero-Pagador y Tesorero, respectivamente del Hospital de Apoyo de Huari, se apropiaron de la suma de S/. 13,237.13 nuevos soles, que ***había*** sido retenido a los trabajadores de dicha entidad por concepto de aportaciones a las diferentes Administradoras de Fondos de Pensiones imputándose también a los procesados Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serafín Zorrilla Salazar, no haber actuado diligentemente en el desempeño de sus funciones como Jefe de Economía y Director, respectivamente, de la entidad agraviada, al no haber vigilado o impedido que los

En otra Ejecutoria Suprema se señaló lo siguiente: "Que, los hechos imputados se circunscriben a que la acusada Elvira Magda Linche Quesada, en su condición de encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos directamente captados, por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, con la complicidad de sus coencausados Arístides Serpa Ortiz y Héctor Segura Mayta que se desempeñaban como tesorero y encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias respectivamente, en la mencionada entidad, se apropió, durante los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve de la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles. Para tal fin, la encausada adulteró las cantidades a depositar, en

---

otros encausados se apropien del dinero. De lo actuado aparece que el informe pericial contable de fs. 311-313, ratificado a fs. 420-421, en el que señala que el dinero retenido (correspondiente a los meses de marzo, noviembre y junio de 1998) destinado para el pago de las Administradoras de Fondos de Pensiones fue utilizado en otros rubros, corroborado ello en parte con el propio dicho de los encausados Huerta Herrera (fs. 321) y Collazos Roca (fs. 328), quienes indican que al no haber sido recibido el dinero en los bancos con motivo de que faltaba el pago de la mora por retraso, lo tuvieron en su poder indistintamente, e incluso lo utilizaron para otros fines como son préstamos particulares, etc.. es decir tanto en su propio beneficio como para el de terceros, proporciona, en el presente caso todos los elementos necesarios para la construcción de los delitos investigados, de los cuales resultan penalmente responsables en concepto de coautores, los procesados Pablo Sergio Huerta Herrera y Alejandro Bartolomé Collazos Roca, por haber realizado directa *y* concertadamente los hechos enjuiciados. En tal evento también les alcanza responsabilidad penal a los encausados Virgilio Leopoldo Huerta Jara y Loel Serafín Zorrilla Salazar, por haber actuado en el ejercicio de sus funciones negligente e imprudentemente, puesto que no obstante haberse cometido, los hechos en forma periódica, no efectuaron el debido control que su cargo les exigía, dando como resultado que los otros procesados que eran sus inferiores jerárquicos, y asimismo terceras personas, se beneficiaran ilícitamente con el dinero de la entidad agraviada. Correspondiéndoles por tal motivo una responsabilidad de tipo imprudente, más aun teniéndose en cuenta que en el informe pericial contable a fs.312, se indica que los encargados de ejecutar los pagos de acuerdo a las normas y funciones eran el jefe de economía, tesorero, cajero pagador y director ejecutivo de entonces.
En consecuencia, esta Fiscalía Suprema en lo Penal propone se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida. Lima, 28 de junio de 2002.

cincuenta y tres boletas de depósitos de las cuentas corrientes número cinco nueve nueve ocho ocho siete dos, y número seis uno seis ocho dos cuatro ocho, lo que ha permitido detectar diferencias entre lo que realmente depositaba en el citado Banco y las papeletas de depósitos así adulteradas; asimismo, bajo esta misma modalidad en complicidad con sus encausados, se habría apropiado de dinero en dólares americanos de la cuenta corriente número cero seis-cero cero cero-cero uno siete cero siete seis de la maquinaria japonesa, de la cuenta corriente número seis-cero cero cero –cero dos cinco uno cuatro uno de la maquinaria china, cuenta corriente numérica seis-cero cero cero-cero dos siete cero seis tres de los fondos rotarios y de la cuenta corriente de alquiler de maquinaria agrícola"[712].

---

[712] Recurso de Nulidad, N° 4500-2006, JUNÍN, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia de la República. Lo curioso de este caso, es que el hecho fue presentado como peculado doloso en grado de complicidad dolosa con relación a las terceras personas que se apropiaron de los caudales del Estado, sin embargo, la Corte Suprema aplicó la teoría de la desvinculación y tipificó correctamente como peculado culposo. Así en el Considerando Segundo del Recurso de Nulidad, N° 4500-2006, JUNÍN, se tiene dicho lo siguiente: "Que, en la sentencia condenatoria se ha concluido que el procesado Serpa Ortiz es responsable de la comisión del delito de peculado en su condición de cómplice primario y ha reservado el juzgamiento a los reos contumaces Elvira Maga Limache Quesada y Héctor Segura Mayta, bajo el fundamento sustancial, que en la fase preparatoria del hecho delictivo, en forma dolosa han presentado su plena colaboración a la coacusada Limache Quesada para la consumación del delito de peculado en la forma de apropiación indebida de los fondos del Estado, pues como jefe de tesorería, y por ende de la encausada que laboraba en la oficina bajo su cargo, no verificó la conformidad diaria, o en su defecto mensual, de los ingresos por recursos propios, y los depósitos en las cantidades realmente ingresadas a favor de la entidad agraviada, por lo que, sin ese consentimiento, y consiguiente apoyo en la sistemático obrar de la aludida encausada para apropiarse los caudales, no hubiera sido posible la consumación de delito. **Tercero.**- Que, el delito de peculado, y consecuentemente su grado de complicidad, exige necesariamente la concurrencia del dolo, requisito sine qua non sin el cual no podría configurarse el mismo, de conformidad con el primer párrafo del artículo 387° del Código penal que establece: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo,

En esta misma línea de pensamiento, la jurisprudencia penal peruana ha señalado que en el peculado culposo debe acreditarse la pérdida del bien por la sustracción dolosa de un tercero. Así *"El delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por su descuido, da ocasión a la sustracción del bien por un tercero,*

---

será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años". **Cuarto.**- Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministro Público, y así asumida por Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno –que es precisamente lo que se imputa al citado– actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales –en este caso–, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387°del Código Penal que tipifica: "Si el agente, por culpa, de ocasión a que se efectué por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido..." **Quinto.**- Que, siendo esto así, resulta procedente la desvinculación de la acusación fiscal a que se refiere el artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales, pues esta decisión no afecta el derecho de defensa del procesado, por cuanto la pena contenida en la norma sustantiva acotada le es favorable. **Sexto.**- Que, estando a que los hechos imputados al procesado Serpa Ortiz están realmente tipificados, previstos y sancionados en la norma acotada, resulta pertinente señalar que nuestro ordenamiento penal sustantivo establece las formas de extinción de la acción penal, entre ellas, la prescripción que puede deducirse en cualquier estado del proceso, incluso, puede ser resuelta de oficio por el juez; la misma que conforme lo establece el artículo ochenta del Código penal, opera cuando trascurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, en tanto que tratándose de funcionarios y servicios públicos, el plazo de prescripción se duplica. **Séptimo.**-que, desde el momento consumativo del delito (diciembre de mil novecientos noventa y nueve), a la fecha, al haber transcurrido más de ocho años, la acción penal que generó la conducta culposa incriminada al procesado se ha visto afectada extintivamente; toda vez que, consecuentemente, la pena máxima de dos años prevista en el ordenamiento sustantivo, quedó limitada al plazo de seis años, situación jurídica del que emerge el imperativo de amparar, de oficio, la excepción de prescripción. **Octavo.**- Que, habiéndose establecido la estructura típica del delito de peculado culposo, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter del precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso 1 del artículo 301°del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve. Estando a las consideraciones expuestas (...)"

esto es, se presenta una infracción del deber de cuidado de los bienes o caudales que se entregaron por razón de su cargo o función. Se debe acreditar la producción de un resultado típico -la pérdida del bien por la sustracción dolosa de un tercero- y una relación de antijuridicidad -esto es, que el resultado se deba a la infracción del deber de cuidado-. Los encausados no cumplieron debidamente sus funciones de verificar el contenido de las cajas que recibieron como donación, para determinar la existencia de los productos que indican las guías de remisión. Más aún, no comunicaron a sus superiores de la recepción de las donaciones, y cuando asumieron el cargo, no efectuaron el inventario respectivo, motivo por el cual se configura la infracción del deber de cuidado que originó la pérdida de los productos detallados en la pericia contable"[713].

Se tiene que acreditar dentro del proceso penal que el autor actuó mediante negligencia, imprudencia o impericia en el hecho investigado, pues si el funcionario o servidor público tenía conocimiento de los hechos de sustracción de caudales o efectos por parte de otras personas, y no obstante ello permite que otras personas hagan sustracciones; este hecho será considerado, ya no como autor del delito de peculado culposo, sino de autor del delito de peculado doloso, o como coautor del delito de peculado doloso, del primer o segundo párrafo, según corresponda.

4.4.2. La vinculación funcional del funcionario-servidor respecto de los causales-efectos públicos

Como estamos ante un delito donde lo que más importa es la defraudación de los deberes institucionales de confianza que le han conferido a los funcionarios-servidores públicos, por lo tanto, el concepto de "vinculación funcional" se trata de un elemento trasvasal a todos los ilícitos de peculado que contiene el Código penal peruano. La jurisprudencia penal peruana ha señalado que en el peculado culposo, existe la necesidad de acreditar el vínculo funcional del servidor público con

[713] Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2012, Tomo 41, Editorial Gaceta Jurídica, p. 174.

el bien objeto de apropiación. Así *"No se recaudó un documento oficial que acredite las funciones y responsabilidades del acusado respecto de la maquinaria que fue objeto material del delito (peculado doloso). Tratándose este de un delito de infracción de deber, es necesario acreditar el vínculo funcional del servidor público con el bien objeto de apropiación por terceros, de modo que ante la ausencia de dicha prueba, el fallo absolutorio está justificado"*(714).

4.4.3. La intervención del tercero extraneus en el proceso de sustracción de bienes o efectos del Estado

Nótese que la Ley penal prevé lo siguiente: *"Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la **sustracción** de caudales o efectos..."*. El tipo de peculado culposo tiene como verbo rector el "sustraer" que significa extraer, retirar o alejar los caudales o efectos del lugar donde se encuentra, es decir, del dominio de la administración pública con la aprehensión física del tercero, que se aprovecha del estado de culpa incurrido por el funcionario público.(715)

Es decir, que la única forma de cumplir con una parte del tipo penal es que las terceras personas –vinculadas obviamente al funcionario o servidor público– realicen el proceso de "sustracción" de caudales o efectos (distinto a lo que se exige en el peculado doloso que es mediante "apropiación" o "utilización"), que implica el respectivo traslado físico de los caudales o efectos del lugar donde se encontraban hacia otro lugar donde los órganos de control y vigilancia del Estado no puedan ubicarlo; esto es, que ya han pasado a poder de las terceras personas. En este punto, el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, al señalar la culpa del funcionario o servidor público, ha dicho que: *"a) La sustracción: Enten-*

(714) Sala Penal Permanente R.N. N° 2062-2009-CUSCO, de fecha doce de abril de dos mil diez. Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2012, Tomo 31, Editorial Gaceta Jurídica, p. 198.

(715) Dictamen Fiscal recaído en el Expediente N° 2368-2010, suscrito por el Fiscal Supremo, Dr. Pablo Sánchez Velarde.

diéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública; por parte de un tercero; que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público".

La jurisprudencia penal ha señalado que los funcionarios públicos pueden incurrir en peculado culposo por permitir que, por ejemplo, otro funcionario público cometa peculado doloso. Así: *"El encausado, en su condición de asistente administrativo de la entidad agraviada, fue quien escribió de los proveedores la totalidad de los bienes en el estadio, de donde iban a ser trasladados a las diferentes obras para su utilización. En autos se probó que dichos bienes estaban bajo custodia del citado encausado, de lo cual aprovechó para retirarlos irregularmente, sin que existiera orden expresa de ninguna autoridad o documento en el que se ordenaba su traslado para ser utilizado en algunas obras. Con relación al delito de peculado culposo, de la revisión de los autos se verifica que la administradora y lo jefes de las áreas del almacén y logística actuaron con negligencia en el cumplimiento de sus funciones, establecidas en el Manual de Organizaciones y Funciones de la entidad, al no haber tomado las precauciones debidas para supervisar el correcto manejo de material que fue recibido por su coencausado (asistente administrativo).* ***El actuar negligentemente de dichos encausados permitió que el encausado (asistente administrativo) se apropie de modo sistemático de los bienes del Estado generando un detrimento en su patrimonio,*** *pues los imputados tuvieron la posibilidad de supervisar, vigilar y custodiar los bienes del Estado sean debidamente retirados para las obras en las que se debían utilizarse, empero, al no haber cumplido con sus funciones administrativas, permitieron su apropiación por parte de su coencausado"*[716].

Para entender tanto la responsabilidad penal del *intraneus* como del *extraneus* en el delito de peculado culposo pondremos el siguiente

---

[716] Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema R.N. N° 550-2011-Cusco, de fecha dieciséis de septiembre de dos mil once (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2012, Tomo 35, Editorial Gaceta Jurídica).

caso concreto: En unos días atrás fue contratada, mediante la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios (C.A.S.), por una Institución Pública Municipal una joven profesional para ocupar el puesto de Tesorería para que organice dicha Oficina y eventualmente atienda al público usuario, a través de las respectivas ventanillas; un día la joven Tesorera se encontraba conversando en unos de los pasillos con sus demás compañeros de trabajo por algunos minutos, y en ese preciso momento la Gerente Municipal de Contabilidad, que iba a saludar a dicha Tesorera, entra a su Oficina, ve que no había nadie, y observa que en una de las gavetas (que está semiabierto) del escritorio de la Tesorera, habían varios billetes y monedas, los mismos que se encontraban metidos dentro un sobre manila abierto, dinero perteneciente a la Caja Chica, es decir, dinero que iba a ser utilizado para gastos corrientes dentro de la institución Municipal. En tal situación, la Gerente Municipal de Contabilidad coge los billetes y las monedas y los guarda inmediatamente en sus bolsillos de su pantalón y su saco, y en el preciso momento que se disponía a salir de la Oficina de la Tesorera, es intervenida por la Policía Nacional Anticorrupción y por la Fiscalía Penal Anticorrupción, pues a dicha Gerente Municipal se le estaba haciendo un seguimiento.

La pregunta que debemos hacernos sería la siguiente: ¿Es necesario para la represión del funcionario o servidor público que actúa culposamente, que el sujeto tercero realice (con dolo) la sustracción *completa* sobre los caudales o efectos del Estado? Es decir: ¿La sanción por delito de peculado culposo está condicionada a que se efectúe una verdadera afectación patrimonial al Estado (consumación) por parte de los sujetos terceros?; ¿Cambiaría la resolución del caso, si quien agarró (con dolo) finalmente los billetes y las monedas no era la Gerente Municipal de Contabilidad, sino más bien otra persona, por ejemplo, el Gerente del Área Legal de la Municipalidad?

Antes de responder las preguntas planteadas, debemos dejar sentada nuestra posición de que se trata de un "proceso" de sustracción de los bienes o efectos del Estado; es decir, que la conducta del tercero *intraneus* puede admitir espaciamientos en el *iter criminis* externo,

desde que puede ser cometido, la sustracción, por dolo: puede haber diferencias entre actos de preparación, actos de ejecución y actos de consumación típica y hasta de actos de agotamiento, si es que se logra el fin último lucrativo del tercero *intraneus*. En tal sentido, cabría la posibilidad de una sustracción "tentada" punible (artículo 16°) y por supuesto de una "sustracción" consumada punible (artículo 387°, cuarto párrafo).

Aquí se puede plantear hasta dos puntos de vista de solución, que a continuación señalamos:

a) En primer lugar, podemos aplicar el Acuerdo Plenario Número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, al señalar la culpa del funcionario o servidor público, ha dicho que: *"a) La sustracción: Entendiéndosela como el* ***alejamiento*** *de los caudales o efectos del* ***ámbito de vigilancia de la administración pública****; por parte de un tercero; que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público".*

   Es decir, aquí existe una combinación de teorías con relación al término de sustracción; aquella que señala que existe sustracción –y por ende consumación– cuando se aleja del lugar donde se encontraba, es decir, debe existir un desplazamiento físico del bien o efecto, combinada con aquella otra teoría que señala que existe sustracción –y por ende consumación– cuando ya la víctima o el titular del bien jurídico no puede ejercer ámbito de control y dominio sobre la cosa.

b) En segundo lugar, resultaría a todas luces clara la idea que cuando el tipo penal del Artículo 387°, cuarto párrafo, del Código penal, señala: *"Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la* ***sustracción*** *de caudales o efectos..."*, se está refiriendo a aquellas teorías que sobre la consumación se ha realizado en el delito de hurto y robo (delitos patrimoniales, es más existe al respecto una Ejecutoria Suprema vinculante de la Corte Suprema de la República, N° 01-2005); en ese sentido

podemos señalar, con respecto al peculado culposo, que será suficiente que los sujetos terceros tengan, sobre la base de la sustracción, la llamada disponibilidad jurídica sobre los bienes o caudales, es decir, aquella posibilidad de libre disposición.

En el caso planteado anteriormente, podemos decir que aplicando la teoría de la mínima disponibilidad del sujeto activo, es a todas luces consumación con respecto a la Gerente de Contabilidad que la intervienen en el preciso momento que se disponía a salir de la Oficina de la Tesorera, con el dinero guardado en su cartera; es decir, la Gerente de Contabilidad sería castigada penalmente; sin embargo, nos formulamos la siguiente pregunta: ¿Por qué delito sería imputada?

Al final de cuentas qué criterio jurisprudencial habrá que seguir, para el caso del sujeto tercero que sustrae: el Acuerdo Plenario Número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005, o la Ejecutoria Suprema vinculante de la Corte Suprema de la República, Nº 01-2005. Habría aquí un supuesto de concurrencia o concurso de Acuerdos Plenarios Judiciales aplicados a un mismo caso o supuesto en particular, y aplicando correctamente un *principio de especialidad* (haciendo un parangón con el llamado concurso aparente de normas penales) debemos aplicar aquel Acuerdo Plenario que analiza específicamente el delito de peculado, y este sería el Acuerdo Plenario Número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de setiembre del 2005; por ello la sustracción, debemos entenderla como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública.

Una vez respondida la interrogante en el sentido de que en el caso planteado estamos ante un delito consumado por parte del sujeto tercero, ahora la pregunta que por lógica tendríamos que hacernos: ¿De qué delito respondería dicho sujeto-tercero? En nuestra opinión, no sería por el peculado doloso (artículo 387°, primer párrafo o segundo párrafo), pues para ello el autor (funcionario o servidor público) tendría que estar en "administración", "percepción" o "custodia" de los caudales o efectos del Estado, situación que no se presenta, ya que como

afirma Rojas Vargas, "técnico-legislativamente se ha preferido usar el verbo sustraer que apropiar o apoderarse, por ser más adecuado a la acción del tercero que no participa de las característica inherentes a la posesión del bien, esto es, a la vinculación funcional"[717].

En otras palabras, el tercero que "sustrae" no tiene definitivamente vinculación funcional con respecto a los caudales o efectos, por lo tanto si somos fieles al principio de legalidad material (artículo II del Título Preliminar del Código penal) no debería responder por el delito de peculado, sino por otro delito: un delito quizá patrimonial, hurto, si es que seguimos la teoría de la ruptura de la imputación penal; o en su defecto, por el mismo delito (de peculado), pero en calidad de partícipe, siguiendo la teoría de la unidad del título de la imputación penal, pero siempre su participación será de manera dolosa.

Sin embargo, esto acarrearía otra interrogante: ¿Se admite en nuestra dogmática jurídico-penal de corte "diferenciado" con respecto a los grados de intervención personal, participación dolosa (inducción o complicidad) en un hecho principal culposo? Y el problema se complica porque el delito de peculado culposo, tal como está redactado en nuestro Código penal, se trata de un tipo penal especial (delitos de infracción al deber), porque el sujeto es un funcionario o servidor público. El Código penal peruano, en la Parte especial, ha guardado absoluto silencio con respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos-terceros en la sustracción dolosa de los caudales o efectos del Estado.

Algo parecido pasa también con respecto a los sujetos-terceros que intervienen en los delitos de colusión desleal, en los delitos de tráfico de influencia que expresamente se aluden en sus respectivos tipos penales, con el término "interesados"; claro con la salvedad que en la colusión y en el tráfico de influencia son delitos de comisión eminentemente dolosos, mientras que en el peculado es de comisión culposa, y las otras personas que sustraen son de comisión dolosa, aunque el artículo 387°,

---

[717] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 525.

cuarto párrafo, no lo diga expresamente, pero se entiende que la única forma y circunstancia de sustraer un bien o efecto, es mediante una conducta intencional. Sería improbable que por actos negligentes o imprudentes el sujeto "sustraiga" personalmente un bien, caudal o efecto, en este caso del Estado.

Ahora bien, con respecto a la autoría y participación en el hecho principal cometido por culpa, existe la *tesis de la teoría unitaria*, es decir, que todos los sujetos involucrados en un delito culposo o imprudente, responderán a título de autores individuales; y por otro lado, existe la *tesis diferenciada*, la cual diferencia los grados de intervención –en complicidad o instigación– en un hecho principal culposo. En ese sentido, pareciera que aplicando la tesis unitaria llegaríamos a la conclusión en que el caso propuesto anteriormente, la Tesorera de la institución, responderá obviamente como autora individual del delito de peculado culposo (artículo 387°, cuarto párrafo, del Código penal), y la Gerente de Contabilidad sería responsable, a través de una especie de autoría individual dolosa, que desde nuestro punto de vista no resistiría una correcta calificación jurídico-dogmática.

En tal sentido, y vista la situación, tendríamos que de alguna manera diferenciar fácticamente en este punto, los grados de intervención (de manera dolosa) de las terceras personas en un evento delictivo, realizado por su autor a título de culpa. Esto permitiría que el sujeto *extraneus* responda en calidad de partícipe doloso (dejando la salvedad que solo sería por complicidad material, desde que se necesita actos positivos y ejecutivos de sustracción), con una pena atenuada, en un peculado culposo realizado en calidad de autor, por el funcionario o servidor público, conservando con ello, la tesis de la unidad del título de la imputación penal, que sigue nuestra jurisprudencia penal vinculatoria[718].

[718] Véase, el Acuerdo Plenario N° 02-2011 de la Corte Suprema de la República, sobre "Nuevos alcances de la prescripción", en el punto 10, se señala expresamente: "Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto su responsabilidad se sustenta en la infracción de deber, siempre será el autor del delito contra la administración pública, sin perjuicio –claro está– de di-

Ahora bien, hasta aquí hemos analizado supuestos en las cuales el autor realiza la conducta culposa, por sí mismo, en forma personal; sin embargo, qué pasaría en el caso si en vez de un autor, existen varios autores culposos. Existen varios funcionarios públicos, que tienen vinculación funcional con respecto a los caudales o efectos, y que sobre la base de una culpa "colectiva" de dichos funcionarios permite que terceras personas sustraigan los caudales o efectos del Estado. Existe lo que se llama una concurrencia de circunstancias culposas, imprudentes en un mismo evento criminal. Definitivamente, aquí habrá una autoría individual culposa por cada funcionario público; es decir, tendría que determinarse "individualmente", por cada uno de los funcionarios públicos, la infracción *a su* deber objetivo de cuidado.

---

ferentes presupuestos que también se requerirán para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores –como se anotó–, pero si admite la participación del "extraneus" que no ostenta esa obligación especial, con partícipe: inductor o cómplice para fundamentar esa perspectiva –en torno a la accesoriedad de la participación– en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus".

Esta posición sostiene lo siguiente:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye la categoría autónoma de coejecución de hecho punible, sí que es dependiente de hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

12°. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes de los que sin infringir el deber, forme parte del hecho referido la acción de infractor del deber –el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única–. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: "las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de otros autores o partícipes del mismo hecho punible". Esta fórmula grafica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad de extraneus como autor de un delito de infracción del deber.

Lo expuesto significa, además, que el partícipe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor."

Sin embargo, puede presentarse el supuesto de que tanto el funcionario público como el sujeto *extraneus* se pongan de acuerdo para sustraer los bienes o efectos del Estado; con lo cual cambiaría toda la calificación jurídica; es decir, no estaríamos ante un delito de peculado culposo, desde que el funcionario público ha actuado con dolo (se aplicaría, en consecuencia, el primer o segundo párrafo del artículo 387° CP), y aplicaríamos las reglas generales de la autoría y participación (dolosa), y para algunos en un delito especial (impropio) doloso, como lo es el peculado, y para otros en un delito de infracción al deber, como también lo es el peculado.

Como sostiene Fidel Rojas: "Entre el sujeto activo (el funcionario o servidor público) y el tercero que no existe una relación subjetiva de continuidad de propósitos; es más, no debe existir en el autor conocimiento de los actos que va a cometer o está cometiendo el tercero, porque si no habrá coautoría, si hubiera dolo en ambos sujetos. La vinculación causal directa se establece entre la violación del deber de cuidado por parte del funcionario y la sustracción del dinero o bienes por el tercero"[719].

Finalmente, se podría dar el supuesto de que el sujeto *extraneus* "domine" totalmente la voluntad del funcionario o servidor público, mediante un dominio por coacción o engaño; por ejemplo, si el tercero (que es un Gerente municipal del Área Legal) le dice a su subordinado-servidor público que sustraiga un fardo de dinero de su respectiva oficina (es decir, dicho subordinado tiene a su cargo la custodia y vigilancia del dinero de la Municipalidad), y se lo dé, y que si existe una negativa por parte del subordinado-servidor público, inmediatamente lo despedirá del cargo que ostenta dentro de la institución pública; con lo cual aquí se hablaría de una autoría mediata (dolosa) con respecto al tercero *extraneus*, (véase el artículo 23° del Código penal) de un delito no de peculado, sino más bien de un delito contra el patrimonio, específicamente de hurto (ya que él, si bien es un Gerente del Área Legal,

[719] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 528.

no tiene los atributos de administración, percepción o custodia de los caudales propios de la instrucción). Con respecto al sujeto subordinado (que es un funcionario) sería un instrumento que actúa con vicio de la voluntad, por la coacción.

4.4.4. La afectación patrimonial al Estado como requisito concurrente de tipicidad

Es importante observar el resultado en los delitos culposos de resultado pues se presenta como su límite típico. Para configurar el delito culposo no basta la infracción del deber de cuidado, sino que se exige un resultado típico previsto en el Código penal (por ejemplo: ocasionar la muerte de una persona en el delito de homicidio culposo previsto en el artículo 111° CP, causar daño a otra persona en el delito de lesiones culposas –artículo 114° CP–).

Como en el delito de peculado doloso se exige una afectación patrimonial a los intereses del Estado, en igual sentido, en el peculado culposo se tendría que exigir un perjuicio económico, a parte obviamente de la probanza de la infracción al deber objetivo de cuidado generado por el funcionario o servidor público. Así lo ha establecido una Ejecutoria Suprema, que indica que un informe de parte que sustente un perjuicio no sustituye a la pericia contable y es insuficiente para condenar por peculado culposo[720].

---

[720] Véase, la Resolución de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N. N° 775-2004-Junín (Data 45 000) Denunciado: Juan Segundino Bellido Galindo y otros; Agraviado: El Estado y otro; Asunto: Peculado por extensión y otros; Fecha: 26 de octubre de 2004, que señaló que: *"Se denunció a un residente de obra haber realizado un mal manejo presupuestario de recursos destinados a la ejecución de una construcción financiada por una entidad estatal, y haber presentado para la iniciación de la edificación una declaración jurada sobre la disposición del terreno que no contenía datos reales, lo que ocasionó la paralización de los trabajos. Asimismo, se le incriminó haber efectuado el pago total de honorarios de la inspectora residente y coprocesada, cuando no se había concluido la obra. Por último, se le incriminó el desembolso de dinero para la compra de materiales, habiendo cumplido con entregar una cantidad de materiales correspondiente a una suma menor. La denuncia fue por*

la comisión de los delitos de peculado por extensión, falsificación de documentos en general, falsa declaración jurada e inducción a error a funcionario público en agravio de la entidad financista de la construcción.
La Sala Superior absolvió al acusado de la acusación fiscal, fallo que fue impugnado por la parte civil. La Sala Suprema, por su parte, en el extremo de la imputación formulada sobre peculado culposo, previsto en el tercer párrafo del artículo 387 del Código penal, considera que de la exigencia del tipo, el agente debe actuar con negligencia, imprudencia o impericia; pero para determinar si uno se encuentra ante una culpa consciente o inconsciente, es necesario dilucidar el perjuicio causado al sujeto pasivo del delito, en el caso sub iúdice el Estado. Luego, considerando que no se aprecia en autos la existencia de una pericia contable, fundamental en este tipo de delitos, que determine la sustracción de caudales o efectos o la existencia de un mal manejo del dinero proveniente del erario público, y obrando en autos solamente un informe realizado por el ente agraviado; consecuentemente para la Sala Suprema no resulta suficiente lo acreditado en el proceso para generar convicción en el juzgador y enervar así el principio constitucional a la presunción de inocencia con la que todo sujeto ingresa al proceso penal. Ello conlleva a que nada de lo actuado pueda servir de base para fundamentar una sentencia condenatoria por el delito analizado. Respecto de las imputaciones contra el encausado por los delitos de falsa declaración e inducción a error a funcionario público y falsa declaración en proceso administrativo, la Sala advierte la exigencia del dolo como elemento subjetivo de ambos delitos. Entiende así el dolo como el saber y querer todas las consecuencias del tipo legal, comprendiendo tanto el requisito intelectual (saber) y volitivo (querer), constituyendo la realización del plan la esencia misma del dolo, y consecuentemente con ello, un resultado, se considera dolosamente realizado cuando se corresponda con el plan del sujeto. Tras esta observación, la Sala Suprema analiza luego la conducta desarrollada por los sujetos, verificando si actuaron o no dolosamente. Nota así que al deponer su instructiva y ser examinados en el acto oral, los encausados manifestaron que habían conversado con la propietaria del terreno donde se iba a construir la obra para que este sea adquirido, por lo que presentaron ante la entidad estatal una declaración jurada de disposición del terreno, celebrándose posteriormente el contrato de compraventa. Bajo esta secuencia de hechos, entonces, la Sala Suprema determina que tal conducta no resulta punible por la ausencia del requisito subjetivo del tipo penal de querer lesionar el bien jurídico protegido por los delitos arriba mencionados. Finalmente, en relación con la imputación por el delito contra la fe pública –falsificación de documentos– la Sala Suprema nota que el tipo penal en este caso exige que el documento sea introducido en el tráfico jurídico y que se cause un perjuicio, considerando esto último como una condición objetiva de punibilidad. Verifica luego que este hecho no ocurrió, pues el terreno se encuentra saneado y regularizado conforme se desprende del contrato de compraventa. En consecuencia declara no haber nulidad en la sentencia absolutoria".

Ahora bien, qué tipo de repercusiones podemos mencionar en el delito de peculado culposo a partir de las modificaciones producidas en el peculado doloso, por la Ley N° 29758, en el sentido de haber clasificado en dos partes dicha infracción: un peculado doloso básico y peculado doloso agravado, todo ello en función al monto del bien o caudal apropiado o utilizado. ¿Esto también sería aplicable al delito de peculado culposo?

En principio, en el peculado culposo no se hace referencia expresa al perjuicio económico al Estado, solo se señala el término "culpa" y la "sustracción" del caudal o bien. En nuestro concepto, como estamos en una modalidad de "culpa por aprovechamiento (doloso) de tercero", la culpa –entendida globalmente como una infracción penal y no solo como parte de la tipicidad subjetiva– por sí mismo no tendría ningún sentido si es que no interviene un tercero en el proceso sustractivo del bien o caudal, en tal sentido como en todo delito culposo no se reprime la tentativa, tendríamos que esperar a que se verifique que la sustracción producida por el *extraneus* cause finalmente un perjuicio económico al Estado.

Una posición en contrario permitiría sancionar penalmente determinados actos de ejecución interrumpidos "culposamente" por el funcionario o servidor, lo cual sería un contrasentido; sin embargo, si aun cuando el *extraneus*, por causas ajenas o propias de la voluntad, no se produce la sustracción total o global del bien o caudal (habría en este punto una tentativa reprimible de peculado doloso), la conducta culposa del funcionario o servidor ya podría habilitarse, en nuestro concepto, la sanción a dicho funcionario servidor público a título de culpa.

En este apartado queremos dejar constancia de otro supuesto: si por ejemplo el *extraneus*, aprovechándose de la negligencia del funcionario, ha sustraído dolosamente un bien del Estado valorizado en más de 40.500 nuevos soles (esto es, superaría las 10 Unidades Impositivas Tributarias exigidas por la Ley N° 29703; por consiguiente sería un peculado doloso agravado), la pregunta sería: ¿Podemos aplicar en un

hecho de peculado culposo la pena del peculado doloso agravado por el monto? En principio, estamos de acuerdo que una cosa es apropiarse de un bien de más de 10 UITs y otra de menos de 10 UITs, porque el perjuicio económico es distinto en uno como en otro caso, además ese fue el principal motivo de reforma del peculado doloso propiciado por la Ley N° 29703.

Sin embargo, aplicar en un hecho de peculado culposo la pena prevista del peculado doloso agravado por el monto –de ocho a doce años de pena privativa de libertad-– sería desconocer los marcos penales previstos para cada delito de la Parte especial, sería, en otras palabras, ir contra del principio de legalidad punitiva; por ello y aun cuando sería un acto repudiable, la pena que se aplicaría al funcionario o servidor público, sería la del peculado culposo, es decir, la pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, más la respectiva inhabilitación, recomendando que si el bien o caudal supera las 10 UITs, la pena estaría más próximo al marco máximo legal.

4.5. Ley N° 29703 de fecha 26 de mayo del 2011 y su incorporación del delito de peculado doloso por omisión del funcionario con respecto de la sustracción de terceros, y su posterior modificación por la Ley 29758 de fecha 21 de julio del 2011

Tenemos que advertir que la Ley N° 29703 de fecha 26 de mayo del 2011 (Ley que luego de un tiempo sumamente corto, y por presión mediática, fue modificado por la Ley N° 29758 de fecha 21 de julio del 2011, actualmente en vigencia[721]), Ley que modificaba el Código penal peruano respecto de los delitos contra la administración pública; y específicamente en el delito de peculado doloso del artículo 387°

[721] Véase, desde una visión crítica las modificaciones de la Ley N° 29703 y Ley N° 29758 en nuestros Delitos contra la administración pública: ZAPATA LÓPEZ, Aldo; *"Delitos contra la administración pública"*, en: Nuevas Tendencias del Derecho penal y Nuevo Código Procesal Penal". Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. José Hurtado Pozo, Nro. 03, Lima, 2011, pp. 41 y ss.

decía lo siguiente: *"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma,* ***o consiente que un tercero*** *se apropie o utilice caudales o efectos..."*; es decir, se estableció expresamente en la Parte especial una especie de responsabilidad penal del funcionario o servidor público por omisión (impropia), ya que dicha conducta pasiva, tolerante del funcionario, permitía que otras personas vinculadas a dicho funcionario, se apropien o utilicen los caudales o efectos del Estado, claro que la condición era que dicho funcionario tenía que omitir *a sabiendas* que era para que terceros se apropien los bienes del Estado.

Es decir, tenía que probarse en el proceso penal, que el *intraneus* actuó con dolo en cualquiera de sus grados, pues solo así se entiende que el primer párrafo del artículo 387° del Código penal sea cometido mediante dolo (concordando con el artículo 12°, primer párrafo, del Código penal). Situación que ponemos en evidencia, porque el actual artículo 387°, cuarto párrafo, del Código penal peruano, señala: *"Si el agente,* ***por culpa,*** *da ocasión a que se efectúe* ***por otra persona*** *la sustracción de caudales o efectos..."*, es decir, si bien la descripción típica no es similar, pero el objetivo ilícito es totalmente idéntico (que el *intraneus* no sustraiga personalmente los caudales o efectos del Estado, sino que terceras personas lo realicen).

Sin embargo, la única diferencia la encontramos en el lado conductual y subjetivo: en la Ley N° 29703 de fecha 26 de mayo del 2011 (hoy modificada) se reprimía un peculado activo y a la vez omisivo (doloso y también culposo por acción –véase el cuarto párrafo del artículo 387° en la Ley 29703–). Como hemos dicho, la modificación hecha a través de la Ley N° 29758 de fecha 21 de julio del 2011, actualmente en vigencia, suprimió aquella frase del artículo 387° *"...o consiente que un tercero..."*, y con ello suprimió también la comisión del delito de peculado doloso por omisión de funcionario con respecto de la sustracción de terceros, quedando solo subsistente en el Perú, el peculado culposo por acción de funcionario o servidor con respecto a sustracciones de terceros.

4.6. Tipicidad subjetiva

El funcionario o servidor público no debe actuar dolosamente, es decir, no debe propiciar el descuido, ni entrar en concierto con el tercero para generar situaciones de culpa. De lo contrario, se imputará al funcionario o servidor público por la comisión de peculado doloso.

Resulta factible verificar el componente "subjetivo" en la imputación culposa, en el sentido de la conciencia o representación del deber de impedir la sustracción, y en tal concepto, tomar las precauciones debidas; para afirmar dicho componente deberá concluirse que el hecho era previsible y evitable con un debido comportamiento de cuidado por parte del sujeto activo (funcionario o servidor público).

4.7. Grados de desarrollo del delito

Por tratarse de un delito culposo o imprudente, necesariamente el sujeto activo tendrá que realizar el perfeccionamiento total del tipo penal, para habilitar la penalidad propuesta. Se trata en realidad de acuerdo a la estructura típica, de un delito de resultado material o lesivo.

Como se ha referido anteriormente, los delitos culposos se reprimen cuando se da la consumación, no siendo admisible la tentativa (artículo 16º del Código penal). La base para ello está que en los delitos culposos se carece de una decisión delictiva que vaya más allá del resultado objetivo, elemento esencial de toda tentativa punible.

En ese sentido, por más que el funcionario público o servidor público haya podido realizar un comportamiento negligente, imprudente, con respecto al cuidado y vigilancia de los caudales o efectos del Estado, y sin embargo, esto no ha permitido que terceras personas –*extraneus*– hayan podido sustraer de manera dolosa dichos caudales, a nuestro juicio, no habrá peculado culposo con respecto al funcionario o servidor público, pues tiene que haberse realizado la respectiva sustracción del caudal o efectos de los terceros, tiene que haber salido efectivamente de los ámbitos de custodia y vigilancia de la administración pública. Una opinión en contrario, daría pie a que se repriman

penalmente meros actos de tentativa o interrupciones en el proceso ejecutivo en el marco de un delito culposo o imprudente, supuestos que la doctrina y jurisprudencia no la admiten.

Empero, debemos dejar en claro una situación concreta: si los terceros, aprovechándose de la negligencia inexcusable del funcionario o servidor público se proponen por ejemplo sustraer los caudales o efectos del Estado, y en esas circunstancias otra persona, distinta al funcionario o servidor público, se da cuenta de tal situación y pone en alerta al personal de seguridad de la institución, con lo cual se frustra la consumación de la sustracción de los caudales. Si los terceros están en el proceso de ejecución delictiva, definitivamente serán castigados por el delito de peculado –por apropiación o utilización– *doloso* (artículo 387° CP) en grado de tentativa (artículo 16° CP); por el contrario, si lograron la sustracción del caudal o efecto del Estado, serán castigados por el delito de peculado doloso –por apropiación o utilización– consumado.

4.8. Circunstancia agravante si los caudales o efectos, estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social

Aquí existe una agravante en función a la especialidad del objeto material del delito, ya que estaban destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social; circunstancia agravante que se encuentra también incorporada en el delito de peculado doloso de apropiación como de utilización (véase el artículo 387°, tercer párrafo, del Código penal). En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO
EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO-PENAL

Según la ubicación sistemática del delito de malversación de fondos en el Código penal peruano, sería una modalidad o especie del delito de peculado doloso o culposo, pues este encabeza la Sección Tercera; además el peculado siempre será mucho más grave que la malversación de fondos, porque en aquella los caudales o efectos salen de la esfera de custodia de la administración pública, habiendo un beneficio particular del funcionario o servidor público. Mientras que en la malversación de fondos, los caudales permanecen al interior de la administración pública, habiendo lo que se conoce como un desvío de fondos, con lo cual en sentido estricto no habría un perjuicio netamente económico hacia el Estado, desde que el dinero o bienes se quedan al interior del Estado.

El tiempo de gravedad y la afectación del servicio es igualmente invocado en el delito de malversación de fondos, según la versión peruana; máxime si dentro del contexto de una moderna administración de los recursos públicos es usual y hasta tolerado la aplicación distinta de una partida para salvar urgencias; circunstancias que han llevado incluso a la posición intermedia como la propuesta de limitar la intervención penal a los casos de grave afectación del servicio[722].

---

[722] Véase, Proyecto de Ley presentado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Por todo ello, para un buen sector del Derecho penal comparado, la malversación de fondos se reduce más por un ilícito administrativo que por ilícito penal, dado su escaso nivel de lesividad del bien jurídico protegido, ya que lo que se viola o infringe en tal supuesto son deberes administrativos[723].

En contra de quienes sostienen la descriminalización de esta figura delictiva, el profesor Abanto Vásquez, afirma "...que, en la práctica, algunos casos de 'desvío de destino' pueden ser tan graves como los de 'aplicación privada' (peculado). Y es que todo depende de la finalidad para la cual estaban destinados los bienes públicos; no es lo mismo que en vez de construir una escuela, un hospital o atender una emergencia pública (terremoto, plagas, epidemias, etc.), se apliquen los fondos para la construcción de una piscina pública o para mejorar el ornato público. Además, muchos casos de 'malversación' pueden ocultar verdaderos favorecimientos del funcionario público a terceros interesados; p. ej. en vez de construir la carretera A, cuya licitación había ganado una empresa X, se invierten los fondos para la prestación del servicio B, en manos de una empresa amiga del funcionario y mediante 'adjudicación directa' (de conformidad con la ley)".[724]

Abanto Vásquez agrega que "...el 'patrimonio' de la administración pública no es igual al de los particulares, pues, además de su contenido económico, reúne otros elementos específicos, tal como ha destacado Tiedemann: el concepto contiene su orientación hacia un destino planificado y la utilización planificada de los medios. Por eso aquí también existen un bien jurídico y un 'objeto concreto' que el Derecho penal debe seguir protegiendo: la 'correcta aplicación de los fondos públicos' que puede formularse también como el principio de 'legalidad presupuestal' (disciplina y racionalidad funcional en el servicio)".

---

[723] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007, p. 549.

[724] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal*, Lima, 2003, p. 380.

Etimológicamente, malversar deriva del latin *male* y *versare*, que significa invertir mal. Lo que se sanciona en el delito de malversación es, en realidad, la mala y deficiente administración y manejo del funcionario y servidor público en relación a los bienes y dinero que están a su cargo[725], los mismos que están presupuestados legalmente, para ser invertidos adecuadamente y en un tiempo determinado en una comunidad o sociedad en general; por ello el Estado se ve seriamente afectado, más que en su patrimonio, la afectación radica en la legalidad presupuestal en cuanto a los bienes o dinero de la institución pública, donde iban asignados dichos recursos previamente.

En otras palabras, este tipo delictivo requiere que el agente cualificado (funcionario o servidor público) –con facultad para disponer y administrar bienes públicos– dé una aplicación definitiva diferente –a la que legalmente estaban destinados– al dinero o bienes públicos cuya administración le ha sido confiada, generando una afectación del servicio o la función encomendada; v. gr. una cierta cantidad de dinero presupuestada para ejecutar una determinada obra pública se usa para pagar asesorías externas.

El término malversación se ha entendido como sinónimo de desfalco, que es el acto en el que uno o más individuos se apropian indebidamente de valores o fondos que les han sido confiados en razón de un cargo funcional. Se trataría, en realidad, de una especie de *fraude financiero en el ámbito de la administración pública* para el caso peruano *(cuando se trate de caudales o fondos públicos)*; sin embargo, nada impediría que la malversación –y la represión del mismo– se pueda realizar en caudales, fondos o bienes privados, es decir, entre un empleado y su jefe inmediato, y esto podría ser configurado como un delito de orden financiero o en el ámbito de los delitos patrimoniales. En otras

(725) En palabras, de ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 551 "se entiende de modo genérico que el administrador que malversa es técnicamente un mal administrador, no obstante pueda tratarse de un funcionario sensible y humanitario. Esta dicotomía explica en parte porque otras legislaciones dejan al ámbito administrativo la exclusividad de sustanciar dicha problemática".

palabras, lo que se sanciona penalmente en el delito de malversación sería la utilización indebida del dinero o bienes ajenos o del Estado en cosas diferentes a las que iban destinadas, generalmente en beneficio propio o de tercero vinculado a un funcionario o servidor público.

Sin embargo, como la administración pública como organismo estable y duradero en el tiempo, tiene una serie de reglas y normas estrictas que deben cumplirse, y una de ellas es el presupuesto que está previamente asignado por cada institución pública precisamente para invertir en obras y servicios de los propios trabajadores, y obviamente que estén al servicio de la comunidad; y si alguien –es decir un funcionario o servidor público– realiza una decisión que implica una aplicación distinta a la debida en cuanto a la asignación de dinero o bienes, se estaría afectando un bien jurídico, quizá menos lesivo de la correcta administración de los fondos públicos, que es lo que se protege en el peculado doloso o culposo. En efecto, en el delito de malversación de fondos lo que se protege es la *legalidad presupuestal.*

La jurisprudencia peruana, a través de la Ejecutoria Suprema de fecha 21 de setiembre de 2007 (Recurso de Nulidad N° 2764-2006), expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, ha señalado lo siguiente: "Tercero: Que, en principio, debido a que en la sentencia recurrida y en el proceso penal se hace mención insistentemente al delito de malversación de fondos como una modalidad de peculado, es necesario precisar, que tales conductas típicas si bien protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación pública a los bienes públicos; mientras que el peculado consiste en una apropiación en provecho privado del funcionario o servidor público o de terceros ajenos al Estado, siendo una de las características más relevantes, el hecho de que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no salen de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso de peculado, por lo que, debe aclararse que la malversación de fondos es una modalidad de delito contra la administración pública. *Cuarto:* Que, en tal sentido el marco jurídico protegido por el delito de malversación de fondos es la racional ejecución del gasto y en la utilización o empleo de

los dineros o bienes públicos, sustentado sobre todo, en el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio, constituyendo presupuestos fundamentales para su configuración *'la aplicación definitiva'* y *'la afectación del servicio o función encomendada'* del dinero o bien público".

Antes de cerrar con el tema de consideraciones generales, creemos que resulta apropiado y necesario iniciar un debate alturado en el sentido de si es posible la tipificación penal de la llamada malversación de fondos en el ámbito privado, esto a colación de que la propia Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 22), en el punto de *malversación o peculado de bienes en el sector privado*, recomienda y señala expresamente:

> *"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo".*

Según Villavicencio Terreros, en el Informe de Adecuación (en el punto 76) de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción (Lima, mayo del 2000), la Convención Interamericana incorpora la Desviación de la Finalidad de los Bienes, el artículo XI, 1.d., que refiere al delito de malversación de fondos, en los siguientes términos:

> *La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.*

La acción requerida por el artículo XI, 1.d., de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en referencia a los bienes pertenecientes al Estado o a un particular, que se hubieran percibido por el sujeto activo es precisada como *"la desviación ajena a su objeto"*. Por su parte el artículo 389° del Código penal peruano establece que la acción típica consiste en *dar al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada*. La fórmula nacional da contenido a la frase "desviación ajena a su objeto" de la Convención, integrando con mayor precisión la acción típica, por lo que es conveniente mantenerla.

Para Frisancho Aparicio "El bien jurídico genéricamente protegido es el normal desenvolvimiento de la administración pública, pero, en el caso de la malversación de fondos, se vulnera, específicamente, el orden legal que rige las inversiones de la renta pública"[(726)]. Nolasco Valenzuela / Ayala Miranda sostienen que "el delito de malversación tiene como bien jurídico protegido u objeto jurídico de tutela uno de carácter supraindividual y de tipo funcional, concretado en el eficaz desarrollo de la administración pública, referida específicamente a la integridad del funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, con un claro sentido instrumental para que esta pueda cumplir los fines que le son propios: correcta gestión del patrimonio público"[(727)].

En ese sentido, la correcta ubicación del bien jurídico nos lleva a determinar por ejemplo que las modificaciones presupuestales no constituyen malversación de fondos si respondieron a la necesidad de regularizar el caos presupuestal de la institución. Así, la jurisprudencia ha señalado que *"El bien jurídico protegido en el delito de malversación de fondos (artículo 389 del Código penal) es la regularidad y buena marcha de la administración pública, a través de lo cual preserva la correcta*

---

(726) FISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2002, p. 345.

(727) NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika; *Delitos contra la administración pública*, tomo I, Lima, 2013, p. 607.

y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo de dinero y bienes públicos. Las modificaciones presupuestales que realizaron los encausados no se llevaron a cabo de manera discrecional, sino que respondieron a la necesidad de reordenar las cuentas de la institución y regularizar la situación de caos presupuestal que advirtieron cuando asumieron sus cargos; es más, dichas modificaciones presupuestales se efectuaron de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público y contaron con el visto bueno del Ministerio de Educación[728].

La jurisprudencia ha señalado que "*Si bien la imputación se sustenta sobre malversación de fondos, no existe en autos ninguna prueba que acredite dicha imputación, ni la supuesta existencia de un programa de inversiones por la entidad municipal, como para inferir que el encausado haya violado el principio de legalidad presupuestal, elemento que caracteriza este delito por la desviación de fondos públicos predeterminados por ley o por acto administrativo; siendo del caso absolver al procesado*"[729].

2. DESCRIPCIÓN LEGAL

En el artículo 389° del Código penal se sanciona el delito de malversación de fondos de la siguiente manera:

> *"El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos setenta y cinco días-multa.*

---

[728] Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema R.N. N° 2702-2009-Lima Norte, siete de abril de dos mil diez (Sumilla de Jurisprudencia. en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2011, tomo 21, Editorial Gaceta Jurídica, p. 185).

[729] Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3923-96 Áncash del 10 de noviembre de 1997.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y de, trescientos setenta y cinco a setecientos treinta días-multa".

(Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre del 2016)

2.1. Legislación penal comparada

El Código penal argentino, en el Capítulo VII, regula el delito de malversación de caudales públicos, bajo los siguientes supuestos:

> **ARTÍCULO 260.** Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.
>
> **ARTÍCULO 261.** Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.
>
> **ARTÍCULO 262.** Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

> **ARTÍCULO 263.** Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
>
> **ARTÍCULO 264.** Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 17), en el punto de *Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público,* señala expresamente: *"Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo".*

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo y sujeto pasivo

El delito de malversación exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas. En primer lugar ha de ser un funcionario o servidor público. En segundo lugar, ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración del dinero o bienes que se malversan, esto es, el manejo y disposiciones del dinero y bienes para aplicarlos a los

fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos[730].

El sujeto pasivo lo será el Estado.

3.2. Aspectos generales sobre la conducta típica

La acción típica se centra fundamentalmente en cambiar el destino del dinero o bienes asignándole otro, dentro de la esfera de la administración pública, lo que lo diferencia del delito de peculado, debido a que ello implica una aplicación arbitraria[731] de los bienes o dinero. En el delito de malversación de fondos no se produce lesión real al patrimonio público, por cuanto este cumple de todas maneras sus finalidades sociales pero en forma no debida[732]. La conducta es típica si el dinero recibido se aplica a otra obra pública, distinta de la encomendada[733].

Constituye premisa de partida necesaria para imputar objetivamente malversación de fondos que exista legalmente la partida presupuestal, esto es que se halle expresa y normativamente contemplada en la ley de la materia o en norma complementaria. Dinero o bienes que no tengan asignados una partida presupuestal de origen o derivada hace difícil objetivamente configurar malversación[734].

En ese sentido, existe una Ejecutoria Suprema en la cual se condena a un funcionario por malversación de fondos al haber utilizado de los Fondos de Compensación Municipal para gastos corrientes. En efecto: "Que, las pruebas actuadas durante el proceso conducen a la convicción de la responsabilidad penal del procesado [...] quien en su

---

[730] NOLASCO VALENZUELA / AYALA MIRANDA. ob. cit., tomo I, 2013, p. 609.

[731] BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *"Delitos contra la administración pública,* Buenos Aires, 2001, p. 239.

[732] ROJAS VARGAS, Fidel. ob. cit., p. 389.

[733] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. ob. cit., p. 333.

[734] ROJAS VARGAS. ob. cit., 2007, p. 552.

condición de ex alcalde de la comuna agraviada utilizó indebidamente el presupuesto del Fondo de Compensación Municipal para gastos corrientes; injusto penal previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código penal"[735].

En esta misma lógica, podemos citar otra Ejecutoria Suprema de nuestro país, que tiene dicho que: "Los encausados en sus condiciones de Inspector, Tesorero y Presidente, habiéndose asignado por parte del Fondo, ciento treintiocho mil seiscientos ochenticinco nuevos soles, más los intereses generados al ser depositados en una cuenta del Interbank; sin embargo, pese a haberse dispuesto de la totalidad de los fondos asignados, la obra en mención no se encuentra concluida, habiéndose efectuado *gastos no presupuestados,* incumplido con dar debida

---

[735] Véase, Recurso de Nulidad N° 3276 - 2001 Sala Penal Tacna, de fecha Lima, veintitrés de setiembre de dos mil dos.- **VISTOS;** de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal Supremo; interviniendo como ponente el Vocal Señor Julián Rodolfo Garay Salazar; y. **CONSIDERANDO:** Primero.- que, conoce del presente proceso esta Suprema Sala al haber interpuesto recurso de nulidad el procesado Hernán Flores Vela contra la sentencia que lo condena a dos años de pena privativa de la libertad por el delito de peculado - malversación de fondos; Segundo.- que, las pruebas actuadas durante el proceso conducen a la convicción de la responsabilidad penal del procesado José Hernán Flores Vela, quien en su condición de ex alcalde de la comuna agraviada utilizó indebidamente el presupuesto del Fondo de Compensación Municipal para gastos corrientes: injusto penal previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código penal, lo que se encuentra corroborado con el informe pericial contable de fojas ciento noventidós, así como su propia instructiva donde reconoce y acepta en parte el acto delictivo; declararon: **NO HABER NULI**DAD en la sentencia recurrida de fojas doscientos doce, su fecha primero de agosto del dos mil uno, que condena a José Hernán Flores Vela por el delito de peculado - malversación de fondos-, en agravio de la Municipalidad Distrital de Samegua, a dos años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente por el período de prueba de un año; fija en un mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá pagar el sentenciado a favor de la Municipalidad Distrital de Samegua, e inhabilitación por el término de dos años de conformidad con el artículo treinta y nueve del Código Penal, para que no pueda ejercer cargo público político alguno; con lo demás que contiene; y los devolvieron.- S.S. SIVINA HURTADO / BIAGGI GÓMEZ / GARAY SALAZAR / LECAROS CORNEJO / CABANILLAS ZALDÍVAR.

cuenta de los gastos efectuados en los plazos fijados y no sustentar gran parte del presupuesto no obstante los requerimientos documentados que obran en autos[...]"[736]

La jurisprudencia penal ha señalado que destinar el dinero presupuestado para gastos de inversión en gastos corrientes configura el

---

[736] Recurso de Nulidad N° 1454-02 Sala Penal Permanente JUNÍN, de fecha diecinueve de mayo de dos mil tres.- **VISTOS;** con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; por sus propios fundamentos; y, **CONSIDERANDO:** que conoce del presente proceso este Supremo Tribunal por haberse concedido el recurso de nulidad interpuesto por los sentenciados José Pedro Ismael, Mariano Pérez Barrientos y Edmundo Severo Herrera Vega; que durante la secuela de la instrucción el Juicio Oral, se ha llegado a establecer fehacientemente tanto la comisión del delito materia de acusación, así como la responsabilidad penal de los recusados Quevedo Vela, Pérez Barrientos y Herrera Vega, los mismos que ejecutaron parte del núcleo ejecutor para la construcción del canal y reservorio de Qochapampa, en sus condiciones de Inspector, Tesorero y Presidente, respectivamente, habiéndose asignado por parte del Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social - Foncodes - ciento treintiocho mil seiscientos **ochenta y cinco** nuevos soles, más los intereses generados al ser depositados en una cuenta del Interbank; sin embargo, pese a haberse dispuesto de la totalidad de los fondos asignados, la obra en mención no se encuentra concluida, habiéndose efectuado gastos no presupuestados, incumplido con dar debida cuenta de los gastos efectuados en los plazos fijados y no sustentar gran parte del presupuesto no obstante los requerimientos documentados que obran en autos, hechos que se encuentran debidamente corroborados con el resultado de la pericia de fojas cuatrocientos y la inspección judicial de fojas cuatrocientos diecinueve, fundamentos por los cuales, la resolución materia del grado se encuentra arreglada a Ley; declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas seiscientos ochenta y siete, su fecha veintidós de enero del año dos mil dos, que condena a José Pedro Ismael Quevedo Vela, Mariano Pérez Barrientos y Edmundo Severo Herrera Vega como autores del delito contra la administración pública -peculado-malversación de fondos-, en agravio del Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social –Foncodes–, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año, sujeto a las reglas de conducta que se indican en la sentencia y fija en mil quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar cada uno de los sentenciados a favor del agraviado; con lo demás que dicha sentencia contiene; y los devolvieron. S.S. VÁSQUEZ VEGARANO / PALACIOS VILLAR / CABANILLAS ZALDÍVAR / BALCÁZAR ZELADA / LECAROS CORNEJO

delito de malversación de fondos. Así *"Los encausados (alcalde y regidores), en su condición de funcionarios públicos, emplearon solo una parte del dinero del Fondo de Compensación Municipal, en gastos de inversión, destinando el saldo a otros fines (gastos corrientes): pago por la utilización de maquinarias, préstamos, pago de servicios y adquisición de bienes, perjudicándose el destino de ese fondo especial presupuestado, que tenía la calidad de intangible, pues ya se había dispuesto del 30% del monto de libre disposición. En el supuesto de que exista una dualidad de procedimientos sobre un mismo hecho, penal y administrativo, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbado, pues el Derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo, que opera como respuesta a conductas reguladas por su propio ordenamiento legal, y de ningún modo actúa regiéndose por el principio de lesividad, como sí sucede en un proceso penal*[737].

En ese sentido, si no existe destino expreso de determinados fondos estatales, el funcionario o servidor público administrador puede dar aplicación pública de los bienes a su libre arbitrio, pues se entiende que se ha dejado a su criterio dicha aplicación, siempre para fines públicos[738].

3.3. Facultades de administración en relación al dinero o bienes por parte del funcionario/servidor

La ley penal no requiere de percepción o custodia, tan solo de administración, y ello supone que el sujeto activo, además de poseer los fondos tiene facultades legales de disposición de los mismos,

---

[737] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República (R.N. N° 817-2009-SAN MARTÍN) de fecha cuatro de junio de dos mil diez (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2011, Tomo 30, Editorial Gaceta Jurídica, p. 175)

[738] SALINAS SICCHA, Ramiro; *"El delito de malversación de fondos"*, en: Gaceta Penal, N° 32, febrero, 2012, Lima, p. 111.

de conformidad con los planes trazados por la administración pública[739]; por esta razón, la relación funcional que exige el tipo de malversación es así más estricta que en el caso del peculado[740]. En ese sentido, si el sujeto activo solo tiene facultades de custodia o de percepción y dispone del dinero y bienes para otro uso oficial, el sujeto activo no cometerá delito de malversación sino abuso de autoridad (art. 376° Código penal). En otras palabras, se requiere en la malversación de fondos, como es fácil colegir, de relación funcional con el dinero o los bienes en función a la posesión en administración y además que ello implique la posibilidad de aplicación de los mismos a los fines oficiales.

En tal sentido, administrar no implica que el sujeto deba siempre detentar la posesión directa del dinero o bienes bajo su cargo. Estos pueden estar lejos de él. Lo importante es que tenga la disponibilidad jurídica. Por ello, se afirma que es necesario que el agente público tenga dominio sobre el dinero o bienes debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego[741].

3.4. El objeto material del delito

En cuanto a los objetos materiales del delito, el tipo penal señala a solo dos formas concretas: al dinero y a los bienes. El dinero tendría que tener eficacia real y verdadera en el mercado para la compra y venta de bienes y servicios. En cuanto a los bienes, puede tratarse de bienes muebles como a bienes inmuebles.

El problema se presenta respecto a los "bienes". Así, hay bienes con valor económico y otros que no tienen valor. A efectos del delito de malversación, se entiende que los bienes a que hace referencia el tipo

---

[739] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 551.

[740] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 550.

[741] SALINAS SICCHA, *"El delito de malversación de fondos"*, cit., p. 109.

penal son los que tienen valor económico. El valor económico puede incluso ser mínimo[742].

3.5. La relación funcional del dinero o bienes

La condición para la tipicidad es que dicho "dinero" o "bienes" no estén librados a la liberalidad o discrecionalidad del funcionario, sino que estén bajo una evidente y estricta administración del funcionario o servidor público en una determinada institución pública. En otras palabras, los objetos materiales deben estar en una relación o vinculación jurídica con el funcionario o servidor público (algo que también se exige en el delito de peculado doloso y culposo). La administración que puede ejercer el funcionario o servidor debe provenir de dos fuentes: en primer lugar, mediante una *posesión directa o inmediata* (pero siempre en el marco de una juridicidad), o en su defecto, mediante una *posesión indirecta*, es decir, mediante actos jurídicos de delegación.

Ahora bien, el artículo XI de la Convención Interamericana contra la Corrupción, incluye como objeto de la acción, no solo los bienes del Estado y organismos descentralizados, sino también los de particulares que hubieren sido confiados a un funcionario, en razón de su cargo, ya sea para administración, depósito u otra causa[743]. Al respecto, el artículo 389° del Código penal peruano al referirse al objeto de este delito solo se refiere "al dinero o bienes" que administra el funcionario público, sin limitar su alcance a los que son de propiedad del Estado. Consecuentemente el sentido literal permite incluir en la protección a los bienes de particulares encomendados a la administración pública.

Esta interpretación es confirmada por el artículo 425° del mismo cuerpo legal, que establece: "Se consideran funcionarios o servidores

---

[742] SALINAS SICCHA, *"El delito de malversación de fondos"*, cit., p. 108.

[743] Véase, en este sentido VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción, Lima, mayo del 2000, punto 125.

públicos: Inciso 4°.- Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, **aunque pertenezcan a particulares**". En consecuencia, dada la claridad de nuestra legislación penal en este aspecto, no resulta necesaria su adaptación a lo establecido por la Convención Interamericana contra la Corrupción[744].

3.6. La aplicación pública definitiva diferente de los bienes o dinero por parte del funcionario o servidor público

Una Ejecutoria Suprema tiene señalado correctamente que no hay delito de malversación si aun existiendo irregularidades en el manejo de fondos no se prueba una asignación distinta de la fijada[745]. Por otro

---

[744] Véase, en este sentido VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción, Lima, mayo del 2000, en el punto 126.

[745] Véase, en este sentido, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N N° 804-05-Ica (Data 45000); Denunciado: Gregorio Urbano Carbajal Munayco y otros; Agraviados: El Estado y El Colegio Nacional San Luis Gonzaga de Ica Asunto: Peculado y Malveración de fondos; Fecha: 28 de junio de 2005:
"Se denunció a cuatro funcionarios del sector educativo la comisión de los delitos de peculado y malversación de fondos en agravio del Estado y de un colegio nacional. Los funcionarios mencionados habrían cometido irregularidades en la suscripción de los contratos de alquiler de los inmuebles pertenecientes al colegio, los que no fueron renovados con los incrementos establecidos, ya que los procesados en forma inconsulta se pusieron de acuerdo con los inquilinos, a quienes les autorizaron realizar mejoras.
La denuncia se sostuvo en la pericia contable que establecía que de la cuenta intangible de 21,248 dólares por depósitos de los inquilinos, solo existía la suma de 13,100 dólares. adicionalmente a ello, los procesados como parte de la junta económica educativa pagaron a un abogado una suma excesiva por servicios profesionales sin existir la sustentación debida; y por último, en la adquisición de computadoras se pagaron sumas sobrevaloradas sin tener en cuenta lo contenido en el reglamento único de adquisiciones. La sentencia del Colegiado Superior fue condenatoria solo para dos de los funcionarios; sin embargo, el fiscal superior alegó en su recurso de nulidad que la pena impuesta no guardaba proporcionalidad y razonabilidad con el daño causado a la sociedad. Además, este señaló que en base a un informe ampliatorio se llegó a determinar la existencia de irregularidades en la captación y uso de recursos por alquiler y otros por parte de la junta económica del colegio conformada por los procesados.

Por su parte, un procesado fundamentó su recurso de nulidad señalando que, el Colegiado no tomó en cuenta que el monto total por honorarios profesionales pagados al abogado contratado fue una suma que resulta ser menor que la atribuida, y que también resulta menor a la prevista en el artículo 6 de la Ley N° 26404 que fija los montos para contratar mediante adjudicación directa. Adicionalmente a ello, el director del colegio y el tesorero administrativo, refirieron que no se apropiaron del dinero del colegio y que el hecho de no haberse mantenido intangible la cuenta de ahorro del colegio se debió al presidente de la asociación de padres de familia, quien igualmente fue el que decidió la adquisición de computadoras.
A efectos de determinar la responsabilidad, la Sala Suprema destacó que en el delito de peculado el sujeto activo debe tener dominio sobre la posesión material de los bienes que administra debido a sus funciones, y que los verbos rectores tales se entienden del siguiente modo: "administrar", como sinónimo de facultad de disponer los bienes; "percibir" es recibir bienes de la administración pública, para ingresarlos o regresarlos a ella; y "custodiar" es entendido como la tenencia y vigilancia sobre los bienes públicos realizada como función administrativa. En el análisis de la pericia contable se concluyó que no se había logrado establecer en forma concreta el monto del perjuicio causado al Estado, o en su defecto en forma concreta a los responsables del perjuicio. La Sala Suprema consideró que en dicho documento no se establecieron de forma individualizada los cargos imputados a cada uno de los procesados, es decir la conductas descritas en los verbos rectores; limitándose tanto la acusación fiscal como la sentencia a sindicar en forma general que los procesados son responsables de los hechos. Respecto del delito de malversación de fondos, la Sala Suprema indica que pueden ser numerosas y variadas las formas o modalidades prácticas de los actos de malversación que se aplican de modo distinto a las asignaciones de dinero y bienes, cambiando así el destino o empleo fijado oficialmente, dentro del mismo rubro presupuestario o asignándolo arbitrariamente a otro (funcionario que gasta más de lo asignado en adquisición de material de oficina, alcalde que emplea el dinero destinado a la compra de maquinarias en el programa de vaso de leche, gastos no autorizados, etc.). Pueden además presentarse en situaciones de permanencia o de delito continuado. En doctrina se sintetiza en cuatro conductas específicas la figura de malversación, a saber: a) dar aplicación oficial diferente de aquella destinada; b) comprometer sumas superiores a las fijadas c) invertir en forma no prevista; y d) utilizar los fondos en forma no prevista.
La Corte Suprema señala finalmente que para la realización del tipo penal del delito de malversación de fondos no entran en consideración los fines en los cuales se haya invertido el dinero del Estado, bastando para su consumación el hecho que le haya dado un destino diferente del primigenio. En ese sentido, considera que en el caso de autos no se llegó a establecer la comisión de los delitos de peculado y de malversación de fondos, pues si bien existieron irregularidades en el manejo de los fondos, sin embargo no se llegó a acreditar la apropiación correspondiente por parte de los procesados, ni la malversación que se haya dado a los fondos, por lo que se absuelve a los procesados".

lado, la Ejecutoria Suprema de fecha 21 de setiembre de 2007 (Recurso de Nulidad N° 2764-2006), expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, ha señalado lo siguiente:

> "Tercero: Que, en principio, debido a que en la sentencia recurrida y en el proceso penal se hace mención insistentemente al delito de malversación de fondos como una modalidad de peculado, es necesario precisar, que tales conducta típicas si bien protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación pública a los bienes públicos, mientras que, el peculado consiste en una apropiación en provecho privado del funcionario o servidor público o de terceros ajenos al Estado, siendo una de las características más relevantes, el hecho de que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no salen de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso de peculado, por lo que, debe aclararse que la malversación de fondos es una modalidad de delito contra la administración pública. Cuarto: Que, en tal sentido el marco jurídico protegido por el delito de malversación de fondos es la racional ejecución del gasto y en la utilización o empleo de los dineros o bienes públicos, sustentado sobre todo, en el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio, constituyendo presupuestos fundamentales para su configuración "la aplicación definitiva" y "la afectación del servicio o función encomendada" del dinero o bien público".

La acción típica en este delito consiste en dar aplicación pública diferente, de aquella a la que están destinados, al dinero o bienes de la administración pública, es decir estamos hablando de un cambio de destino que los fondos tiene fijados, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero. Cabe dejar en claro que la diferencia de este delito con el delito de peculado, consiste siempre en una aplicación pública a los bienes públicos. El destino del dinero o bienes públicos puede ser:

- GENÉRICO, cuando está referido a un sector amplio de la administración; por ejemplo, para el Poder Judicial o el Poder Legislativo; o,

- ESPECÍFICO, cuando señala expresamente el destino final de los bienes, como la compra de un bien en particular[746].

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

La comisión del delito de malversación de fondos solo se puede cometer mediante la modalidad dolosa. En efecto, el dolo debe comprender el conocimiento de que el sujeto es un funcionario o servidor público, debe conocer que lo que está administrando son dineros o bienes; debe conocer que a dicho dinero o bienes se dé una aplicación definitiva diversa de aquello a lo que estaba destinado.

5. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

El delito de malversación de fondos, de acuerdo a la descripción típica, tiene a nuestro juicio, dos criterios específicos en función a la temporalidad de la conducta, para precisamente llega a la consumación típica; dichos criterios específicos son los siguientes:

- En primer lugar, cuando el tipo penal en comento señala que el funcionario público o servidor público "*...**da** al dinero o bienes que administra*", se está refiriendo a que efectivamente se realice la aplicación definitiva distinta a la encomendada inicialmente; esto sería una especie de actos de ejecución (inicio de lo punible) de la conducta, si aplicamos el *iter criminis* externo.

  La jurisprudencia penal ha señalado que incurre en malversación de fondos el alcalde que da un destino diferente a las retenciones de aportes previsionales de los trabajadores municipales. Así, *"El delito de malversación es un delito especial propio y de infracción del deber, en virtud del cual el funcionario público da una aplicación definitiva diferente al dinero o bienes de la administración pública. Su nota característica es la amplitud de comportamientos ilícitos que comprende, pues la infracción*

[746] DONNA, Edgardo Alberto; *Delitos contra la administración pública,* Buenos Aires, 2002, p. 266.

de los ámbitos de competencia institucional no solo puede darse por razón del cargo, sino también por delegación de funciones o por mandato de una autoridad competente, en tanto se vulnere el servicio público o los deberes especiales positivos encomendados. Los hechos atribuidos al imputado han sido correctamente subsumidos en el tipo penal de malversación de fondos, pues, en su condición de alcalde, habría retenido el dinero proveniente de los aportes previsionales de obreros y empleados del Fondo Privado y Pensiones, al cual habría dado un destino diferente al previsto previamente por la ley de presupuesto, mayormente para la contratación de servicios, con lo cual habría afectado el normal funcionamiento de los servicios y sus roles funcionales del alcalde encomendados por la ley. El informe pericial es un elemento de probanza que determinará en el transcurso del proceso si hubo o no afectación a la entidad edil, pero no tiene capacidad para cuestionar la tipicidad o la justiciabilidad del tipo penal de malversación de fondos, sustentando una excepción de improcedencia de acción. Igualmente, la demostración de quién varió el presupuesto municipal y quién se benefició concretamente, no se puede dilucidar a través de dicho medio técnico de defensa, sino que ello será materia de un pronunciamiento de fondo que precisa de actividad probatoria[747].

- En segundo lugar, no cualquier clase de aplicación definitiva a los bienes o dinero generará la consumación global del injusto penal en comentario; por ello, en la parte final de la conducta típica, el artículo 389° del Código penal contempla un resultado típico a tener en cuenta: "*...afectando el servicio o la función encomendada...*". El término "afectación" debe entenderse como una lesión efectiva al objeto penalmente protegido, cual es la "administración pública", específicamente afectando

[747] Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima. Exp. N° 00013-2014-4-186-JR-PE-01 RESOLUCIÓN N°4, Lima, tres de setiembre del dos mil doce (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2012, Tomo 42, Editorial Gaceta Jurídica, p. 214).

la denominada legalidad presupuestal. Por ejemplo, el Alcalde de un Municipio ha decidido realizar una aplicación definitiva a un dinero que tenía, en principio, destinado para construir una loza deportiva en un barrio determinado, luego por decisión personal, decide emplear el dinero para pagar planillas del personal dentro de la Municipalidad, situación que efectivamente pasa, afectando el servicio institucional, en este caso, de la Municipalidad.

Como hemos dicho, el artículo 389° del Código penal contempla un resultado típico: "*...afectando el servicio o la función encomendada...*", por lo tanto, se trata de un delito de resultado lesivo verificado a nivel de tipicidad.

La jurisprudencia penal ha señalado que en el delito de malversación de fondos requiere acreditar la afectación del servicio encomendado. Así, "*Tercero: Que el Colegiado Superior en la sentencia recurrida apreció el incumplimiento de requisito, exigido por el delito de malversación -artículo trescientos ochenta y nueve del Código penal-, de que -como consecuencia de la aplicación definitiva y diferente del dinero o bienes que administró el funcionario público- se afectó el servicio encomendado; que la exigencia típica en el delito de malversación de que se "afecte el servicio o la función encomendada" no estaba presente en el texto original del artículo trescientos ochenta y nueve del Código penal, sino que se introdujo posteriormente por la Ley número veintisiete mil ciento cincuenta y uno, publicada el siete de julio de mil novecientos noventa y nueve; que el delito de malversación de fondos y bienes agravado -cuando estos estuvieran a fines asistenciales o a programas de apoyo social- tanto en la redacción original como en la actual están conminados pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de ocho años; que si bien los hechos objeto submateria acaecieron bajo la vigencia del texto original del artículo trescientos ochenta y nueve del Código penal, la limitación típica contenida en la redacción actual hace que esta resulte más beneficiosa para los*

encausados y sea aplicable al caso en atención al principio de retroactividad favorable de la ley penal[748].

En ese sentido, al constituir un hecho punible de resultado la malversación de fondos es perfectamente posible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa. Toda conducta anterior a la real disposición definitiva del dinero o bienes públicos a un destino diferente al previsto, constituirá tentativa siempre y cuando se haya traspasado el límite de los meros actos preparatorios[749]; caso contrario de lo que sostiene Rojas Vargas, para quien la afectación al servicio o de la función encomendada se constituye en una *condición objetiva de punibilidad* para hacer merecedora de sanción el injusto penal cometido por el sujeto público malversador[750].

Nos parece correcto el condicionamiento típico –exigencia de disvalor del resultado– que ha impuesto el legislador nacional, porque caso contrario, se asemejaría a una infracción meramente administrativa. Sin embargo, el legislador nacional no ha precisado en qué debe consistir la afección del servicio. ¿Debe ser imposibilitado o bastará con que corra peligro su ejecución? La afección debe entenderse no solamente como "peligro" de no ejecutar la obra, sino incluso bastará con que se afecten los plazos, se incrementen los costos o la calidad de la obra que iba a ejecutarse. Aquí será necesario efectuar una pericia para verificar si y cómo esta afección se ha dado[751].

La jurisprudencia penal ha señalado la necesidad de acreditar pericialmente el perjuicio patrimonial en el delito de malversa-

---

[748] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República (R.N. N° 4690-2005-LIMA) de fecha doce de setiembre de dos mil siete (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2009, Tomo 4, Editorial Gaceta Jurídica, p. 143).

[749] SALINAS SICCHA, Ramiro; *"El delito de malversación de fondos"*, cit., p. 116.

[750] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 556.

[751] Véase, en este sentido: ABANTO VASQUEZ; ob. cit., 2003, p. 386.

ción de fondos. Así, *"La prueba pericial es de carácter compleja y consta, entre otros elementos, de operaciones técnicas, es decir, de actividades especializadas que se realizan sobre el objeto peritado. En los delitos contra la administración pública que suponen una evidente trascendencia patrimonial contra el Estado, como son los delitos de peculado y malversación de fondos, la prueba pericial resulta pertinente y relevante para dilucidar el thema probandum, máxime, si sus supuestos típicos implican un desmedro patrimonial de los fondos o caudales estatales. En cuanto al delito de malversación de fondos, conforme se desprende de los informes periciales, no se ha establecido de qué manera la conducta imputada afectó la inversión de la construcción de obras, ni cómo la viabilidad de estas se vio comprometida, pues para que se configure el mencionado delito no solo es necesario que se haya utilizado para otros fines el dinero del Estado, sino que debe delimitarse el perjuicio que se causó a la institución por haberse dado una aplicación diferente al dinero o bien administrados*[752].

Por el contrario, si no se llegase a tal resultado lesivo estaríamos ante un tipo imperfectamente realizado, dando lugar a la tentativa punible (artículo 16°), siempre y cuando se haya traspasado la frontera de los actos preparatorios impunes. Por ejemplo, si el Alcalde de un Municipio ha decidido realizar una aplicación definitiva a un dinero que tenía, en principio, destinado de construir una loza deportiva en un barrio, luego por decisión personal, decide emplear el dinero para pagar planillas del personal dentro de la Municipalidad, y precisamente cuando se disponía a firmar la resolución para tal finalidad, es intervenido por Control Interno de la misma Municipalidad, con lo cual se frustra el injusto penal. Aquí existe tentativa mas no consumación típica desde que no se ha afectado el servicio o función encomendada.

---

[752] Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República. (R.N. N° 5391-2008-La Libertad) de fecha tres de agosto de dos mil diez (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2011, Tomo 24, Editorial Gaceta Jurídica, p. 165).

6. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE POR APLICACIÓN DEFINITIVA DE DINERO O BIENES DE PROGRAMAS DE APOYO SOCIAL, DE DESARROLLO O ASISTENCIA

Esta circunstancia agravante se encuentra regulada en la segunda parte del artículo 389° del Código penal:

> *"Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistencia y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años".*

La circunstancia agravante radica no en el mayor disvalor de la acción del sujeto activo, sino en el mayor disvalor del resultado, porque se trata de una aplicación definitiva al dinero o los bienes, pero no cualquier dinero o bienes, sino a aquellos que pertenezcan a programas de apoyo social, de desarrollo o asistencia; igualmente se exige como resultado típico la acreditación de la afectación del servicio o la función encomendada.

Como hemos dicho, el delito de malversación agravada, a diferencia del delito de malversación básica, exige un resultado típico expreso que es, parte pertinente: "*...afectando el servicio o la función encomendada...*", por ello se justifica una sanción mayor (de tres a ocho años de pena privativa de libertad) de la del primer párrafo del artículo 389° (uno a cuatro años de pena privativa de libertad), claro está acreditado que los bienes o dinero corresponda a determinados Programas de Apoyo o Asistencia Social, los mismos que se les dé una aplicación definitiva diferente.

Es decir, por más que se haya verificado en el proceso penal solo la primera parte (la especialidad de los bienes o el dinero), y no la segunda parte del tipo penal (la afectación del servicio o función encomendada), la conducta del autor quedará en proceso de ejecución interrumpido por causas ajenas o causas propias del autor, en ese sentido, quedará en grado de tentativa punible (artículo 16° del Código penal).

La comisión agravada de este delito solo se puede realizar de manera dolosa. El sujeto activo debe, previamente, tener la voluntad y el conocimiento efectivo (dolo) de todos y cada uno de los requisitos objetivos de la circunstancia agravante.

7. EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS Y SU DIFERENCIA CON EL DELITO DE PECULADO

7.1. Consideraciones generales

El delito de malversación de fondos, según su ubicación sistemática dentro del Código penal peruano, sería una especie o modalidad del delito de peculado, pues este encabeza uno de los cuatro títulos sistemáticos de delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública; en ese sentido, la malversación de fondos debe compartir algunos de los elementos típicos esenciales del peculado (por ejemplo, el tema del objeto genérico protegido: administración pública, los sujetos activos, la afectación patrimonial-presupuestal de los caudales o efectos del Estado, entre otros); sin embargo, también debería existir algunas diferencias básicas entre ambas figuras delictivas, por ejemplo, si el legislador peruano ha preferido ubicar al delito de peculado como género delictivo inicial, es porque dicho delito sería mucho más grave (de acuerdo a la sanción penal) de las restantes modalidades de peculado, situación que es cierta en nuestro caso (aunque la ubicación sistemática inicial de un delito no siempre sería de mayor gravedad, véase por ejemplo, el delito de coacción –artículo 151°–, ubicado al inicio, en relación al delito de secuestro –artículo 152°–, este último es mucho más grave que el delito de coacción).

Volviendo a nuestro tema, una Ejecutoria Suprema ha definido la diferencia entre un delito de peculado y un delito de malversación de fondos, y dicha diferencia está en el criterio de aplicación pública definitiva diferente. En efecto: "Que en la sentencia recurrida se absuelve a los imputados, respecto al cargo de transferencia de los recursos del canon petrolero al Fondo de Desarrollo Agrario de Loreto, institución última que fue quien administró los mismos, atendiendo a que este

hecho constituiría delito de malversación y no de peculado, en mérito a que no se probó que los acusados utilizaron o se apropiaron de los fondos públicos en cuestión; que, en efecto, el título de imputación formulado por el Ministro Público no corresponde a las exigencias del tipo legal de peculado y más bien tipifica el delito de malversación; que esta última infracción penal requiere que se dé al dinero o bienes públicos que se administra aplicación pública definitiva diferente de aquella a los que están destinados, y sin duda público u oficial es el destino que se acordó por el Gobierno Regional de Loreto –el Fondo de Desarrollo es una institución pública regional y los fondos se destinaron a préstamos promocionales–; que como no se dio una aplicación privada de los dineros públicos, único supuesto en que –si reúnen los demás elementos típicos– podrá ser calificado de peculado, la conclusión del Tribunal de Instancia se encuentra arreglada a ley"[753].

El delito de peculado (doloso) sanciona la conducta del funcionario que extrae caudales o efectos que forman parte del patrimonio público, sacándolos de la esfera de dominio de la administración pública en beneficio del funcionario peculador o de un tercero, por lo que la administración pública pierde parte de su patrimonio. En el delito de malversación de fondos se sanciona la conducta del funcionario pú-

[753] Recurso de Nulidad N° 3336-2004, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. En otro fallo judicial sí se ha establecido la diferencia entre peculado y malversación de fondos. Así: *"El delito de malversación de fondos se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaban destinados, y esta aplicación diferente, empleo o inversión distinta de fondos, bienes o efectos, tiene que realizarse necesariamente en alguno de los proyectos oficiales o públicos del Estado; siendo esto así, dicho tipo penal no se encuadraría en los hechos denunciados, toda vez que si bien está acreditado el uso ilegal de determinada suma de dinero del Estado destinado para una obra pública –abastecimiento de agua potable y alcantarillado– este fue derivado por los procesados para refaccionar una obra particular –Salón Comunal del pueblo de Urcos– el mismo que no se encontraba dentro de los proyectos de inversión por parte de los organismos del Estado"*. (Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 199-04 Cusco del 24 de febrero de 2005).

blico que da una aplicación definitiva distinta a los fondos públicos al previamente establecido por la propia administración pública, por lo que los fondos públicos permanecen dentro del ámbito de dominio de la administración pública, no los pierde como en el caso del delito de peculado.

No puede existir jurídicamente, bajo un mismo supuesto fáctico como unidad de acción, el delito de malversación de fondos y el delito de peculado doloso. Efectivamente tal como dice el Profesor Peña Cabrera Freyre "Si luego de dar una aplicación definitiva a los bienes, el funcionario se apropia de ellos, estaríamos ante dos hechos, que de forma separada y autónoma, son constitutivos de delito de malversación de fondos y de peculado por apropiación, configurándose un concurso real de delitos. Nótese, que deben tratar de dos hechos distintos, como se ha dicho antes, no puede presentarse un concurso ideal de delitos (unidad infractora de una pluralidad normativa)"(754).

Al respecto, Abanto Vásquez señala que el desvío del destino público debe ser tipificado como malversación y no como delito de peculado. "la apropiación [en el peculado] ... puede favorecer a un tercero.... Este tercero puede ser una persona ... jurídica (empresa privada...), pero no la propia administración. En caso de que hubiere un cambio de destino público, sería aplicable la figura de malversación"(755). En este mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha negado la posibilidad de imputar el delito de peculado cuando los hechos se basan en la celebración de contratos con empresas privadas, manteniendo la posibilidad de que dicha conducta sea analizada por otro título imputativo (que en el presente caso sería el delito de malversación de fondos).

---

(754) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial*, tomo V, Lima, 2010, Lima, p. 390.

(755) ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, p. 354.

7.2. Jurisprudencia en procesos por delito de malversación de fondos

LA ORDEN DE CAMBIO DE DESTINO PÚBLICO POR EL FUNCIONARIO "suponiendo este tipo penal un cambio del destino público del patrimonio (bienes o dinero), es necesario en primer lugar, determinar la aplicación a que originalmente estaban destinados los caudales; luego es, preciso determinar la aplicación distinta que presuntamente se hizo de los mismos, para establecer finalmente si el encausado en el ejercicio de sus funciones ordenó el cambio de destino público"[756].

LA AUSENCIA DE DESMEDRO EN EL PATRIMONIO DEL ESTADO POR MALVERSACIÓN. "No se realiza el delito de peculado, por ejemplo, cuando se adquiere bienes que no son utilizados y son destinados luego a otra obra, configurándose en cambio el delito de malversación de fondos; supuesto típico en el cual se crea evidentemente un desbalance patrimonial en relación a los recursos del Estado asignados para un fin determinado, pero el patrimonio general del Estado no sufre desmedro".[757]

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS ES EXCLUYENTE DEL DELITO DE PECULADO. "Los actos imputados al burgomaestre, consistentes en haber gestionado y obtenido un préstamo del Banco de la Nación, destinados a la ejecución de obras, pero que fue utilizado por el acusado para adelanto de remuneraciones y otros, no configurándose el delito de peculado sino de malversación de fondos"[758].

---

[756] Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 25 de marzo de 1998. expediente n° 101-98. ARMANZA GALDOS, Jorge / ZAVALA TOYA, Fernando; *La decisión judicial*, Lima, 1999, p. 43.

[757] Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del 26 de mayo de 1998. Expediente N° 179-98. ARMANZA GALDOS. Jorge / ZAVALA TOYA, Fernando; *La decisión judicial*, Lima, 1999, p. 82

[758] Ejecutoria Suprema del 16 de agosto de 1996, Expediente N° 1364-96-B Lima. ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal.* Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 684.

DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS ES EXCLUYENTE DEL DELITO DE PECULADO.- "Constituye delito de malversación de fondos dar distinto fin a los bonos alimenticios que el gobierno había destinado a las personas más menesterosas, esto es, haberlos entregado a comerciantes del lugar, no probándose que los encausados se hayan apropiado en beneficio personal de esos dineros, razón por la cual la figura de peculado, también formulada contra ellos ha quedado desvanecida".(759)

DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE PECULADO Y EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS.- "El delito de peculado es diferente al de malversación. El primero sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le está confiado por razón de su cargo; mientras, que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a la que están destinados; tratándose de dos figuras delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones"(760).

PECULADO Y MALVERSACIÓN DE FONDOS: NECESIDAD DE PRECISAR EN VIRTUD DE QUÉ DOCUMENTO SE CONFIÓ AL IMPUTADO LOS CAUDALES DEL ESTADO.- "Al atribuirse los delitos de peculado y malversación de fondos, no se precisó en virtud de qué documento o instrumento legal se confió a los encausados caudales del Estado, no se determinó en qué consistió el comportamiento de cada uno de ellos, ni se distinguió los cargos y las responsabilidades funcionales. La imputación únicamente se basó en que las adquisicio-

(759) Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 1986. expediente N° 469-85 Huánuco, Anales judiciales de la Corte Suprema de Justicia. Año judicial 1986. tomo IXXIV, Lima. 1990, p. 143.

(760) Ejecutoria suprema del 13 de julio de 1999. Expediente N° 1524-98. Arequipa. Revista Peruana de Jurisprudencia. Trujillo. Editora normas legales. 2000. año II - N° 3. p. 396.

nes se efectuaron bajo la gestión de los procesados, lo que es insuficiente desde la propia descripción del tipo penal. No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; en estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y delimitado respecto a cada uno de los encausados, tanto más cuando se trata de delitos de infracción del deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que le es confiada. En tal virtud, la sentencia materia de grado debe ser anulada"[761].

[761] Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria R.N. N° 1313-200-Ayacucho, de fecha catorce de enero de dos mil diez (sumilla de jurisprudencia. en: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2011, tomo 22, Editorial Gaceta Jurídica, p. 167).

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO
EL DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El delito de retardo injustificado de pago, definido como el hecho punible bajo los alcances del artículo 390° del Código penal peruano[762], que mantiene vinculación delictiva con los tipos penales de peculado, en el sentido de que el agente administra fondos públicos, es decir, tiene que existir una vinculación funcional entre el autor y el objeto material, característico de estos injustos penales, en cuyo caso no puede tratarse de cualquier funcionario o servidor público, sino solo aquellos que se encuentran revestidos con cierto poder funcional.

No ha recibido ningún tipo de modificación legal el delito en estudio desde su aparición en el Código penal peruano de 1991, máxime si tenemos en cuenta que no contamos con antecedentes legales ni en el abrogado Código penal de 1924, menos aún en el primer Código penal de 1863; eso demuestra la falta de interés por parte del legislador penal nacional en pretender incrementar, en primer lugar, la conducta típica, menos la sanción jurídico-penal, precisamente por su casi absoluta inaplicabilidad de dicha figura en la realidad judicial; en el de en-

---

(762) El Código penal argentino ha tipificado en su artículo 264° un comportamiento similar, con el agregado de otro supuesto de hecho, cuando el funcionario *rehuse a entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.*

tendido que ya se encontraría suficientemente tutelado en el Derecho administrativo sancionador.

Así, dentro de esta figura típica observamos que la conducta no importa ni "apropiación/utilización" de caudales públicos, ni tampoco de "desviar" el curso legal del presupuesto público; sino que omite ejecutar una prestación dineraria, estando obligado a hacerlo, configurando con ello un delito de omisión propia, emparentado con los injustos penales de desobediencia, en tanto el pago debe estar ordenado por la normativa o por la autoridad competente[763].

Por tanto, un comportamiento prohibido no reside propiamente en la apropiación o en el ilegal uso de los fondos o bienes públicos, sino por el contrario en la demora injustificada del pago, lo que significa, que el funcionario llega a decretar la efectividad del pago, pero de forma extemporánea, siendo esta una familiaridad con el tipo penal de *"Demora en actos funcionales"*, previsto en el artículo 377° del Código penal, cuya distinción reposa en la singulariedad de que la demora en el artículo 390° del Código penal, se refiere al deber de pagar que tiene la institución con fondos expeditos para hacerlo; consecuentemente, podría decirse que se trataría de un "abuso de autoridad"[764] específico, por la naturaleza del bien que debe disponer el *intraneus*.

Una tipificación penal así, donde no se incluye la posibilidad de causar un perjuicio a alguien o de perturbar la función encomendada, puede generar serios reparos de justificación de incriminación penal, en la medida que revela una dosis clara de infracción meramente administrativa, careciendo, por tanto de la sustantividad material, que imponen los principios que legitiman un Derecho penal democrático, en especial el principio de "ofensividad"[765].

---

[763] Así PEÑA CABRERA, *Delitos contra la administración pública.*, cit., p. 414.

[764] Así ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la administración pública,* cit., p. 293.

[765] Un comportamiento de esta naturaleza debería ser sancionado, por ejemplo, con suspensión o la destitución del cargo funcional y no con una pena, que en este caso, será más simbólica que efectiva.

En este punto, Chirinos Soto nos señala lo siguiente en relación al delito de retardo indebido de pago: "Desmesurado precepto, que convierte el delito en un comportamiento que debería ser objeto, en el peor de los casos, de sanción de carácter administrativo. No hay peculado, porque los recursos públicos permanecen intactos. No hay, siquiera, peculado impropio, puesto que los bienes o caudales no se desplazan un centímetro. Mal puede, por tanto, figurar esta conducta en el ámbito del delito de peculado"[766]. Opinión contraria, es la sostenida por el Prof. Portocarrero Hidalgo: "...que un país como el nuestro, donde estos comportamientos se practican en pos de un estímulo económico, procede su configuración como delito, pues es difícil que se retenga un pago a no ser que el pagador tenga alguna enemistad con el cobrador, caso en el cual tampoco puede justificarse la conducta, pues se debe pensar que tal omisión no solo va a perjudicar la imagen del Estado, sino también puede ocasionar grave perjuicio económico al acreedor.[767]

En suma, se sanciona la simple demora injustificada toda vez que siempre va a pagar lo ordenado o decretado, porque es un acto propio del cargo, lo que hace el agente es sencillamente retardar, dilatar o suspender, pero no se desiste de su obligación[768], se advertirá que en este caso, dice Soler, se castiga una infracción que solo muy indirectamente puede perjudicar el patrimonio del Estado, por las posibles demoras

---

[766] CHIRINOS SOTO, Francisco; *Código penal,* Lima, 2014, p. 1304. En este punto: HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.; *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, Lima, 2002, p. 133 nos dice lo siguiente: "La denominada 'demora injustificada de pago' es uno de los tipos muy discutibles en cuanto a su penalización y son pocos los Códigos que la tipifican y sancionan como hecho ilícito. La norma no hace referencia alguna al animus del agente, como no podía ser de otra manera, ya que solo constituye una desobediencia a lo decretado por la autoridad competente en cuanto se refiere a un pago determinado" (...) "Creemos que esta conducta no debe penalizarse sino considerarse como una falta administrativa grave que conlleve como sanción la destitución, previo proceso disciplinario administrativo".

[767] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 1997, p. 192.

[768] HUGO ÁLVAREZ, J.B., *El delito de peculado,* cit., p. 350.

en el cumplimiento de obligaciones reconocidas y de pago resuelto. Es más bien una negligencia o un exceso de celo ya perjudicial e ilegal lo que aquí recibe sanción[769].

En resumidas cuentas, la inclusión de esta figura delictiva en el apartado de los delitos de "peculado" no responde a una adecuada sistematicidad del injusto penal[770], debiendo formar parte, en todo caso, de los delitos típicos de abuso de autoridad, siempre que se le agregue un elemento dotado de materialidad o de ofensividad.

2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico protegido en el delito sub examine es la correcta administración pública específicamente la legalidad en el ejercicio de las funciones, garantizando el principio de no lesividad a los deberes especiales inherentes al cargo o al estatus funcional, evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad[771].

Conductas como las que señala el artículo 390° el Código penal, vienen a proteger los intereses que se sustraen de la legitimidad tuitiva del Derecho penal, en cuanto a la eficiencia, regularidad y actuación diligente de los funcionarios públicos en la realización de sus obligaciones, con arreglo a ley[772], no creemos adecuado incluir un aspecto

---

(769) SOLER, S; *Derecho penal argentino*, ob. cit., tomo V, cit., p. 187.

(770) Véase, en este sentido: Ejecutoria Suprema del 25/02/2003, Exp. N° 3939 – 2001. ICA: SALAZAR SÁNCHEZ; Nelson. *Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal*, Jurista Editores, 2004, p. 483, que ha señalado lo siguiente: "La conducta del encausado de ninguna manera se adecua al delito de peculado, en su modalidad de retención de cosas, toda vez que si bien es cierto que existe homogeneidad del bien jurídico, también lo es que dicha modalidad es referida para el caso específico de funcionario o servidor público, lo cual no se da en el presente caso, dado que el encausado no tiene dicha calidad específica, quien actuó solo como depositario judicial".

(771) Así ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 295.

(772) CREUS, C.; *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, cit., p. 305.

patrimonial, en tanto los fondos públicos nunca salen de la esfera de la administración.

En tanto que la administración pública es percibida como realidades normativas que están al servicio del ciudadano[773] esto significa que el funcionario servidor público en su relación con la administración pública debe promover mecanismos que permitan un desarrollo real de los ciudadanos. La lesión de la correcta prestación de servicios posterga las expectativas del ciudadano de acceder a logros concretos dentro del sistema.

Creus sostiene que es el normal desenvolvimiento de la esfera patrimonial del Estado el bien jurídico protegido[774]. Por su parte, Villada, en la doctrina argentina, es del criterio que con esta figura se trata de asegurar una fluidez absoluta en la circulación de los bienes públicos, así como de impedir una forma específica de incumplimiento de los deberes de funcionarios o empleados en relación a bienes o fondos públicos. Que no sea precisamente el funcionario o empleado, el que obstaculice la disponibilidad de aquellos bienes que se han puesto bajo su depósito, administración o custodia justamente para garantizar que ello no ocurra[775].

3. DESCRIPCIÓN LEGAL

Artículo 390.- "*El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años*".

---

[773] OLAIZOLA NOGALES, Inés; *El delito de cohecho,* Valencia, 1999, p. 8. "el bien jurídico es el buen funcionamiento de la administración pública, entendido como la imparcialidad, legalidad, objetividad o atención a los intereses de la sociedad en la actuación administrativa (aquí lo fundamental es la relación entre el funcionario y los ciudadanos o administrados".

[774] CREUS, C., *Derecho penal Parte especial,* T. II, cit, p. 306.

[775] VILLADA, Jorge Luis, *Delitos contra la administración pública,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 448.

4. TIPICIDAD OBJETIVA

4.1. Sujeto activo

Es el funcionario o servidor público en cuya competencia se encuentra el efectuar los pagos o dar la orden para los respectivos pagos. En la medida que la norma no exige expresamente vinculación funcional, es posible aceptar la hipótesis del funcionario encargado eventualmente, por otro funcionario competente de activar los pagos, conforme indica Abanto Vásquez[776]. No puede tratarse de un particular, ni de un depositario judicial.

El ámbito de competencia por autoría de la jerarquía superior excluye lo del subordinado, y la de este no necesariamente compromete a la del superior jerárquico. De estar en concierto para la demora sin causa justificada, ambos serán coautores del delito.

Ahora bien en cuanto a los sujetos de la relación delictiva, en primer orden sujeto activo de este delito solo puede ser un funcionario o servidor público, en ejercicio de su actuación funcionarial, quien además debe tener la facultad (competencia legal) de disponer de los fondos públicos; no es por tanto, un mero detentador de facto, sino un funcionario con autoridad.

Se configura, por tanto, un delito especial propio; quedando excluidos los particulares así como los funcionarios que carecen de dicha potestad funcionarial. Si es que intervienen estos últimos, en el decurso del acontecer típico, su participación será a título de complicidad, siguiendo el criterio de la unidad en el título de la imputación.

Cuando son dos los funcionarios públicos que comparten la potestad de disponibilidad patrimonial estatal y ambos rehúsan al efectuar el pago o a proceder a concretizarlo de forma extemporánea, responderán a título de coautoría.

---

[776] ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, cit., 1ra ed., p. 340.

Puede suceder también que el funcionario ordene al funcionario competente de disponer de los fondos, que no cumpla con desembolsar el dinero, por lo que estaríamos ante una instigación, siendo que el primero al estar revestido con el poder decisorio de disponibilidad material y el otro un mero ejecutor, este último estaría exento de pena, al obrar amparado en la obediencia debida, pero no por este delito sino por el delito de abuso de autoridad.

4.2. Sujeto Pasivo

Sujeto pasivo lo es únicamente el Estado peruano, como titular de la actuación que se imparte en todo el seno de la administración pública, y agraviado directo, quien no recibe el pago que por ley tiene el derecho a recibir.

En otras palabras, es el Estado en el correcto desempeño de las funciones públicas; y el particular y/o funcionario o servidor público con el derecho a cobrar[777].

4.3. Conducta típica

Segundo punto a saber es lo concerniente a la *"relación funcional"* que debe subyacer entre el funcionario público y los fondos públicos, en tal sentido debe verificarse que el autor cuente legalmente con disponibilidad patrimonial estatal, de que entre sus potestades funcionales, está la de adoptar decisiones que importe el pago de dinero. Si no media dicha vinculación *funcionarial* y así el funcionario se apropia de los caudales para que no se pague la deuda, será un delito de hurto y el funcionario competente para disponer el pago

---

[777] HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.; *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, Lima, 2002, p. 137.
La jurisprudencia penal peruana ha dicho que: "Dada la naturaleza de este delito, con el retardo del pago de dietas a regidores, no solo es sujeto pasivo la administración pública, sino también las personas perjudicadas con la demora injustificada del pago." Ejecutoria Suprema del 16/04/2002, Exp. N° 3434 2001 Arequipa. *Delitos contra la administración pública. (Jurisprudencia Penal).* SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; Jurista Editores, 2005, p. 463.

estará exento de pena, al no haber fondos expeditos para proceder el desembolso dinerario.

4.3.1. Sobre el verbo rector "demora"

Primer punto a saber es que la conducción típica hace alusión a una "omisión", al señalarse que el autor debe incurrir en demora injustificada de un pago ordinario o decretado por la autoridad competente; el agente, por tanto no cumple con el mandato de legalidad, no hace lo que la ley o la autoridad le exige realizar, tomando lugar el pago de forma extemporánea (demora); valorización que ha de tomar lugar desde un plano normativo y no naturalístico.

Se habla en el tenor literal del enunciado, que la actuación del funcionario implica una "demora" de que el autor llega a efectuar el pago (retardo, dilación indebida) incumplimiento de los plazos previstos en la ley; es decir, no se trata de una omisión pura, conforme lo previsto en la primera modalidad típica contenida en el artículo 377º del Código penal.

Se necesita, por tant de un cumplimiento que esté sometido a un determinado plazo o al tiempo fijado por la autoridad competente, cuya inobservancia por parte del funcionario daría lugar al injusto penal –in examine–, sin existir un requerimiento previo.

Demorar dichos pagos es tanto no dar la orden de pago como el no efectuar el pago ordenado[778] cuando no obstante poder (porque se poseen los fondos) se debe pagar (porque es el tiempo oportuno).[779]

Lo que aquí se castiga, a decir de Viada y Vilaseca, es la detención momentánea e indebida de fondos por constituir estos una presunción

---

[778] CREUS, *Derecho penal, Parte especial*, cit, p. 306, FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 292.

[779] SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., T. V, p 187.

o sospecha de que el funcionario o servidor trata de hacer un uso indebido de ellos[780].

La demora puede consistir en no efectuar el pago cuando es el mismo funcionario el que debe realizarlo, o en no dar la orden de pagar cuando lo efectúa otro, mediante ese requisito[781]. En tanto si la demora respondiera al cambio de destino público de los fondos o a sus sustracciones por el funcionario que los administra, custodia o percibe por razón de su cargo, serán aplicables las previsiones de malversación o de peculado, de los cuales la demora en el pago solo será una consecuencia[782].

Si la demora en el pago obedece a un excesivo formalismo burocrático de las agencias estatales, ajenas a la esfera competencial del autor, no da el tipo penal en cuestión.

4.3.2. Teniendo fondos expeditos

Estar los fondos expeditos implica que dichos caudales se hallen en situación de disponibilidad inmediata para el pago en situación de suficiencia y, como dice Creus, en tiempo debido[783].

Si existen fondos en la caja fiscal, pero están destinados a otros pagos u otros destinos, obviamente que no existirá tipicidad delictiva de demora de pagos si es que hay carencia de fondos; faltará un elemento del tipo no pudiéndose configurar por el mismo delito. La tenencia de los fondos en poder y bajo la responsabilidad del funcionario o servidor supone la existencia previa de asignación de dinero.

---

[780] Cita de Nuñez efectuada por DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración publica,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 305.

[781] ABANTO VÁSQUEZ M.; *Los delitos contra la administración pública*, cit., p. 391.

[782] CREUS, C.; *Derecho penal. Parte especial,* T.II, p. 306.

[783] CREUS, C., *Derecho penal. Parte especial.* T. II, cit., p. 306.

4.3.3. *Pagos ordinarios*

El pago ordinario es aquel que la administración está habitualmente dispuesto a efectuar en el marco de la realización normal de sus actividades. Pago ordinario puede ser por ejemplo, el de un municipio que puede demorar el pago e incurrir en un hecho ilícito; el tesorero que teniendo fondos expeditos lo retarda de forma injustificada. Asimismo, v. gr., el pago de los haberes mensuales de los trabajadores, de los impuestos así como de otra obligación pecuniaria que de forma periódica debe honrar con terceros.

En otras palabras, son aquellos que las reparticiones públicas efectúan de forma regular y periódicamente de acuerdo con su presupuesto o fijación previa (sueldos y salarios), no así los pagos extraordinarios o especiales.

4.3.4. *Pagos decretados*

Los pagos decretados son los dispuestos por resolución especial de la autoridad en específicas relaciones jurídicas (pagos a proveedores, pagos con certificación de obras, órdenes de pagos dispuestos en juicio, etc.) [784]

El pago decretado por la autoridad competente importa la expedición de una resolución administrativa o jurisdiccional, que obligue al funcionario a realizar el pago correspondiente, intimación que debe proceder de una autoridad legalmente competente, para exigir cualquier tipo de pago. Es en tal virtud que este supuesto de hecho se asemeja claramente al tipo penal de desobediencia y resistencia a la autoridad contemplado en el artículo 368° del Código penal (...) por ejemplo pago a proveedores, pago con certificación de obras, etc.[785]

---

[784] CREUS, *Derecho penal, parte especial,* cit., T. 2, p. 306.

[785] FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho penal. Parte especial,* cit., p. 855.

Injustificadamente

El empleo de este elemento normativo implica que no deba existir ninguna razón legal ni natural (artículo 20° del Código penal), existiendo fondos expeditos, que justifiquen la demora (orden de autoridad competente, disposición de la ley, hecho fortuito, razón técnica), pues de existir, la conducta o actitud del funcionario o servidor no constituiría delito.

5. TIPICIDAD SUBJETIVA

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, en cuanto a la exigencia del pago ordinario o decretado por la autoridad competente; un equívoco sobre cualquiera de dichos aspectos ha de ser calificado como error de tipo.

A parte del dolo, no necesita el injusto de la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, lo motivos que hayan determinado al autor a no cumplir con la obligación pecuniaria, son a estos efectos intrascendentes.

Es la presencia del dolo, lo que va a permitir diferenciar este supuesto de una falta administrativa. El tipo requiere el dolo directo[786], en cuyo caso la existencia del dolo es lo que va a permitir diferenciar este supuesto de hecho de una falta o irregularidad administrativa.

El error de tipo invencible quita tipicidad al hecho relevante.

Desde nuestro punto de vista, el delito en comentario resulta ser, de acuerdo a la estructura legal, un tipo de corte consumativo "formal"; en ese sentido, no resulta necesario que el sujeto activo actúe motivado por un móvil económico, de enriquecimiento económico en su conducta; por ejemplo, que el agente estatal retarde el pago con la

---

(786) SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011, p. 398, "La existencia del dolo es lo que permite diferenciar este supuesto delictivo con una falta o irregularidad administrativa. El tipo penal requiere solo dolo directo".

finalidad de utilizar el monto de dinero para comprar dólares y luego venderlo a mejor precio, restituyendo el dinero a la administración, aprovechándose de la utilidad que le generó dicha operación.

6. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

El delito es permanente y solo cesaría la permanencia al momento del pago[787].

La tentativa no es admisible.

La perfección delictiva de este injusto funcionarial ha de ser identificado conforme a su propia naturaleza que al ser una modalidad omisiva, la consumación toma lugar cuando el funcionario público no cumple con efectivizar el pago en el tiempo oportuno fijado por la ley; la realización del pago no enerva la antijuricidad penal de la conducta. No se necesita más, pues es ese el verbo que define la acción[788].

Desde el mundo fenoménico podemos admitir una tentativa, mas desde un plano estrictamente dogmático, hemos de rechazar un delito tentado al constituir un delito de consumación instantánea[789], los actos anteriores no develan suficiente peligrosidad objetiva.

El pago debe producirse necesariamente, para configurar este delito, luego de la arbitraria dilación; si el pago no se produce, existiendo de por medio los requerimientos de ley, el delito que se perfeccionó será el de rehusamiento, del artículo 391°[790] del Código penal.

---

(787) Sin embargo, para algunos autores, no se trataría de un "delito permanente", así, HUGO ÁLVAREZ, J.B., *El delito de peculado*, cit., p. 355; CREUS, C., *Derecho penal. Parte especial*, T II, cit., p. 306.

(788) ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 295.

(789) FORTÁN BALESTRA, C., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 856.

(790) ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la administración pública*, cit., p. 393.

7. EL CONCURSO DE DELITOS

Con el delito de peculado, si la demora obedece a apropiaciones de dinero realizadas por el funcionario o servidor (artículo 397°).

Con el delito de malversación, si el funcionario ha dispuesto dichos fondos a otros gastos públicos (artículo 389°).

8. CONCLUSIONES

Al haberse efectuado el desarrollo del presente delito de retardo injustificado de pago, tipificado en el Art. 390 de nuestro Código penal, al no estar clara la figura cabe señalar que estamos ante una específica figura penal de abuso de autoridad que no goza de unanimidad en el contexto del derecho comparado, dado que importantes cuerpos jurídicos penales no lo contemplan o la castigan con penas mínimas.

En este caso, estando al análisis de los diversos tratadistas tanto argentinos que interpretan estas figuras coinciden en que se trata de una variedad de malversación, a la que otorgan un carácter genérico, y subsidiario, se considera en todo caso que no concuerda necesariamente con la noción de malversación implícita en nuestra legislación penal, sino más bien con una figura autónoma de abuso de autoridad de naturaleza omisiva; así en la doctrina española que trabajó con este tipo penal, derogado ya del Código de 1995, usualmente se lo considerada la contraparte de la malversación.

Después de este apretado recorrido por el amplio capítulo de los delitos contra la administración pública, se puede decir de manera resumida lo siguiente:

a) La doctrina penal y la legislación penal reciente ha emprendido la tarea de adecuar los delitos contra la administración pública a un entendimiento moderno del Estado de Derecho. En este sentido debe entenderse como bien jurídico tutelado al "correcto funcionamiento de la administración pública" y, en cada caso concreto, verificar la "lesividad" dirigida a los distintos "objetos de protección" que tal bien jurídico englobe.

b) Ahora bien, del ilícito penal que convierte en delito un comportamiento que debería ser objeto, en el peor de los casos, de sanción de carácter administrativo a criterio personal, se advierte que no hay peculado siendo esta una modalidad porque los recursos públicos permanecen intactos. No hay siquiera el delito de peculado impropio, puesto que los bienes o caudales no se desplazan un centímetro, mal puede por lo tanto, figurar esta conducta en el ámbito del delito de peculado.

c) Finalmente, dentro de este ilícito penal se tiene que el sujeto de la infracción será el funcionario o servidor público que maneja recursos públicos y que, disponiendo de fondos, retrasa injustificadamente la realización de un pago ordinario o demora también injustificadamente la ejecución de una orden de pago emanada de autoridad competente.

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO
EL DELITO DE REHUSAMIENTO A LA ENTREGA DE BIENES DEPOSITADOS O PUESTOS EN CUSTODIA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El delito de rehusamiento en relación al delito de demora injustificada, constituye un nivel omisivo de mayor contenido jurídico-penal, no obstante la misma punición que le otorga la ley peruana[791]. Como es sabido, el tipo penal tiene como núcleo rector la frase "rehúsa entregar" ampliando los objetos materiales que resultan protegidos por la norma penal, además del dinero a cosas y efectos. Se atiende, entonces, a una conducta de (omisión) que manifiesta la negativa del funcionario (custodio, depositario o administrador) de entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, mediando un requerimiento previo.

No se registran en la legislación penal nacional anterior (1924) el delito de rehusamiento a la entrega de bienes depositados o puestos en custodia; por otro lado, la fuente legal extranjera de dicho delito es el

---

(791) En efecto, el delito de rehusamiento a la entrega de bienes depositados o puestos en custodia del artículo 391°, tiene la siguiente represión: "*El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con* ***pena privativa de libertad no mayor de dos años***".
Mientras que el delito de retardo injustificado de pago (artículo 390°), tiene la siguiente represión: "*El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido* ***con pena privativa de libertad no mayor de dos años***".

artículo 264º del Código penal argentino (segundo párrafo), el mismo que prescribe lo siguiente: *"En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración"*.

Suscita debate considerar esta modalidad como delito de peculado, dado que posee mayores acercamientos con una forma de desobediencia a la autoridad pública. Como indica Donna, citando a Soler[792], se trata con mayor precisión de una forma específica de desobediencia, sin que esta le quite el carácter de malversación, ya que se entorpece el normal ejercicio de la administración pública.

En parte de la doctrina jurídico-penal chilena se advierte, por ejemplo, una clara contrariedad a la necesidad de este tipo penal, al igual que con el de demora injustificada, que regula el artículo 237º del Código penal de Chile. En efecto, Politof/Matus/Ramírez, exponiendo la tesis de la superfluidad de estas figuras delictivas, consideran que las mismas resultan difíciles de ser justificadas a nivel constitucional y que efectivamente de existir una apropiación son suficientes los tipos penales de malversación para abarcar todos los casos posibles de la misma cuya aplicación desplaza necesariamente al artículo 237º.

Acotamos, por tanto, que el desvalor del comportamiento, su ilicitud penal, aparece a posteriori, en tanto el dinero o efectos ingresan ilícitamente a la esfera de la custodia del funcionario público (*intraneus*); es decir, cuando el autor rehúsa entregar dichos bienes, a pesar de estar obligados a ello. No debe olvidarse que todos aquellos objetos que custodia o administra se sostiene en una relación funcional, donde el deber es custodiarlos, conservarlos adecuadamente, por tanto, entregarlos cuando la ley o la autoridad competente así lo demanden.

Observemos, también, que la presente figura delictiva presenta los mismos cuestionamientos que los propuestos en el marco analítico del

[792] ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 296.

artículo 390° del Código penal, en el sentido de que nos acercamos más a un típico caso de abuso de autoridad; así el profesor argentino Soler sostiene que el delito constituye una desobediencia privilegiada con relación a la figura común de ese delito[793].

Si es que el funcionario (requerido), no solo no entrega el bien (dinero, cosas o efectos), sino que se apropia de aquellos, sacándolos fuera del ámbito de la administración o los emplea indebidamente, importa la comisión del delito especulado, es el ánimo apropiación que lo distingue con el tipo penal de peculado por retención, donde el autor no desplaza el bien fuera del dominio de la administración. Resultando un concurso delictivo de ambos injustos funcionariales, siempre y cuando se adviertan dos hechos independientes.

En la jurisprudencia penal vinculante de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad N° 2212-2014-Lambayeque), se expone que *en el denominado delitos de peculado por extensión o "peculado impropio"*, los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita "propiedad" sobre el mismo y que excluye de ella al Estado.

2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico genérico sigue siendo la regularidad y la buena imagen de la administración pública; en ese sentido, el bien jurídico protegido por el injusto penal, sería el apego estricto a la legalidad y el principio de autoridad, que pueden verse quebrantados cuando el funcionario /servidor público se rehúsa a entregar los bienes, efectos, dinero y otros, en mérito a su condición de custodio o administrador.

---

[793] SOLER S., *Derecho penal argentino.*, Tomo V, cit., p. 186.

En esta misma línea, el objeto específico y complementario es el evitar las distracciones arbitrarias del patrimonio público afirmando el principio de autoridad en la administración pública.

De otra postura es Creus, para quien el hecho en sí es una malversación porque en este artículo no se protege el principio de autoridad, sino el normal ejercicio de la actividad patrimonial de la administración[794]. Para Rojas Vargas, el objeto genérico de la tutela penal, es decir, el bien jurídico, sigue siendo aquí la regularidad y buena imagen de la administración pública[795]. A decir de Hugo Álvarez, es el ejercicio correcto de la función pública que es lesionada cada vez que las decisiones del agente perturban el normal y correcto desarrollo de la administración pública que se generan como producto de motivaciones ajenas al cumplimiento de la ley y el requerimiento legítimo de la autoridad competente[796].

3. DESCRIPCIÓN LEGAL

El delito en comentario se encuentra ubicado en el artículo 391°, bajo la siguiente descripción:

> *"El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años".*

4. TIPICIDAD OBJETIVA

4.1. Sujeto activo

Sujeto activo es el funcionario o servidor público en situación de relación funcional con los bienes y efectos (en depósito, custodia o administración).

---

[794] CREUS, C., *Derecho penal. Parte especial*, T II., cit., p. 307.

[795] ROJAS VARGAS F. *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 300.

[796] HUGO ÁLVAREZ, J.B.; *El delito de peculado*, cit., p. 387.

No se trata de un funcionario equiparado sino de uno incorporado a la administración pública, quien tiene un marco de atribuciones regladas. No obstante esta precisión, rige lo establecido en la norma general del artículo 425° que contempla a los administradores y depositarios judiciales de caudales embargados.

Donde sí hay materia de debate, sin que ello implique objetar la solución jurisprudencial dada por la Corte Suprema, es en el punto que considera al rehusamiento del depositario judicial, un asunto de autoría propia del funcionario o servidor equiparado, basado en la invocación del artículo 425° del Código penal. La crítica va aquí a la existencia misma del inciso cuarto del artículo 425°, no al proceso de interpretación efectuada en la ejecutoria suprema pertinente. La existencia del delito de desobediencia a la autoridad tratándose de particulares equiparados brinda una solución susceptible de análisis.

4.2. Sujeto pasivo

Es el Estado peruano, a través de la administración pública.

Debemos tener en consideración la siguiente jurisprudencia penal: "Los hechos imputados al encausado (...) Juan Sinecio Miranda Tirapo, se encuentran tipificados en el artículo trescientos noventa y uno del Código penal (...), *no siendo de aplicación en el presente caso, lo dispuesto en la última parte del aludido artículo, al no haberse perjudicado el patrimonio del Estado*"[797].

4.3. Conducta típica

Los elementos objetivos que constituyen el tipo penal son los siguientes:

---

[797] Ejecutoria Suprema del 19/08/2002, Exp. N° 1030-2002. Áncash. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Delitos contra la administración pública. (Jurisprudencia penal).* Jurista Editores 2005, p. 467.

4.3.1. La existencia del depósito, custodia o administración[798]

El sujeto activo debe poseer el dinero, cosas o efectos bajo cualquiera de las tres modalidades establecidas en el tipo penal. Estamos, por tanto, frente a un delito en el que existe una restricción del círculo de autores, dada la evidente presencia de relación funcional entre estos y el dinero, cosas o efectos.

- **El depósito:** es un acto jurídico por el cual se entrega bienes, dinero o efectos a una persona natural o jurídica para su tenencia y cuidado de forma temporal, con la obligación de entrega o devolución.
- **La custodia**: es la vigilancia y cuidado del dinero, cosas o efectos que se vincula a la preservación de los mismos.
- **La administración:** es el gobierno y conducción de los bienes puestos en administración del funcionario o servidor. La administración que vincula el sujeto público con los bienes obliga a la asunción de responsabilidades administrativas, civiles y penales.

4.3.2. Rehusar la entrega de dinero, cosas o efectos

El artículo 391° del Código penal incorpora el verbo rector *rehusar*, la acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos. En la siguiente jurisprudencia penal se señala el término rehusar, pero en sentido positivo. Así: "Que el delito de rehusamiento de entrega de bienes previsto y sancionado en el artículo 391° del Código penal, exige para su comisión que el funcionario o servidor público requerido con la formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa a entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo custodia o administración, ilícito que no se presenta en el caso de autos por cuanto los encausados cumplieron con hacer entrega de la totalidad

[798] Vid., al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, cit., p. 395.

del acervo documentario, si bien en dos momentos distintos, sin observaciones por parte de la nueva administración al momento de su aceptación final"[799].

Por otro lado, en esta misma línea, otra jurisprudencia penal señala lo siguiente: "Se imputa a los encausados (...) ex-alcalde y ex-contador respectivamente, de la Municipalidad Distrital de la Tinguiña – Ica, *haberse negado entregar los Libros Contables de su gestión a los integrantes de la nueva administración de la citada entidad, no obstante haber sido requeridos notarialmente para su cumplimiento,* a lo dispuesto por el artículo uno de la ley veintiséis nueve nueve siete realizando el proceso de transferencia de la administración municipal a las nuevas autoridades electas, y si bien, en el rubro 'observaciones' se consignó que el Área de Contabilidad de la Municipalidad a cargo del encausado (...) no cumplió con alcanzar la información requerida en la fecha solicitada no encontrándose en dicha diligencia los Libros Contables y Presupuestarios en los ambientes de la institución agraviada, posteriormente (...), cumplió con la entrega de la documentación solicitada, la misma que fue recibida y firmada en señal de conformidad (...), por el contador de la nueva administración."[800]

La ley penal señala los siguientes objetos:

- El dinero es el medio físico de cambio y representatividad económica, exprésase en monedas y billetes.
- Las cosas son un concepto de extrema amplitud, con el que se puede abarcar todo ente que ocupe un espacio físico con valor o valor patrimonial. Como acota Portocarrero, el concepto "cosa" tiene que ser delimitado jurídicamente, para definir con

---

[799] Ejecutoria Suprema del 10/03/2003, R.N. N° 4176-2001-ICA: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la administración pública, jurisprudencia penal,* Jurista Editores, 2004, p. 473.

[800] Véase, en este sentido: Ejecutoria Suprema del 10/03/2003. Exp. N° 4171-2001 Ica. SALAZAR SÁNCHEZ; Nelson. *Delitos contra la administración pública. (jurisprudencia penal)* Jurista Editores 2005, p. 473.

él a los bienes tanto muebles, como inmuebles, por oposición a las personas, que no son cosas[801].

- Los efectos, como ya hemos señalado, son los documentos con valor, títulos, símbolos y distintivos oficiales, etc.

En otras palabras, rehusar es negarse, no querer efectuar, pudiendo hacerlo, la entrega a la que se halla obligado por ley o en cumplimiento de sus obligaciones[802]. La norma penal no prevé aquí expresamente que el sujeto activo pueda alegar una causa de justificación para legitimar su comportamiento.

Se trata de una orden de autoridad competente que el funcionario o servidor tiene que cumplir con la puesta a disposición de los bienes, dinero o efectos de la autoridad competente.

4.3.3. Requerimiento

El tipo penal de rehusamiento exige, a diferencia del tipo penal anterior, para que se configure la tipicidad del delito, la presencia de un requerimiento, es decir, de una orden conminatoria al cumplimiento de la obligación mandada, bajo las formalidades de ley (por ej. notificación, plazos, lugar o apercibimiento).

El requerimiento tiene que efectuarlo la autoridad competente, es decir, quien por el cargo, función o jerarquía tiene atribuciones para ello. De no tener competencia quien realiza dicho requerimiento, faltará un elemento del tipo penal y; por lo mismo, no habrá delito. Se deberá requerir para la entrega de manera explícita al funcionario o servidor público obligado.

---

[801] CREUS, C., *Derecho penal. Parte especial,* Tomo 2, p. 307.

[802] "Durante la gestión del acusado (...), como Alcalde (...) existieron serias irregularidades en el manejo económico y administrativo de la referida entidad edil (...) *al punto de no entregar los caudales exigidos que se encontraban en su poder por razón de su cargo*" Ejecutoria Suprema del 31/07/2002, Exp. N°23863-2002. Arequipa. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson; *Delitos contra la administración pública. (Jurisprudencia penal).* Jurista Editores, 2005. p. 471.

5. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo penal es de realización dolosa, y por la modalidad del tipo penal, el agente debe actuar con dolo directo. No se requiere que el dolo del agente tienda al provecho o beneficio económico.

En esta línea, se requiere el conocimiento positivo de la obligación y la voluntad de no cumplirla, siendo indiferentes los motivos psicológicos de dicho incumplimiento(803).

La posibilidad de que exista error de tipo invencible se dificulta por la presencia del requerimiento que se hace llegar al involucrado a efectos que cumpla con el mandato de la norma, ya que la existencia de dicho requerimiento hace suponer que el sujeto activo toma conocimiento, de la posición en la que se encuentra en relación a los elementos del tipo penal.

En el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo *rem sibi habendi,* sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado(804).

---

(803) SOLER S., *Derecho penal argentino*, Tomo V, cit., p. 186.

(804) "...*Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo rem sibi habiendi, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado.* [Resolviendo] el caso sub judice se debe considerar a lo siguiente: a) Que se le imputa a la procesada Ana Teresa Vigil Pérez, haber sido requerida por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo para que cumpla con poner a disposición los bienes que le fueron entregados en calidad de depositaria judicial, sin embargo y pese a tal requerimiento, la inculpada no ha cumplido con dicho mandato; b) Que conforme el auto de apertura de instrucción Vigil Pérez fue procesada por el delito de peculado por extensión, previsto y sancionado por el artículo 392° del Código penal; no obstante, el comportamiento ilícito realizado por la precitada encausada se adecua al delito de rehusamiento de la entrega de bienes a la autoridad, prevista y sancionada por el artículo 391° del Código sustantivo; c) Que según el artículo 425°, inciso 4, del Código penal, también se considera funcionario o servidor público a un particular vinculado circunstancial y temporalmente con la administración pública a través de la administración o custodia de

En cuyo caso es acertada la Ejecutoria Suprema del 31/01/2005, cuando considera que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimos *ubi habendi*, esto es de actuar o proceder como propietario, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad[805], precisión que justamente diferencia este delito de peculado por apropiación utilización o de la malversación y también de las modalidades extensivas o impropias.

6. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Como es sabido, este delito se trata de una omisión simple (desobediencia), no se requiere de perjuicio económico ni aprovechamiento por parte del agente. Si no existe requerimiento que ordene la entrega, no hay delito de rehusamiento.

La consumación es de carácter formal, basta la negativa formal o material, pero siempre y cuando sea posible la entrega y el sujeto activo lo niegue, pues si ya le es imposible entregar por causa de su estricta responsabilidad estaremos frente a una figura de peculado doloso, o en otro supuesto; si le es imposible entregar por causas naturales o de

---

dinero o bienes con destino social, o dispuesta por la autoridad competente. d) Que en el supuesto de los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, dichos sujetos y específicamente los depositarios judiciales, tienen que ser personas particulares designadas o nombradas con las formalidades del caso, ya que son mandatos u órdenes de la autoridad y no simples actos contractuales, los que confían a dichos sujetos particulares la administración, custodia o el depósito de los bienes o dinero; e) Que la procesada Vigil Pérez tenía la calidad de depositaria judicial según acta de diligencia de embargo con secuestro conservatorio del dieciséis de noviembre de dos mil, obrante a fojas veintisiete, que, en tal condición, la procesada no se apropió ni utilizó como propios los bienes recibidos, sino que, como se ha acreditado en autos, de modo renuente no acató la resolución judicial de requerimiento del veinte de agosto de dos mil uno, que le señalaba que dentro del tercer día de notificada, cumpliera con poner a disposición del Juzgado, los bienes dados en su custodia. (R.N. N° 2212 – 04 – Lambayeque, en: San Martín Castro, César, cit., pp. 110 y ss.)

(805) PORTOCARRERO HIDALGO, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 189.

fuerza mayor que escapan a sus ámbitos de responsabilidad, nos hallaremos ante una hipótesis de ausencia de acción para definir el delito.

La tentativa no resulta admisible jurídicamente.

Habrá que considerar que el delito es de carácter permanente. Cesa cuando finiquita el rehusamiento y el sujeto activo hace entrega de lo ordenado.

La jurisprudencia penal ha señalado, por ejemplo, que la consumación del delito de rehusamiento a la entrega de bienes no depende del tiempo en que se desobedece el mandato judicial. Así, *"El delito previsto en el artículo 391 del CP se perfecciona o satisface plenamente -consumación típica- con el simple rehusamiento (la negativa consciente) a entregar los bienes depositados, custodiados o administrados por parte del obligado, previo requerimiento por la autoridad competente. Es un ilícito de resultado instantáneo, cuya consumación acaece con el acto revelador de rehusamiento, sin que a su perfección afecte el mayor o menor tiempo en que se desobedece el mandato judicial. El verbo rector empleado en el citado precepto penal ("rehusar") no indica que cada momento en que se desobedece el mandato judicial sea una prórroga duradera de la consumación del delito. Si bien la conducta puede implicar el transcurso de cierto tiempo en que el bien no se entrega a la autoridad, se trata de un elemento del que no depende la consumación típica del delito (la que está enlazada estrictamente al cumplimiento del verbo típico antes mencionado)"*[806].

7. CONCURSO DE DELITOS

Cabe la posibilidad de que el sujeto activo se halle imposibilitado de cumplir con el mandato ordenado por autoridad competente por

---

[806] Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N° 1554-2007-AREQUIPA, ocho de mayo de dos mil ocho (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2010, Tomo 17, Editorial Gaceta Jurídica, p. 221).

haber ya dispuesto materialmente del dinero, cosas o efectos, situación en la que habría incurrido en una hipótesis de peculado doloso.

En el caso que después de haber dispuesto el dinero o bienes los entregue a la autoridad competente que lo requiere, siendo ello un dato verificable probatoriamente, igual se habrá dado el delito de peculado doloso, aunque ello tenga valor a fin de atenuar la pena a nivel de individualización judicial.

Es aceptable que en el caso en que el funcionario o servidor disponga, para fines públicos distintos, los bienes que administra y deba entregar se pueda dar aquí una hipótesis de malversación de fondos, mas no en los supuestos de la custodia, de los dineros o bienes depositados.

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO
PECULADO POR EXTENSIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La figura delictiva del peculado por extensión también se le conoce como *peculado impropio*, a diferencia del peculado propio, que es la figura básica que se encuentra regulada en el artículo 387º del Código penal. Se ha calificado de "impropio" por la forma adicional y extensiva que el legislador penal ha optado para precisamente reprimir, no tanto comportamientos típicos que prácticamente se trata de lo mismo: "apropiar" o "utilización"; tampoco por la sanción penal que es prácticamente lo mismo; sino que lo impropio está focalizado por el tema de la autoría (sujeto activo); es decir, existe una "ampliación" del círculo de personas involucradas en un cuestionado pero legal concepto de "vinculación funcional" (pues en el artículo 392º del Código penal se menciona, parte pertinente: *"Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los* ***que administran o custodian dinero*** *perteneciente..."*), así por ejemplo a personas que pertenecen a entidades de beneficencia o similares; a personas que son ejecutores coactivos; a personas que son administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, y por último a personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

La versión que se encuentra en el artículo 392° del Código penal peruano en realidad no se trata en realidad de un verdadero tipo penal, sino que es una "extensión" de los comportamientos descritos en los artículos 397° a 389° del Código penal, vale decir al peculado doloso, culposo, peculado de uso, peculado por malversación de fondos, y peculado por demora injustificada de pago. Es decir, el objetivo político-criminal de esta norma es tratar de ampliar el círculo de autores a sujetos que no tienen, en principio, ninguna vinculación o sujeción jurídica con la administración pública, y esto de alguna manera no se condice con lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, de la Corte Suprema de la República donde revela los elementos materiales del tipo penal de peculado (básico), los cuales han quedado establecidos como la *"existencia de una relación funcional, percepción, apropiación o utilización, destinario"*; siendo así también, que el delito de peculado es un tipo penal que ataca muchos bienes jurídicos (pluriofensivo). En otras palabras, con la incorporación del peculado por extensión que ha sido una constante en nuestro país desde el Código penal –hoy abrogado– de 1924, donde se trata de reprimir, en principio, a aquellos sujetos *extraneus*, que están desprovistos de la ligación del principio incorporación que prevé el artículo 425°, principalmente de los incisos 1, 2, 3 y 5 del Código penal peruano[807]; sin embargo, en virtud de determinadas circunstancias, dichos sujetos administran fondos que perjudican los intereses económicos-financiero del Estado.

En la versión original del Código penal peruano de 1991 el delito de peculado por extensión siempre estuvo ubicado en el Artículo 392°, bajo los siguientes términos: *"Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, así como los administradores*

---

[807] En una Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1923-2012- Piura de fecha 15 de enero de dos mil trece, la Corte Suprema expresó que el concepto de funcionario público "es amplio", en función a que a *"ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado"*.

o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares". Sin embargo, luego de un tiempo dicho delito sufrió su primera modificación a través de la Ley N° 26198, publicada el 13-06-1993, cuyo texto es el siguiente: *Extensión de punibilidad "Artículo 392.- "Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social."* La fuente del peculado por extensión lo encontramos en el Código penal argentino, (que se llama allá delito de malversación de bienes equiparados) que lo reprime en el artículo 263° disponiendo lo siguiente: *"Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares".*

En la doctrina argentina, Donna entiende que el sentido de la equiparación de los caudales embargados, secuestrados o depositados por orden de autoridad competente obedece a que el Estado pretende proteger a los propietarios o titulares de algún derecho respecto de estos bienes que han entrado en la órbita especial de protección legal por motivos jurídicos. Está claramente presente la idea de servicio público extendida a la esfera judicial[808]. En esta misma línea, en nuestra doctrina, se ubica Frisancho Aparicio quien manifiesta que "...todas las actividades tienen relación directa o indirecta con la administración pública y sus representantes (funcionarios o servidores). Por este motivo, la intervención del *ius puniendi* se hace necesaria y tiene por come-

(808) DONNA, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 302.

tido evitar que los particulares vean desprotegido su derecho a recibir asistencia por parte del Estado o que su patrimonio sea mermado al someterse a procesos administrativos o judiciales"[809].

En nuestro país, por ejemplo Hugo Álvarez ha expresado su disconformidad con la ampliación del tipo a los agentes particulares porque significa un retroceso en la evolución del tipo y olvida realidades como que el delito de peculado es un delito de función por la cualificación del sujeto activo; que las normas están referidas a los funcionarios o servidores públicos y no a los particulares; que el bien jurídico tutelado es el correcto desarrollo de la administración pública, y el particular no viola dicho bien jurídico[810].

Coincidimos con Salinas Siccha que no se trata aquí de que el artículo 392° haya creado nuevas conductas punibles, sino solo se limita a ampliar el círculo de autores de los delitos indicados expresamente en el tipo y que resultan equiparados normativamente a la calidad de funcionarios y servidores públicos para los fines preventivo-retributivos del Derecho penal. El tipo penal precisa la relación de estos sujetos con los objetos materiales del delito sobre los cuales se orientará la acción ilícita penal[811]. Por su parte Peña Cabrera nos dice que en esta figura "...el legislador se aparta de la vinculación funcional que subyace entre el funcionario público y el objeto material del delito, consustancial al contenido material de estos injustos penales, para construir de forma artificial, una responsabilidad asimilada de personas que no se encuentran insertos laboralmente en el aparato público del Estado, con ello quiebra la sistematicidad de esta figura delictiva"[812]. Rojas Vargas finalmente señala que en este delito "...se tratará de un sujeto desvinculado de la administración pública, que solo entran en contacto con

---

[809] FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la administración pública,* Lima, 2011, p. 361.

[810] HUGO ÁLVAREZ, *El delito de peculado*, p. 374.

[811] SALINAS SICCHA, 2016, p. 493.

[812] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial*, tomo V, Lima, 2010, p. 409.

ella por el singular vínculo que le ata con el patrimonio que para el Derecho penal es poseedor de interés social, o por la disposición de autoridad competente"[813].

A nivel jurisprudencial de nuestro máximo Tribunal Judicial, en un precedente vinculante, en lo concerniente a la distinción típica del delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, frente al delito de peculado por extensión, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, a través del R.N. N° 2212-2004 LAMBAYEQUE, de fecha trece de enero de dos mil cinco, en el Considerando Quinto, ha dicho lo siguiente: *Que en el denominado delito de peculado por extensión o "peculado impropio", los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita "propiedad" sobre el mismo y que excluye de ella al Estado. Sexto: Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo trescientos noventa y uno del Código penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente (Ver: CREUS, Carlos: Derecho penal - Parte especial. Tomo dos. Cuarta edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. Mil novecientos noventa y tres, página trescientos siete. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.: Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano. Segunda Edición. Palestra Editores. Lima. Dos mil tres, página trescientos noventa y cinco. ROJAS VARGAS, Fidel: Delitos contra la administración pública. Tercera Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. Dos mil tres, página cuatrocientos cinco). Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad,*

---

[813] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, 2007, Lima, p. 581

no hay en el agente un ánimo rem sibi habendi, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado. Séptimo: Que resolviendo el caso sub judice, se debe considerar lo siguiente: a) Que se le imputa a la procesada Ana Teresa Vigil Pérez, haber sido requerida por el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo para que cumpla con poner a disposición los bienes que le fueron entregados en calidad de depositaria judicial, sin embargo y pese a tal requerimiento, la inculpada no ha cumplido con dicho mandato; b) Que conforme al auto de apertura de instrucción de fojas cuarenta y dos y al auto de enjuiciamiento de fojas ciento treinta y uno, la encausada Vigil Pérez fue procesada por el delito de peculado por extensión, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y siete en concordancia con el artículo trescientos noventa y dos del Código penal; no obstante, el comportamiento ilícito realizado por la precitada encausada se adecua al delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad previsto y sancionado por el artículo trescientos noventa y uno del Código sustantivo; c) Que según el artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro, del Código penal, también se considera funcionario o servidor público a un particular vinculado circunstancial y temporalmente con la administración pública a través de la administración o custodia de dinero o bienes con destino social, o dispuesta por la autoridad competente; d) Que en el supuesto de los administradores o depositarios de dinero o de bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, dichos sujetos, y específicamente los depositarios judiciales, tienen que ser personas particulares designadas o nombradas con las formalidades del caso, ya que son mandatos u órdenes de la autoridad y no simples actos contractuales, los que confían a dichos sujetos particulares la administración, custodia o el depósito de los bienes o dinero; e) Que la procesada Vigil Pérez tenía la calidad de depositaria judicial según acta de diligencia de embargo con secuestro conservativo del dieciséis de noviembre del dos mil, obrante a fojas veintisiete; que, en tal condición, la procesada no se apropió ni utilizó como propios los bienes recibidos, sino que, como se ha acreditado en autos, de modo renuente no acató la resolución judicial de requerimiento del veinte de agosto del dos mil uno, que señalaba que dentro del tercer día

de notificada, cumpliera con poner a disposición del Juzgado, los bienes dados en su custodia, tal como consta en fojas treinta y tres.

En esta misma línea, en la Ejecutoria Suprema de fecha 04 de febrero del 2005, expedida en el Recurso de Nulidad N° 2162-2004-Lima, respecto a los sujetos pasibles de imputación jurídico penal del delito de peculado por extensión señala lo siguiente *"El sujeto activo en el peculado por extensión es el particular asimilado a la condición de funcionario o servidor público para los efectos penales, pues el inciso 4 del Artículo 425 del Código penal atribuye a determinadas personas la posibilidad de cometer las conductas de los artículos 387 a 389 del Código acotado, por lo que de acuerdo al artículo 392, segunda parte de dicha norma material, son sujetos activos del delito de peculado por extensión los depositarios o los custodios de dineros o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezca a particulares, encargados de guardar los bienes, esto es, que en el ejercicio de sus actividades custodian bienes privados que son encargados por un funcionario público".*

En otro caso, la jurisprudencia penal ha señalado que el delito de peculado por extensión, debe absolver al acusado en casos de apropiación de bienes de exiguo valor patrimonial. Así *"Si bien se acreditó que el procesado cobró el fondo de la garantía, sin haber subsanado las observaciones que planteó Foncodes a la liquidación técnico-financiera que presentó, dicha conducta no encaja en el tipo de peculado agravado por extensión, ya que, como dan cuenta los informes emitidos por la referida institución, el encausado como residente de la obra, habría incurrido en un incumplimiento contractual, lo cual debe resolverse en la vía extrapenal, y conforme a los términos de los contratos de financiamiento y locación de servicios celebrados, atendiendo al carácter de última ratio del Derecho penal"*[814].

---

[814] Ejecutoria Suprema recaído en el R.N. N° 4007-2010-Ayacucho, expedido por la Sala Penal Transitoria, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil once (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2012, Tomo 41, Editorial Gaceta Jurídica, p. 178).

Teniendo en consideración que lo que está en juego en la figura delictiva no es tanto el "origen" de los fondos o caudales que en su gran mayoría son privados porque son gestionados por sus propios representantes de las empresas o instituciones de derecho privado; sino aquí lo que se reprocha es el "destino" que se le da a dichos caudales o efectos (aunque el tipo penal habla solo de dinero o bienes), que obviamente son de utilidad social (por ej. fines asistenciales o programas de apoyo social), y por ende son de interés del Estado. En ese sentido, –siguiendo a Rojas Vargas– "...es el cautelar bienes de utilidad o uso común que llegan a adquirir interés público, coincidentes equiparables o supletorios a los fines de la administración pública, evitando posibles impunidades de aquellos sujetos vinculados a la administración pública por especiales roles no estatales. Se cierra de esta manera el ámbito de intervención de la esfera penal en relación al patrimonio público y privado social"[815].

Todas las figuras de peculado en *estricto sensu* descritas en el Código penal, tanto dolosas como las culposas, así como también su forma básica como su forma agravada, pueden ser objeto de procesamiento y eventualmente recibir una sanción a través del peculado extensivo. Así, por ejemplo, si los bienes o el dinero objeto de peculado estuvieren destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, y quien los administra es una persona particular o el representante de una persona jurídica dedicada a administrarlos, entonces su actividad se habrá merecedora de una pena agravada en virtud del artículo 387°, tercer párrafo, del Código penal.

Por último, y no por ello menos importante, el reciente Proyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (2015), en el Artículo 577° regula la llamada "Extensión del tipo" en relación al delito de peculado, bajo los siguientes términos: "*Están sujetos a lo prescrito en los artículos 571, 572, 573 y 574 los que administran o custodian dinero perteneciente a*

[815] ROJAS VARGAS, 2007, p. 589.

las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Se les aplica además la inhabilitación prevista en el numeral 4 del artículo 42". Se trata de una tendencia a través de los años en nuestro sistema penal de no expectorar el peculado extensivo; además, como puede observarse, este proyecto sigue los mismos criterios extensivos en función a la conducta típica respecto al artículo 392° del actual Código penal de 1991, sin ningún cambio significativo.

II. TIPICIDAD OBJETIVA

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El delito de peculado por extensión, en su versión actual, ha sufrido una última lo modificación a través de la Sétima Disposición Final de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

> **Artículo 392.- Extensión del tipo** *"Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social."*

2. CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica puede realizarse en los siguientes supuestos que a continuación pasamos a exponer:

2.1. Personas que pertenecen a entidades de beneficencia o similares

El Código penal peruano equipara –legalmente- a la categoría de funcionario/servidor público a aquellas personas físicas que integran o conforman una entidad benéfica, aunque dichas personas físicas tienen en su conformación estatutos que señalan que son de derecho privado, es decir, que se rigen bajo las normas que predican la caridad pública; es decir aquellas actividades de auxilio o de prestación de servicios asistenciales para el bienestar de la comunidad; desarrolladas o prestadas por entidades públicas o privadas en forma gratuita o a precios muy bajos, que no cubren el costo del servicio ni el beneficio reportado[816].

Por este objetivo específico de orden "público-estatal" es que el legislador peruano eleva a la categoría de sujeto activo especial por ejemplo al gerente general o representante legal y a todas las personas que dominan el hecho delictivo o coadyuvan al interior de las entidades de beneficencias o similares, para la realización del delito de peculado en cualquiera de las modalidades.

Se trata de particulares que tienen una posición de garante similar a los funcionarios públicos en relación con bienes de algunas entidades de asistencia social; por lo tanto, ellos también tienen un deber especial[817]. Rojas Vargas entiende que esta figura específica en el Código penal es errada dado que ello ya está cubierto por los tipos penales de peculado y malversación[818].

---

[816] El panorama avizora la desaparición paulatina de las Sociedades de Beneficencia Pública y Juntas de Participación Social, habiéndose transformado en Fundaciones (privadas), determinando que su regulación institucional se rige por las normas del Código civil –artículo 99– comprendidas en el Derecho privado.

[817] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, p. 400.

[818] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 584.

Ahora bien, las beneficencias puede ser desplegadas por individuos que pueden no estar organizados o pertenecer a una institución de características benéficas, popularmente conocidas como Organizaciones No Gubernamentales (ONG), pero que de todos modos despliegan acciones de beneficencia[819]. Ejemplo de esto lo constituye la Cruz Roja Internacional, las sociedades de auxilio mutuo, el Banco Mundial, etc. No serían entidades que por ejemplo eventualmente realizan actividades de beneficencia pública o apoyo social; p ej. un canal de televisión que realiza una campaña para ayudar a los minusválidos; aunque el fin es social-público, no cumple el objetivo de "organización mínima" que exige el tipo penal.

Habrá que mencionar que esta conducta debe ser de manera dolosa.

2.2. Personas que son ejecutores coactivos

El ejecutor coactivo es el funcionario del Estado responsable del procedimiento de ejecución coactiva. Es el titular del procedimiento, ejerciendo a nombre de la entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de una obligación, de acuerdo a lo establecido en la ley. La cobranza coactiva de las deudas tributarias es facultad de la administración tributaria, se ejerce a través del ejecutor coactivo, quien actuará en el procedimiento de cobranza coactiva con la colaboración de los auxiliares coactivos.

Huamaní Cueva nos dice que el "Ejecutor Coactivo es el funcionario de la administración que, con la colaboración de los auxiliares coactivos, ejerce las acciones de coerción para el cobro de las deudas exigibles; es el responsable y titular de la facultad coactiva"[820]. Como es sabido, el denominado *ejecutor coactivo* constituye un funcionario público y que tiene dentro de sus funciones el poder recuperar la deuda

---

(819) vía Definición ABC http://www.definicionabc.com/social/beneficencia.php.

(820) HUAMANÍ CUEVA, Rosendo; *Código tributario comentado*, Jurista Editores. Lima, 2007, p. 700.

tributaria a cargo del contribuyente que no cumplió con sus obligaciones tributarias en su momento, mediando requerimiento de pago para ello. Se entiende que mientras la deuda no traspase el límite señalado anteriormente esta no podrá ser exigible de manera forzosa.

Se trata de un funcionario o servidor público y no un particular, con el distintivo de que no es formalmente un custodio, perceptor o administrador de caudales o efectos (públicos o privados), sino, en todo caso, es el encargado funcionalmente de ejecutar las acciones que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las deudas tributarias. Por ello Rojas Vargas nos dice que "resulta no comprensible esta incorporación efectuada por Ley 28165 del 10 de enero del 2004, pues dichos sujetos son funcionarios públicos formalmente y por competencia material. En este último punto las atribuciones de los ejecutores coactivos (municipales o de la SUNAT) no constituyen en destinar los bienes ejecutados a usos o aplicaciones, por lo que resulta forzada la remisión o equiparación con la estructura de tipicidad (conducta típica) del delito de malversación de fondos"[821].

A nuestro juicio, el ejecutor coactivo, en principio, carece de una relación jurídico-funcional con el objeto material del delito (peculado), por lo que se le incluye normativamente en la presente cláusula extensiva de punición en virtud de intereses político-criminales. La ficción legal que crea esta figura delictiva es que la condición típica que tendría que realizar el ejecutor coactivo, es que administre los fondos o efectos de carácter público, y sobre la base de ello logre "apropiarse" y/o "utilizar" los mismos. Por ejemplo, cometerá delito de peculado el ejecutor coactivo que, para sí o para otro, pero con pleno conocimiento, se apropia de un bien sujeto a medida de embargo preventivo.

Un caso interesante, analizado por Frisancho Aparicio[822], es el tema de la malversación de fondos y la responsabilidad penal del ejecutor coactivo. Condición necesaria es que los depositarios judiciales,

---

[821] ROJAS VARGAS, 2007, p. 585.

[822] FRISANCHO APARICIO, 2011, p. 365.

veedores o custodios (que pueden ser ejecutores coactivos) han de tener la facultad de administrar y disponer del dinero. De otra forma no se podría configurar el tipo penal, ya que mediante este se prohíbe la mala inversión de los fondos que se han confiado al agente. Esta mala inversión, además, debe circunscribirse al ámbito de los diversos destinos oficiales o públicos de los bienes particulares sujeta a medidas de embargo o custodia. Así, por ejemplo, habrá malversación cuando el ejecutor coactivo procede al remate de un bien para cobrar la deuda que tiene el obligado con una entidad pública, sabiendo que los bienes de este solo están afectados por una medida cautelar previa y no definitiva.

2.3. Personas que son administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares

Este numeral equipara a la condición de funcionarios públicos a los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, lo cual es suficiente para que puedan ser considerados sujetos activos de la mayoría de los delitos funcionariales en donde se exija dicha cualificación. Precisamente uno de estos delitos es el tipo penal de peculado, el cual solo puede ser cometido por funcionarios públicos que tengan un vínculo funcional con "caudales o efectos" del Estado[823].

Debemos señalar además que la designación del "administrador" como la del "depositario" debe ser expresa, personal y debe haber sido aceptada por el sujeto en la misma forma. Abanto Vásquez nos pone el ejemplo de la falta de cualidad en la designación cuando el depositario de un bien embargado y depositado en un local de la empresa, un alto funcionario, es reemplazado por otra persona. El carácter de "administrador" o "depositario" dura hasta que se releve al sujeto.

---

[823] FLORES-ÑIQUEN, Jhonnattan; *La determinación de la responsabilidad penal del depositario judicial*, Tesis de pregrado no publicado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú, (2014).

Este párrafo específico tiene una doble complicación de orden sistemático de cara a una correcta interpretación de los tipos penales de la Parte especial.

- En primer lugar, Rojas Vargas[824] opina que se ha incurrido en contradicciones al efectuar una doble regulación punitiva (artículo 425.4 y artículo 392) de los administradores y depositarios de caudales (dinero, bienes) embargados, esto es una norma general y una norma especial para un mismo supuesto, complicando la existencia del depositario judicial en el marco del delito de apropiación ilícita (artículo 190°). Dicho artículo dispone lo siguiente: "*El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*"

  Todo ello, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 425°, inciso 4, del Código penal señala el concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público, el mismo que ha sido modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30124, publicada el 13 diciembre 2013, cuyo texto es el siguiente: "*Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares*".

  En este contexto, la Ejecutoria Suprema de fecha 21 de febrero de 2012, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (la Sala) en el Recurso de Nulidad N° 3396-2010-AREQUIPA,

[824] ROJAS VARGAS, 2007, pp. 144-145.

sienta un único criterio de interpretación vinculante para todas las instancias judiciales del país. En efecto, en el punto 1° de la parte decisoria de la resolución se dispuso que lo anotado en el Cuarto Considerando de la Ejecutoria constituyen precedente vinculante normativo conforme lo establece el artículo 22° del T.U.O de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A continuación expondremos y analizaremos los fundamentos que motivaron el establecimiento de este precedente jurisdiccional (el énfasis es nuestro): *"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 190° del Código penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo 392° 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 aplicarse la norma más favorable a este, conforme lo prevé el inciso 11° de artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo 6° 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 que si bien la imputación fáctica efectuada por el Señor Fiscal contra el encausado Héctor Piedra Muñoz, 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 patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada -regulada en el segundo párrafo del artículo 190° del Código penal-; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas."*

Respecto al caso que nos ocupa, la doctrina penal nacional se ha inclinado a sostener que ante la apropiación de bienes en custodia por parte de un depositario judicial se debe aplicar el tipo penal de apropiación ilícita agravada del artículo 190° del Código penal. Según Salinas Siccha[825], el delito de apropiación ilícita agravada es más especial que el delito de peculado por extensión, ya que aquel hace referencia específica al depositario designado solamente por autoridad "judicial", mientras que este refiere de manera genérica al depositario designado por "autoridad competente". Rojas Vargas[826] señala que una de las fórmulas para resolver este problema interpretativo es apelar a la exclusión del tipo penal de peculado en virtud del "criterio de especialidad". En efecto, nosotros coincidimos con los anteriores autores en tanto el tipo penal de apropiación ilícita agravada exige que la designación como depositario judicial sea dada por una autoridad judicial, es decir, exige un elemento adicional a comparación de lo exigido por el tipo de peculado por extensión, que hace solo referencia genérica a una "autoridad competente" (autoridad administrativa por ejemplo).

- En segundo orden ubicamos un conflicto (aparente) que desencadenaría la siguiente situación: si *los depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente* son de conformidad al inciso 4 del art. 425 CP funcionarios públicos, automáticamente todos sus comportamientos quedarían abarcados por las diferentes modalidades del tipo de peculado (este tipo exige que el autor ostente dicha cualidad especial), convirtiendo al art. 392 CP en una estipulación redundante y repetitiva, pues se superpondría al concepto de funcionario público establecido por el art. 425.4 CP concordado con el art. 387 del CP.

---

(825) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2011. pp. 424 y 425.

(826) ROJAS VARGAS, 2007, p. 587.

Empero esta apreciación se disipa si se repara en el hecho que los depositarios de bienes embargados pueden ser de dos clases, por un lado, están los **depositarios-funcionarios públicos**, los cuales están incorporados a la organización burocrática del Estado y que por lo general su marco de actuación son los procesos penales (incautación o decomiso de bienes provenientes de delitos) y que tienen los bienes por razón del cargo, y por el otro, los **depositarios particulares**, que no integran el aparato administrativo del Estado, y que únicamente adquieren ese status cuando son designados por el juez, generalmente en el marco de un proceso civil, cumpliendo las formalidades establecidas en el normas del Código Procesal Civil[827].

Es dentro de este segundo grupo al que hace referencia el artículo 392 CP, y así debe ser entendido. En cambio el numeral 4 del artículo 425 CP abarcaría los casos del primer grupo de sujetos, de los depositarios-funcionarios. Esto se debe, como se explicó *supra*, a que el artículo 425 mantiene una concepción mayoritariamente administrativa, el cual se mantiene en el numeral 4[828]. En ese sentido, los artículos 425.4 y el 392 del CP, son dos tipos penales independientes, que reflejan la técnica legislativa adoptada por nuestro legislador, mantener un concepto rígido en el art. 425 (no por ello es una «Disposición Común» a todos los delitos contra la administración pública), y flexibilizarlo este concepto en las cláusulas de extensión o en tipos específicos como el tráfico de influencias, colusión, cohecho, etc.

---

[827] FLORES-ÑIQUEN, Jhonnattan; *La determinación de la responsabilidad penal del depositario judicial*, Tesis de pregrado no publicado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú, (2014), pp. 26-27.

[828] FLORES-ÑIQUEN, Jhonnattan; *La determinación de la responsabilidad penal del depositario judicial*, Tesis de pregrado no publicado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú, (2014), p. 27.

2.4. Personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social

El tipo penal agrega aquí una norma complementaria de cierto contenido subsidiario que incluye a un amplio elenco de sujetos particulares calificados o no y a los representantes de las personas jurídicas de derecho privado que administran o custodian fondos y/o bienes que poseen un destino especial de servicio público. Por ejemplo las instituciones privadas de caridad que recepcionan donaciones para desastres.

El tipo penal, parte pertinente, señala: "*...así* ***como todas las personas*** *o* ***representantes legales*** *de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.*", en consecuencia, habrá que diferenciar dos tipos de niveles de responsabilidad de acuerdo a la previsión legal: **a)** en primer término, se refiere a todas aquellas personas naturales que se encuentran al interior del organigrama de la institución privada, cualquiera que sea la composición que posea (EIRL, SAC, etc.), independiente del cargo que ostente, obviamente dependerá si los hechos descritos se subsumen en el presente tipo penal y si existe también imputación subjetiva (dolo/culpa); **b)** en segundo término, se alude a los "representantes legales" de las personas jurídicas, que son las personas que representan los intereses de la misma ante terceros, dichas personas tienen que estar investidos de poderes formales inscritos ante Registros Públicos; y dichas personas son los que ejercen los actos jurídicos válidos en beneficio o en nombre de la empresa. Rige aquí en este supuesto lo normado por el artículo 27° del Código penal *(Actuación en nombre de otro): "El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada".*

Todas las formas posibles de delitos de peculado existentes en el Código penal podrían cometerse. Así, las personas naturales que son

representantes legales ante los Registros Públicos de una empresa privada dedicada al ámbito de apoyo social-humanitario (por ejemplo ante desastres naturales), responderá dicho miembro por peculado doloso por apropiación (en remisión al artículo 387º, primer párrafo del Código penal) en la medida en que previamente "administre", "custodie" o "perciba" el dinero que proviene por ejemplo del extranjero (por donación); es decir, el representante sustrae de manera dolosa dicho dinero, y los deposita íntegramente a su cuenta bancaria particular (en beneficio propio) o los transfiere a la cuenta de su hermano (en beneficio de un tercero).

En todo caso, aquí tenemos que admitir una excepción con relación al delito de malversación de fondos, pues esta figura delictiva exige que el gente dé una aplicación distinta y definitiva a la prevista por la ley, en el ámbito interno de la administración (lo que protege es la legalidad presupuestal estatal); por lo que debe tratarse únicamente de fondos públicos. El presentante legal de una persona jurídica no está en condiciones (legales), de poder ejercer dichos actos de disposición de fondos públicos[829].

[829] De la misma manera: PEÑA CABRERA FREYRE, tomo V, 2010, p. 423.

CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO
EL DELITO DE COHECHO PASIVO

"Los corruptos son delincuentes que no tienen necesidad de huir de nada. Nadie les agarrará el cuello. Están más allá de algún inexorable envilecimiento aunque algún juez molesto los haga comparecer para una cierta denuncia. Es una incomodidad, pero finalmente no ocurre nada". NEUMANN, Elías; "La pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los Derechos Humanos", en: Libro Homenaje a Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, 1997, p. 362.

"Cuando se han corrompido los pr incipios del gobierno, las mejores leyes se hacen malas y se vuelven contra el Estado; cuando los principios se mantienen sanos, aun las leyes malas hacen el efecto de las buenas: la fuerza del principio suple a todo".

MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, Buenos Aires, 1984, p. 154.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CORRUPCIÓN

La corrupción en el pensamiento de los griegos clásicos y especialmente en el de Aristóteles, es la línea divisoria entre las formas de gobierno puras y las desviadas: "Cuando el dueño único, o la minoría, o la mayoría, gobiernan consultando el interés general, la Constitución es pura necesariamente; cuando gobiernan en su propio interés, sea el de uno, solo sea el de la minoría, sea el de la multitud, la Constitución se desvía del camino trazado por su fin, puesto que, una de dos cosas, o los miembros de la asociación no son verdaderamente ciudadanos o lo son, y en este caso deben tener su parte en el provecho común" (La política, Capítulo V, División de los gobiernos).

La corrupción en el Perú liderada por el ex presidente Alberto Fujimori y su asesor Vladimiro Montesinos Torres se ha caracterizado porque se asentó en el centro mismo del poder estatal. Definitivamente algo que no debe sorprendernos ya que en la mayor parte de los países latinoamericanos el fenómeno de la corrupción (en la administración pública) se ha gestado por quienes tienen y ocupan el más alto y dignísimo cargo público de una nación. Así los supuestos de corrupción y otros delitos conexos de los presidentes de Brasil[830],

---

[830] **Fernando Collor de Mello (1990-92):** en septiembre de 1992 fue acusado de complicidad en corrupción, tráfico de influencias y extorsión a empresarios. Tras agotar todos los mecanismos para mantenerse en el poder, renunció a la Presidencia antes de ser destituido por el Senado.

Venezuela[831], Guatemala[832], El Salvador[833], Honduras[834], México[835],

---

[831] **Carlos Andrés Pérez (1974-1979, 1989-1993)**: terminó abruptamente su segundo período en la presidencia al ser destituido para ser juzgado por delitos de corrupción. Condenado a 28 meses de arresto domiciliario por malversación de fondos y peculado, recuperó su libertad en septiembre de 1996 y se encuentra asilado en República Dominicana.

[832] **Jorge Serrano Elías (1991-1993):** prófugo de la justicia guatemalteca después de un fallido auto-golpe que ocurrió en medio de acusaciones de enriquecimiento ilícito, peculado, malversación, fraude, usurpación de funciones, apropiación y retención indebido de fondos del Estado, incluyendo la utilización de los gastos confidenciales de una partida a su disposición que en ocasiones llegaba a un poco más del millón de dólares al mes; y su involucramiento en sistemas ilegales de compras públicas, que pudieran haber alterado, sobre todo en aspectos de salud, los abastecimientos de los hospitales. Ha vivido como empresario exiliado en Panamá; autoridades allá han rechazado los pedidos de extradición presentados por Guatemala.

[833] **Alfredo Cristiani (1989-1994):** ocultó y nunca admitió cuál fue el paradero de un informe sobre una investigación de más de 100 casos de corrupción en su gobierno, realizada por una comisión presidencial (CONSEFIP). Continua siendo uno de los hombres con mayor influencia política y económica en El Salvador. Es líder político del partido ARENA. Cabeza de un grupo económico cuyos miembros han sido acusados de beneficiarse de las privatizaciones de entidades gubernamentales, principalmente la de los bancos, y de ser responsables de otros delitos de "cuello blanco". La mayoría de estas acusaciones permanecen sin investigarse y en la impunidad debido al encubrimiento de su partido, que ha controlado el gobierno desde 1989 hasta la fecha.

[834] **Rafael Callejas (1990-1994):** altos funcionarios de su gobierno fueron procesados en 1995 por su vinculación con el tráfico de pasaportes oficiales, y otros fueron acusados por el desvío de millonarias cantidades de dinero del Fondo de Estabilización Petrolera a la partida confidencial de la casa presidencial. La Suprema Corte revocó la inmunidad del ex presidente Callejas para que declarara sobre falsificación de documentos y apropiación de fondos públicos. Las denuncias en contra de él permanecen en la impunidad.

[835] **Carlos Salinas de Gortari (1988-1994):** Salinas desapareció del país en medio de graves acusaciones de corrupción como el blanqueo de dinero, enriquecimiento inexplicable, y entre otras, de fraude electoral y hasta por conspiraciones para cometer asesinatos. Otro factor que precipitó su salida fue la detención de su hermano Raúl por corrupción y asesinato.
Ernesto Zedillo (1994-2000): Considerado por muchos como la persona que más ha endeudado a México, está señalado por organizar el rescate bancario a FOBAPROA, considerado como el mayor fraude en la historia del país y una posible fuente de recursos para su campaña, y entre otros casos, por

Ecuador[836], Paraguay[837], República Dominicana[838], Bolivia[839], Argentina[840] solo son algunas muestras de la corrupción que existe a nivel estatal.

---

su involucramiento en el presunto desvío de mil millones de pesos dentro de PEMEX para beneficiar la campaña (2000) del ex candidato del PRI a la Presidencia, Francisco Labastida. Actualmente, el gobierno está investigando la gestión de Zedillo, especialmente de su último año, la de sus ex funcionarios y aún de sus hermanos y familiares, ya que se rumora que se enriquecieron al amparo del poder público.

(836) **Alberto Dahik Garzón Vicepresidente de Ecuador (1992-1996)**: en 1995, fue acusado de malversación de fondos del Estado, abandonó el país tras ser absuelto y recibió asilo político en Costa Rica, donde aún permanece. Precisamente el mismo día en que abandonó Ecuador, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) le dictó auto de prisión por mal uso de los gastos reservados. **Abdalá Bucaram (1996-1997):** en medio de una protesta generalizada, fue destituido el 6 de febrero 1997 por el Parlamento al ser declarada su incapacidad mental para gobernar. Huyó a Panamá donde pidió y recibió asilo político; meses más tarde la Corte Suprema de Justicia de Ecuador ratificó una orden de prisión contra Bucaram. A este ex mandatario se le tramitan seis causas y está involucrado en cinco juicios penales, por delitos de malversación de fondos relacionadas a irregularidades en el contrato para un programa de ayuda a los estudiantes y en el manejo de las aduanas, peculado y enriquecimiento ilícito. **Fabian Alarcón Rivera Presidente Interino (11 de febrero de 1997 al 10 de agosto de 1998)**: La Comisión Anticorrupción encontró que 2.089 personas fueron contratadas irregularmente en el Congreso, mientras Fabián Alarcón era su presidente. Estas personas nunca cumplieron labores en el Congreso pero sí cobraron sus salarios durante el período de 1995 a 1998. El perjuicio al Estado alcanzó la suma de 32 mil millones de sucres. La Corte Suprema de Justicia ordenó la detención preventiva del ex-Presidente Interino Alarcón en marzo de 1998, habiendo permanecido en esa condición durante seis meses, pero recuperó su libertad al amparo del informe de la Contraloría que le liberó de responsabilidades. Como el juicio subió hasta la etapa sumarial y del plenario, ahora la ley impide a Fabián Alarcón ser candidato a cargos públicos. **Jamil Mahuad (1998 -2000):** fue involucrado en muchos casos de corrupción que incitaron protestas masivas y su huida del país en enero 2000. El 13 de julio la Corte Suprema de Justicia de Ecuador dictó una orden de prisión en contra de Mahuad acusándolo de "malos manejos administrativos" en referencia a los decretos de congelación de depósitos bancarios y de dolarización de la economía. Mahuad buscó la embajada de Chile para refugiarse y terminó saliendo a Estados Unidos, donde se mantiene como catedrático de Harvard. **Gustavo Noboa (2000-2003):** en julio de 2003 la Fiscalía General investigaba a Noboa y a dos ex ministros de economía por incurrir presuntamente en

el delito de peculado (uso fraudulento de los recursos estatales) al aprobar la utilización ilegal de una porción de títulos de la deuda externa con un valor nominal de 126 millones de dólares para inyectar capital a los bancos del Pacífico y Filanbanco. El ente solicitó a la Corte Suprema de Justicia que ordene la prisión preventiva del ex presidente, quien pidió y en agosto 2003 recibió asilo político de la República Dominicana.

(837) **Raúl Cubas (1998-1999)**: durante una insurrección popular en marzo 1999, desatada por el asesinato del vicepresidente Luis María Argaña, la Cámara de Diputados aprobó por mayoría de dos tercios iniciar el juicio político en el Senado al presidente Cubas por "mal desempeño de sus funciones". Pocos días después la Fiscalía General lo denunció por el uso ilegal de fondos públicos para financiar una campaña de agitación y la retirada de 700.000 dólares del Banco Nacional de Fomento y su transferencia a la Presidencia de la República en los días previos a la dimisión y partida de Cubas hacia Brasil. En febrero 2002 regresó a su país. **Juan Carlos Wasmosy (1993-1998)**: en abril 2002 fue condenado a cuatro años de prisión por el auxilio financiero de 42.500 millones de guaraníes otorgados ilegalmente al Banco de Desarrollo en julio de 1996. También ha sido acusado de involucramiento en otros casos de corrupción, como las operaciones "fraudulentas" vinculadas con la construcción de la represa de Itaipú, la mayor central hidroeléctrica del mundo. **Luis González Macchi (1998-2003)**: el 23 de enero de 2003 la Cámara de Senadores inició su juicio político por mal desempeño de funciones y delitos comunes. Los diputados acusaron al primer mandatario de corrupto e incapaz y pidieron su destitución. Además señalaron que es responsable de la calamitosa situación social que vive el país, de las torturas a Juan Arrom y Anuncio Martí, del desvío de los 16 millones de dólares de bancos en liquidación, de las irregularidades en el proceso de privatización de Copaco y de negarse a informar al Congreso. Por una decisión política, el Senado lo exoneró de los cargos. Sin embargo, el día que dejó el mando, el 14 de agosto 2003, un juez prohibió a González Macchi salir del país ya que se iniciaría un juicio en su contra por corrupción.

(838) **Leonel Fernández (1996-2000)**: unos 25 ex funcionarios de su administración han sido sometidos a la justicia acusados de corrupción; 4 recibieron sentencias de prisión. Entre los casos en los cuales está implicado el mandatario se encuentra una malversación millonaria a través del Programa Eventual Mínimo de Empleos (PEME) y en torno a una cuenta especial, utilizada durante su gestión para la reparación y reconstrucción de obras prioritarias, luego del paso del huracán Georges en 1998. En una encuesta sobre la corrupción dominicana, publicada en agosto 1999, el 61% consideraron que en su gobierno existía igual o más corrupción que en la anterior.

(839) **Hugo Banzer (1997-2001)**: en julio de 2003 la Fiscalía General investigaba a Noboa y a dos ex ministros de economía por incurrir presuntamente en el delito de peculado (uso fraudulento de los recursos estatales) al aprobar la utilización ilegal de una porción de títulos de la deuda externa con un

El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín *rumpere*, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición. *Corrumpere*, entonces, debería significar: "romper con", "romper en unión de", pero en realidad quiere decir "echar a perder, podrir". Por lo tanto, la expresión corromper siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir la fuerza que corrompe y aquella persona sobre el que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre.

El fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia. El poder y corrupción se asocian cuando el primero no es considerado como un hecho regulado por el Derecho, entendiéndose a este como un sistema normativo regulativo de conductas humanas. Por otro lado, no habría inconveniente de orden semántico que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes "corruptos", en el mismo sentido podría hablarse de gobernantes o congresistas corruptos. Empero, lo que sí es cierto es que en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un decisor.[841]

---

valor nominal de 126 millones de dólares para inyectar capital a los bancos del Pacífico y Filanbanco. El ente solicitó a la Corte Suprema de Justicia que ordene la prisión preventiva del ex presidente, quien pidió y en agosto 2003 recibió asilo político de la República Dominicana.

(840) **Carlos Saúl Menem (1989-99):** actualmente procesado como presunto jefe de una "asociación ilícita" que vendió armas a Ecuador y Croacia. Casi 50 ex funcionarios de su administración han sido vinculados en casos de corrupción y muchos argentinos y observadores internacionales lo responsabilizan de haber iniciado el proceso que llevó el país a la bancarrota, al aumentar enormemente el gasto público durante su último año en el gobierno.

(841) GARZÓN VALDES, Ernesto; *"Acerca del concepto de corrupción"*, en: Varios Autores, La corrupción política, Madrid, 1997, pp. 42 y 43.

En la actualidad, la lucha contra la corrupción es uno de los desafíos de mayor importancia en nuestro país y en América Latina y, por qué no decirlo, en el mundo entero. Se trata de un reto que debemos enfrentar para construir una sociedad más justa y eficaz, pero sobre todo donde exista bienestar y confianza recíproca. La corrupción en el Perú en gran medida ha sido propiciada por la estructura y el funcionamiento del Estado y por la forma como este interactúa con los ciudadanos. Ha existido una pronunciada debilidad en los mecanismos de control de la gestión pública, lo cual ha permitido que funcionarios, ciudadanos, instituciones oficiales y empresas privadas desarrollen actividades que en lugar de ser de interés general, benefician exclusivamente intereses particulares.

Las debilidades de nuestro sistema de administración de justicia y el manejo de los espacios democráticos por parte de algunos actores de la vida política –los cuales han utilizado los espacios de poder para su beneficio personal o el de grupos políticos– han alimentado la corrupción y han llevado con el tiempo a validar y aceptar socialmente los comportamientos deshonestos. La corrupción genera desconfianza y desmoralización entre la ciudadanía y no permite que esta actúe como contrapeso frente al Estado al ejercer un control democrático sobre su desempeño, con lo cual se disminuye la capacidad del Estado de funcionar, adecuadamente y se reducen las posibilidades de que nuestra sociedad prospere en general, la corrupción en el mundo actual ya no es un problema local, nacional o regional; se trata de un problema de escala mundial. Solo podremos enfrentarla con políticas de Estado permanentes e integrales y con el respaldo de la cooperación internacional.

Lord Acton decía que el "...poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente", o como decía Montesquieu: "La constante expectativa demuestra que todos los hombres investidos de poder son capaces de abusar de él y de hacer su autoridad tanto como puedan". La influencia de la corrupción ha alcanzado a todos los países del orbe, y aún la corrupción alcanza a buen número de países europeos con sistemas políticos de los convencionalmente denotados *demo-*

cracias consolidadas; aunque en sociedades menos desarrolladas, los efectos de la corrupción suelen ser más graves, que en países desarrollados; en la medida en que dificulta el crecimiento económico y pone en tela de juicio la percepción de la soberanía[842].

La corrupción instalada como sistema en una sociedad presupone un desprecio generalizado a la que se asocia la centralización de la toma de decisiones en el Poder Ejecutivo, la falta de autonomía en el poder jurisdiccional y en el legislativo por los dictados del ejecutivo con argumentos que se fundan en la emergencia o eficiencia económica. Por ello, llegamos a un punto donde lo único que importa es la riqueza y el mantenimiento de las ganancias como motores del progreso social. Sus defensores creen que en aspectos de moral, de espíritu o de mística para el progreso económico sin límites hallan campo propicio para la corrupción, y se suele instalar en este modelo político en que vivimos para formar parte de la llamada criminalidad no convencional acompañada por el abuso de poder. Pero no solo por el abuso gubernamental que pueda existir, sino también el económico, el financiero, el industrial, el bancario, el tecnológico y el científico.

El problema del fenómeno de la corrupción es esencialmente político, y su consecuencia más relevante es que desemboca en un proceso de exclusión[843]. Pero también –y de ahí su complejidad– que existe una relación de funcionalidad entre la corrupción y el modelo económico que se siga. Así, por ejemplo, la corrupción hace a la esencia de la sociedad capitalista actual y es especial manifestación de la crisis del sistema. Por otro lado, hay información histórica que permite fundar la sospecha de que hubo formas de criminalidad funcionales a determinadas etapas del desarrollo capitalista, todos los casos

---

(842) MURIEL PATINO, María Victoria; "*Economía, corrupción y desarrollo*", en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000, p. 27.

(843) VIRGOLINI, E. S. Julio; *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, 2004, p. 258.

de la esclavitud, la piratería, el contrabando, las guerras de mercado, el narcotráfico, etc[844].

Didácticamente, Hurtado Pozo prefiere hablar de dos tipos de corrupción: de una parte, la corrupción directa y de la otra parte, la corrupción institucionalizada. Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente (...) Esto es posible, sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las tareas de los funcionarios y servidores de este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios.

En cuanto a la corrupción institucionalizada, se caracteriza por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es difícil establecer un vínculo entre las causas y los efectos[845]. De igual forma, resulta interesante poner de relieve una característica de la corrupción en un sentido criminológico. En tal sentido, según Cruz Castro "En la sociedad, prácticamente, no existe ninguna persona, organización o instancia oficial que desarrolle una acción sistemática contra la corrupción, excepto, en algunas ocasiones, los medios de comunicación social colectiva. Se trata de un delito sin víctima, por esta razón difícilmente el conocimiento de estos hechos llegará a conocimiento de las autoridades competentes mediante la denuncia común[846].

---

[844] SIMONETTI, José María; *"Notas sobre la corrupción"*, en: Pena y Estado, Año 01, Número 01, Buenos Aires, 1995, p. 177.

[845] HURTADO POZO, José; *"Corrupción: el caso peruano"* en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995, p. 156.

[846] CRUZ CASTRO, Fernando;*"La investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos"*, en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995, p. 80.

II. CORRUPCIÓN Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. CUESTIÓN PREVIA

A la corrupción y su impacto en la administración pública la podemos definir como aquella desviación por parte de la administración de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, que no es otro que el "interés público". Puede encontrarse definiciones muy generales como la de Andrés Ibáñez que indica que la corrupción son "...aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaliéndose de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobreprecio, obtienen a su vez un privilegio"[847].

Sin embargo, la definición más utilizada por los científicos sociales –en este punto– es la elaborada por el profesor de la Universidad de Harvard Joseph S. Nay; de acuerdo con su explicación, la corrupción, pero siempre vinculado de alguna forma a la administración pública, es una "conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales. Esta definición incluye conductas tales como el cohecho (utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)"[848].

---

[847] ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto; *"Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial"*, en: Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires, p. 425.

[848] Citado por BERALDI, Carlos Alberto; *"Control de la corrupción mediante la desregulación"*, en: Pena y Estado, Año 01, Número 1, Buenos Aires, 1995, pp. 36 y 37.

La *ratio* fundamental de la corrupción radica entonces en una desviación de ciertos parámetros de comportamientos. Debe destacarse también que el sustrato fáctico de la corrupción reside, fundamentalmente, en la actividad económica de la administración y, habitualmente, en la atribución del control y aplicación de fondos públicos a cargos políticos (corrupción política) o funcionariales (corrupción funcionarial).[849] La imputación hacia una persona como "corrupto" va asociado a la idea de que aquel esté en vinculación directa con la administración de los poderes del Estado, y no podría hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública, esto es, en términos domésticos, familiares o cotidianos: un particular persuade, a través de dinero, al presidente de un club privado para hacerlo ingresar en calidad de socio.

Así las cosas, se puede diferenciar nítidamente una corrupción que se presenta en el campo de las *acciones privadas* de la que afecta a la *administración pública*, privilegiándose a esta última como una cuestión de mayor importancia[850]. Al respecto, Mariano Grondona afirma "que la corrupción en el sector público es más grave que la privada, pues mientras esta es susceptible de ser corregida por el Estado, si los mecanismos del Estado están infiltrados por la corrupción, el sistema queda sin apelaciones"[851]. A esta última es la que los romanos llamaron *crimen repetundarum*, los ingleses *bribery*, los españoles *cohecho*, los portugueses *peita o soborno*, y los italianos *baratería*.

---

[849] CARBAJO CASCON, Fernando; *"Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción"* en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000, p. 55.

[850] BERALDI, Carlos Alberto; *"Control de la corrupción mediante la desregulación"*, cit. p. 36.

[851] Citado por SANDLER, Héctor Raúl; *"La corrupción legislativa"*, en: Sandler/ Rajland (coord.), Corrupción. Una sociedad bajo sospecha, Buenos Aires, 1997, p. 167.

En el Perú, a través de los medios de comunicación principalmente, se conoció el *"Caso Montesinos"* donde aquel 14 de septiembre del 2000, en las pantallas de Canal N se propaló el ya famoso video en el que aparecía el ex asesor de la Alta Dirección de Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos entregando quince mil dólares al congresista Kouri. Lo que vendría después es historia conocida. Sin lugar a dudas, los límites de la corrupción en el Perú han rebasado excesivamente los niveles de racionalidad. A raíz de los hechos de corrupción sucedidos en las altas esferas del poder en el Perú, se expidió todo un "paquete legislativo" para la lucha contra la criminalidad organizada movido por un factor común: la multicitada corrupción. Así, la primera ley, la N° 27378 del 21 de diciembre del 2000, que establece beneficios de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada y la segunda ley, la N° 27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares. Modificaciones sustanciales que aluden principalmente al Derecho policial, Derecho penal material y premial por colaboración eficaz: exención de pena, suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, entre otras y el Derecho procesal penal (limitaciones de derechos).

Existe un documento internacional llamado la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción, de fecha 29 de marzo de 1996. (Reunidos en la ciudad de Caracas). Esta convención contra la corrupción también fue ratificada por la República Argentina el 17 de enero de 1997, entró en vigor definitivamente un año después de la conferencia interamericana, es decir el 6 de marzo de 1997. El Estado peruano también la aprobó mediante Resolución Legislativa 26757 de fecha 5 de marzo de 1997 y ratificada por Decreto Supremo 012-97-RE del 21 de marzo del mismo año. Nos preguntamos: ¿Los Convenios internacionales sobre la lucha contra la corrupción en los que el Perú y Argentina son firmantes, y por tanto vinculantes en su aplicación, son instrumentos idóneos para complementar la eficacia represiva?; y ¿Si el Derecho penal de la corrupción respeta los límites que la Convención establece?

Se puede percibir que existe una incertidumbre con respecto a la eficacia de las normas de la Convención para su aplicación dentro de un Derecho interno, pues existen dos tendencias: la primera sostiene que se apliquen directamente las normas de la Convención. La segunda, en cambio, requiere que las normas internas (principalmente el Código penal) se adecuen a la Convención, especialmente a las conductas típicas de corrupción. La segunda postura parece la más razonable. En todo caso, deben compatibilizarse las normas internas con los postulados de la Convención, mas todavía cuando en el artículo VII de dicha Convención, se establece que deben incorporarse los actos de corrupción en la medida que la legislación penal interna no contemple tales delitos: caso como el soborno internacional que no existe como modalidad típica en el Código punitivo peruano.

Cabe resaltar que el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito propuso excluir los actos de corrupción de la tipología de delito político, especialmente para facilitar la extradición e igualmente el decomiso de los bienes adquiridos con dinero de origen espurio. La corrupción, tan igual a los casos conocidos como del terrorismo o "terrorismo especial", tráfico de drogas, violación sexual, seguridad ciudadana, presentan en el campo del Derecho penal un problema en cuanto a su funcionamiento, legitimación y eficacia. Entonces cabe preguntarnos: ¿La eficacia del Derecho penal en la mayoría de veces está en función a decisiones coyunturales, temporales?; ¿cómo solucionar los múltiples problemas de la corrupción desde la óptica del Derecho penal, si la corrupción es un problema estructural, de base?

III. ASPECTOS ESENCIALES DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO. A PROPÓSITO DE LA REFORMA PRODUCIDA POR LA LEY 28355 DEL 04-10-2004

1. APUNTES PRELIMINARES

La expresión *cohechar*, según la Real Academia Española, significa "sobornar, corromper con dádivas al juez, a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o

derecho, haga o deje de hacer lo que se le pida"[852]. Un término ligado al cohecho es la "coima" que en el siglo pasado la Real Academia Española modificó el contenido con la aclaración que en la Argentina, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay se utiliza como cohecho. Históricamente era el delito del juez que traficaba con su función y cuya comisión autorizaba la repetición del dinero recibido con el juez corrupto. Criminológicamente el delito de cohecho está en el centro de los delitos llamados "de guante blanco".

Históricamente el cohecho tenía su origen, según Soler, en los abusos de ciertos funcionarios, especialmente de los que gobernaban en lugares alejados, y sobre todo la dificultad de la prueba de un acto concreto de corrupción, determinaron que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento, pudiera pedirse tanto lo que el funcionario había logrado por venta de un acto de autoridad, como lo que hubiese logrado por vía extorsiva[853]. Por eso se entendía que existían puntos de conexión entre el delito de cohecho y la concusión. Actualmente, estas figuras típicas son necesariamente autónomas, no obstante que responden a la protección de un mismo bien jurídico-penal institucionalizado (administración pública). Esto sucede en el Derecho peruano donde la figura básica del delito de cohecho está en el art. 393 y ss.; y la de concusión en el art. 382 y ss. del Código penal[854].

---

[852] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Tomo I, Madrid, 1992, p. 501.

[853] SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo 5, (actualizado por Manuel Bayala Basombrío), Reimpresión total, Buenos Aires, 1992, p. 206.

[854] El ilícito penal de concusión se encuentra tipificado en el artículo 382° del Código penal señalando expresamente lo siguiente: *"el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años"*. De acuerdo a la norma glosada y teniendo en cuenta los elementos aportados en el proceso, los hechos denunciados e investigados no resultan congruentes con los elementos del tipo penal imputado. En efecto, para la configuración del tipo penal es necesario que la acción de "inducir" u "obligar" provenga directamente del ejercicio abusivo del cargo del funcionario. ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2007. p. 369 sostiene que "entre los componentes

El núcleo fundamental del delito bajo estudio reside en la obtención de un "acuerdo injusto", momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional. El delito de cohecho se caracteriza por consistir en un acuerdo –o intento de acuerdo– entre un funcionario público y un particular dirigido al intercambio de prestaciones recíprocas: las dádivas o presentes, por un lado, y el acto propio del cargo, por otro(855). De manera tal que el pago del particular por una conducta que el funcionario público haya realizado, no es el delito de cohecho porque no obedece al "pacto". Lo que caracteriza al injusto en examen es el compromiso venal que constituye su contenido; cuando ese pacto se perfecciona, recién ahí se consuma el ilícito penal. Por otro lado, José Peco sostenía que en "... el auténtico cohecho hay una captación de la voluntad del funcionario público sobre la base de una dádiva que muestra por modo inequívoco el apetito descompuesto de codicia"(856).

---

materiales de tipicidad del comportamiento establecido en el precitado tipo penal, debe contemplarse preliminar y esencialmente la concurrencia de los elementos "abuso de cargo" que pudiera haber ejercido el funcionario o servidor público, incluso más allá de sus atribuciones conferidas, así como la "obligación o inducción" efectuada sobre la persona sometida al ámbito de su actuación ilícita, teniéndose en cuenta que el dar y el prometer tienen como presupuestos típicos necesarios la existencia previa de un uso abusivo del cargo expresado en el obligar o inducir que operan o actúan sobre la voluntad de la víctima". El citado autor precisa que, "en el caso del primer elemento normativo, el *abuso del cargo* es conceptuado por la doctrina penal como un ejercicio arbitrario de la función pública, (...) comprendiendo varias formas, pero solo cuando incide en la voluntad del sujeto pasivo, convirtiéndose en constreñimiento o inducción, constituye elemento esencial del delito de concusión" (Op. cit., p. 365 citando a Bernal Pinzón y Riccio). Respecto a los medios comisivos *obligar* e *inducir*, estos elementos deben de reunir las condiciones de idoneidad y suficiencia "no bastando para tipificar el delito las simples declaraciones, consejos desprovistos de intencionalidad o indirectas de las que haga uso el sujeto activo. Se requiere, como dice Pagliaro, seriedad y eficacia de la coacción e inducción, (siendo) la calidad del sujeto activo y las circunstancias de vulnerabilidad que rodean a la víctima (los) referentes más usuales" (Op. cit., p. 374).

(855) RODRÍGUEZ PUERTA, Mº José; *El Delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Madrid, 1999, p. 183.

(856) PECO, José; *"Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho"*, en: La Ley, 71, 1953, Buenos Aires, p. 845.

El tipo dentro de sus características tiene dos supuestos, uno unilateral, por el cual el funcionario solo solicita un bien y otro bilateral que exige que el sujeto activo acepte el bien ofrecido por otro. En resumidas cuentas es la declaración del funcionario de querer vender la función pública. Se tiene que considerar que en estos delitos mientras el cohecho pasivo precisa del cohecho activo, este no precisa del primero, pues se concreta con el simple ofrecer esto en supuesto del aceptar. Y en la modalidad del cohecho pasivo del solicitar, este precisa del cohecho activo, consumándose sin que el particular acepte la oferta de venta de la función pública.

En el cohecho siempre hay contractualidad, siempre hay dos partes, de las cuales una de ellas tiene que ser el funcionario público que "vende" la función pública; de esta codelincuencia se desprende que si hay "cohecho pasivo", usualmente existirá "cohecho activo", pues para que alguien "acepte", (cohecho pasivo), tiene que haber alguien que ofrezca.

Una Ejecutoria Suprema señaló que el acuerdo de voluntades entre el funcionario y el agente corruptor consuma el cohecho sin ser necesario el cumplimiento de la dádiva[857].

---

[857] Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia A.V. N° 14-2001-Lima (Data 45 000) Denunciado: Máximo Agustín Mantilla Campo Agraviado: El Estado; Asunto: Cohecho pasivo propio; Fecha: 16 de mayo de 2003, señaló que: *"Se denunció a un alto funcionario público por haber acordado con otro ex funcionario en asesoría presidencial realizar actos que se traducían en una grave violación de sus obligaciones como Congresista de la República, esto es, que por los 'tratos' o 'acuerdos' que convino en realizar, aceptó como donativo una suma dineraria. Este hecho se realizó luego de que el procesado acudiera espontáneamente a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional. Finalizado el juicio oral, se elevaron los autos a la Sala Suprema por el recurso de nulidad interpuesto por el procesado contra la sentencia condenatoria por el delito de cohecho pasivo propio, por la parte civil en el extremo de la reparación civil otorgada. La Sala Suprema analiza el delito de corrupción de funcionarios-cohecho pasivo propio, definiéndolo como la aceptación hecha por un funcionario público, o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre*

Concretamente, en las conductas de corrupción que sanciona el Derecho penal se puede encontrar tres estadios de gradiente: primero el agasajo, los presentes y el fino obsequio; segundo encontramos las acciones donde ya el funcionario, en mérito a su autoridad, exige cobros injustos; y finalmente en orden de gravedad, las acciones de sobornar o corromper al magistrado o funcionario para que, contra justicia o derecho, haga o deje lo que se le pide[858].

---

la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público. Y debe tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, que es un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo, el cual está dentro de su competencia funcional. Finalmente, es una de las características de dicho tipo penal la consumación solo del acuerdo de voluntades, no siendo necesario con el cumplimiento del pago, de la promesa, ni la realización del acto indebido.

Valorados los hechos descritos en autos, la Sala determina de forma fehaciente la responsabilidad penal del alto funcionario público en el delito imputado, en base al reconocimiento que hace el propio encausado al prestar su declaración instructiva. Además, los hechos se hallaban plenamente acreditados con la captación de las imágenes de la ilícita reunión en las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional, las cuales aparecen registradas en los vídeos visualizados que se acompañaron al presente proceso, resultando evidente que el sentenciado en forma deliberada y consciente aceptó el mandato del agente corruptor para efectivizar un "acuerdo ilegal", incurriendo de esta manera en la comisión del delito instruido. En contra de la imputación, el sentenciado alegó a su favor que la suma de dinero recibida en ningún momento sirvió para realizar u omitir actos propios en violación de sus obligaciones como congresista y menos aun para su beneficio personal. Además, que en ningún momento consideró que estaba incurriendo en delito por el hecho de asistir a una dependencia del Estado y menos recibir el apoyo de un funcionario público que tenía solvencia económica; y que el dinero recibido sirvió para promocionar la campaña política de su partido y la suya propia. La Sala Suprema considera desvirtuados los argumentos de defensa señalados con la propia declaración del funcionario en el acto oral, aunado ello a las declaraciones testimoniales formuladas por otros integrantes del partido político al que pertenecía. Así, estos declararon en forma coincidente que desconocían la procedencia de los fondos que el encausado dice haber utilizado en la campaña política de su partido. Por esas consideraciones la Sala Suprema declara no haber nulidad en la sentencia condenatoria por el delito instruido".

[858] MIKKELSEN – LÖTH, Jorge Federico; *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, 2001, p. 10.

2. SISTEMÁTICA LEGISLATIVA: EL CASO DE ARGENTINA Y PERÚ

En el Derecho penal argentino, los actos de corrupción de funcionarios son tratados sistemáticamente en el Capítulo VI del título undécimo, Libro Segundo del Código Penal. La Ley 25.188 (B.O. 01/11/1999) –Ley de Ética de la Función Pública– modificó la rúbrica de este capítulo, que con antelación a ella se denominaba simplemente *cohecho*, para pasar a titularse, con un alcance mucho más amplio (a causa de la reforma introducida por la ley, fundamentalmente por la incorporación del artículo 256 *bis*), *Cohecho y Tráfico de Influencia*[859]. La principal novedad que introduce la nueva legislación 25.188, es hacer extensiva el marco de punibilidad, antes exclusivamente reservado a los jueces, a los funcionarios del Ministerio Público. Con la reforma constitucional acontecida en 1994, mediante el art. 36 de la Constitución Nacional, párrafo quinto que a la letra dice: *"Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurre en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos".*

La reforma se acentúa en el párrafo sexto de dicho artículo 36 al establecer que el Congreso sancionará una Ley sobre Ética Pública para el ejercicio de las funciones, con lo cual revela su preocupación de que se reglamente en todos sus aspectos la labor de los funcionarios y empleados públicos, para reducir la corrupción funcional. En fin,

---

[859] Los tipos penales de tráfico de influencia se conocen desde el Derecho romano, concretamente cuando uno de sus amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante este: Al descubrirlo el emperador, lo condenó a morir ahogado por el humo; de allí el nombre de *"venta de humo"*. En términos tradicionales, se ha entendido al delito de tráfico de influencias como un negocio en el cual una de las partes se compromete con la otra, mediante pago, a influir sobre un funcionario público, en asuntos de su competencia, para obtener de este algún beneficio a favor de quien paga la influencia. Es un acuerdo de voluntades sobre un servicio que promete el traficante y por el cual recibe dinero, dádiva o promesa remunerativa.

la reforma constitucional resultó de suma importancia no solamente para efectos de encontrar algún punto de apoyo "constitucional" en el siempre polémico delito de enriquecimiento ilícito, sino que también dicho artículo le es aplicable a determinados delitos contra la administración pública (relacionados fundamentalmente con la venalidad de los funcionarios públicos). En tal sentido, aquí estarían los supuestos típicos de cohecho y en los Capítulos VII, VIII, IX del Código penal argentino.

Por otro lado, los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano están sistemáticamente regulados en cuatro secciones. La primera: delitos cometidos por particulares; la segunda: delitos cometidos por funcionarios públicos, que en la sección IV se regula la "corrupción de funcionarios"; la tercera: delitos contra la administración de justicia. La cuarta y última contiene las disposiciones comunes referidas al concepto jurídico-penal de los funcionarios y servidores públicos aplicable a todo el capítulo XVIII.

Como es sabido, en el marco del Derecho peruano, los delitos de corrupción de funcionarios están inmersos dentro de un catálogo mucho más amplio que es el de los delitos contra la administración pública (Título XVIII). En tal sentido, se colige que necesariamente cualquier acto de corrupción tiene que estar en vinculación con la actividad estatal donde se desempeña el sujeto activo. Esto es, que todas las figuras delictivas situadas en el Título XVIII tienen como bien jurídico común la "correcta función pública", y más concretamente los principios esenciales a cada una de las actividades prestadas por el Estado, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. De manera que si se llegara a evidenciar un comportamiento en donde se vulnerara el principio de veracidad con la consiguiente imparcialidad que esta genera para alguna de las partes involucradas, definitivamente se está causando un perjuicio en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas. La actividad administrativa que está al servicio de la sociedad en general no puede ser influenciada a través de bajos intereses lucrativos que están reñidos con la lealtad y la moral.

Ahora bien, ¿cuál es el bien jurídico protegido en el delito de corrupción de funcionarios públicos? Ante todo, debemos tener en consideración que la corrupción responde a una realidad criminógena peculiar y diferente a los delitos contra la administración pública. ¿Será verdaderamente el correcto funcionamiento de las instancias de la administración pública, o el principio de imparcialidad, lo que al final de cuentas interesa proteger al legislador? En cuanto al delito de cohecho existe una postura jurisprudencial que indica que el bien jurídico-penal es la moralidad y corrección que debe imperar en la administración pública[860]. Empero, lo que definitivamente en la infracción penal bajo estudio se castiga –fundamentalmente– es la venalidad del funcionario o servidor público, buscando proteger jurídico-penalmente el normal funcionamiento de la administración[861].

---

[860] En este sentido, véase: CNCCorr, sala I, 18-9-96, "W.C, y otro", LL 1998-F. 838, PJN Intranet, extraído de: DONNA, Edgardo Alberto (Dir), *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, 2004-I, p. 390.

[861] SOLER, tomo 5, 1992, p. 207: "...resulta que el objeto tutelado por esta clase de infracciones es el funcionamiento normal y correcto de la administración, el cual es puesto en peligro por el solo hecho de la existencia de actos de corrupción". NÚÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho penal*, Tomo Quinto, Vol. II, Parte especial, Córdoba, 1992, p. 97: "Todas las figuras de cohecho implican un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios públicos o a la incitación en el ejercicio de sus propias funciones, incluso para cumplirlas con arreglo a su deber legal". FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, tomo VII, Buenos Aires, 1993, p. 290: "Específicamente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados. Lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo". LAJE ANAYA, Justo/ GAVIER, Enrique Alberto; *Notas al Código penal argentino*, tomo III, Parte especial, Córdoba, 1996, p. 142: "Las disposiciones de este capítulo protegen la administración pública frente a los actos de corrupción venal de sus funcionarios y contra los comportamientos de los particulares que atentan contra la dignidad, normalidad y corrección de las conductas funcionales de sus integrantes". MOLINARIO, Alfredo J.; *Los delitos*, tomo III, (actualizado por Aguirre Obarrio), Buenos Aires, 1999, p. 354: "El bien jurídicamente protegido es la corrección e insospechabilidad de los funcionarios públicos y su decoro". DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho penal. Parte especial*,

Esto proviene de aquellas concepciones que entienden que el Estado es un fin en sí mismo y una afirmación de que él es un medio para el bienestar de los individuos.

Tomo III, Santa Fe, 2000, p. 211, correctamente sostiene que: "De modo que se protege, además del normal funcionamiento de la administración, que los funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del Estado". ESTRELLA, Oscar Alberto /GODOY LEMOS, Roberto, *Código penal. Parte rspecial. De los delitos en particular,* tomo 3, Buenos aires, p. 386. Por otro lado, GIL LAVEDRA, Ricardo; *"Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo"*, en: DP, N 15 a 20, Buenos Aires, 1982, p. 710 sostiene que el correcto desenvolvimiento de la función administrativa aparece mediatamente tutelado, dado que no es necesario que el acto prometido se lleve a cabo, y que bien puede tratarse de la conducta que legalmente corresponda. No es posible que acá se vea afectada la administración, lo que se protege directamente en los capítulos es la probidad del funcionario público en el ejercicio de su cargo. CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte rspecial.* Tomo 2, Buenos Aires, 1997, p. 270 apunta que lo que se protege es "la venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento."
Así, también, entiende la jurisprudencia argentina: *"El bien que protege este artículo es la pureza de la función pública, por lo cual es indiferente la legalidad o ilegalidad del acto del funcionario, ya que lo que interesa es su competencia para realizarlo"*, Cám. 2 Crim, Mendoza, 6 de junio 1953, JA, 1953-IV p. 347. Por otro lado, en cuanto al tema de titularidad del bien jurídico protegido en este delito, que es importante para efectos de determinar hacia quien y a dónde va dirigido la reparación civil, la jurisprudencia peruana ha tomado posición al respecto. Así, en el Expediente Nro. 97-191601-JP-01-Loreto se anuncia: *"En el delito de corrupción de funcionarios, el titular del bien jurídico es el Estado, correspondiéndole a este la reparación civil y no a las personas que integran los donativos al funcionario público, los que no pueden figurar como agraviados"* en: Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia, 4, Lima, p. 420. En tal línea de pensamiento, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, de fecha 29 de marzo de 1996, se legisla en el artículo VI sobre supuestos de hecho de corrupción y beneficios ilícitos por razón del cargo (conductas, medios), así como de la autoría y participación (implícitamente se menciona la organización criminal), grados de desarrollo del delito, y un artículo ligado a este tema es el XII donde se prescribe que: *"Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado"*, se destaca, asimismo meros actos preparatorios y de peligro abstracto.

3. CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL COHECHO Y LA LEY 28355

En el Derecho penal peruano, cabe destacar la modificatoria que introduce la Ley 28355 (04-10-2004) en diversos artículos del Código penal y legislación penal complementaria. En efecto, según el artículo primero de la citada ley modifica diversos artículos del Código penal, específicamente a tres delitos: 1) Asociación ilícita, 2) Corrupción de funcionarios públicos (cohecho, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito) y 3) La Ley penal contra el Lavado de Activos. El legislador se ha mantenido fiel a la codificación de 1991 y no ha tenido en cuenta la incorporación como figura delictiva del soborno internacional, es decir, los casos por ejemplo, de soborno en las transacciones internacionales de negocios y otros (Convención Interamericana contra la Corrupción, art. VIII[862]).

En cuanto al delito de cohecho, la Ley 28355 respeta la clasificación tradicional, es decir, *cohecho pasivo,* (art. 393, art. 394, art. 395, y art. 396 del Código penal) constituido por la acción del funcionario o servidor público que recibe, acepta o solicita una ventaja o beneficio por la ejecución u omisión de un acto funcional. Por el otro lado, se conserva el *cohecho activo* (art. 397 y 398 del Código penal) integrado por la acción de un particular o hasta de un funcionario público que

---

[862] La Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, Artículo VIII Soborno transnacional, establece: *"Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores promesas o ventajas, a cambio de los que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que no hayan tipificado el delito de soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan".*

es el que ofrece, da, entrega, promete o corrompe a través de un medio corruptor que prevé la ley al funcionario o servidor público para obtener de él algún tipo de beneficio. En lo que aquí respecta –esto es al delito de cohecho–, consideramos conveniente y necesario realizar una valoración general del mismo poniendo énfasis en los aspectos novedosos de suma importancia:

- ***Reubicando y reformulando*** algunas figuras delictivas ya existentes: el art. 394-A –corrupción de funcionarios en programa de apoyo– a la sección de los delitos de abuso de autoridad, (ahora en el art. 376-A). La reubicación del cohecho activo genérico (ahora en el art. 397) diferenciándolo si es para un cohecho pasivo propio o impropio. Asimismo, la reubicación del cohecho activo específico (ahora en el art. 398) que a su vez puede diferenciarse: por la "*calidad del agente*": si es un agente común (párrafo primero) o si es un agente en calidad de abogado o perteneciente a un estudio de abogados (párrafo tercero); y por la "*calidad del receptor*" –siendo indiferente en este caso la calidad del agente– que a su vez puede estar agrupado, por una parte en magistrados, fiscales, perito, arbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo (párrafo primero) y por otra en secretarios, relatores, especialistas, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor e intérprete o análogo (párrafo segundo).

  Por otro lado, la reformulación abarca la *creación* de tipos penales nuevos (aunque en realidad serían formas agravadas del cohecho pasivo): art. 393 "cohecho pasivo propio a petición del funcionario" en el párrafo segundo y el "cohecho pasivo propio condicionado" en el párrafo tercero; art. 394 "cohecho pasivo impropio a petición del funcionario" en el párrafo segundo.

- ***Derogando***: el art. 398-A y 398-B, "corrupción activa de magistrados y auxiliares por letrado" y la "inhabilitación del ejercicio de la abogacía" respectivamente. También entra aquí el art. 395 segunda parte. Es acertada la derogación porque la inhabilitación en el caso del art. 398-B resultaba un contrasen-

tido, pues según el art. 36 del Código penal, se prevé que la inhabilitación se extiende por igual tiempo que la pena principal, y el último párrafo del art. 398-A (hoy derogado), decía que la inhabilitación tenía que ser puesto en conocimiento a la Corte Superior de Justicia y del fiscal Superior Decano para que proceda a *anular* el asiento de inscripción en el Libro de Registros, asimismo se disponía poner en conocimiento a la Universidad que otorgó el Título Profesional de Abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días, proceda a su *cancelación*. Se establecía una inhabilitación perpetua, una especie de "pena de muerte en la profesión".

- Por último, en el ***marco de la punibilidad*** se pueden encontrar algunas modificaciones, siempre –lamentablemente– con el objetivo de *agravarlos*[863]: en el art. 393 antes de 3 a 6 años, ahora de 5 a 8 años más inhabilitación en el primer párrafo, de 6 a 8 años en el párrafo segundo, y de 8 a 10 años más inhabilitación en el párrafo tercero; en el art. 394 antes de 2 a 4 años,

---

(863) Aun cuando los demás delitos reformulados no sean objeto de nuestro análisis debe decirse:
El delito de negociación incompatible del cargo (ahora ubicado en el art. 399), en lo que respecta al supuesto típico se le ha agregado un elemento subjetivo específico: "*en provecho propio o de tercero*". También fue agravado el marco penal: antes era solo de 2 a 5 años, actualmente es de 4 a 6 años más inhabilitación.
En el delito de tráfico de influencias (art. 400) se le agregan las siguientes frases: "*...o teniendo influencias...*" y "*...que ha de conocer*"; además se le agrega una circunstancia agravante en el segundo párrafo: "*Si el agente es un funcionario o servidor público...*". En ambos párrafos se agrava la pena.
En cuanto al delito de enriquecimiento ilícito (art. 4. 1), este ha sufrido cambios sustanciales en la redacción típica. Ahora prescribe: "*El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente*"; además la novedad también está en que se le agrega en segundo párrafo: "*Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresa estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional...*" En ambos párrafos se agrava la pena.

ahora de 4 a 6 años más inhabilitación en el párrafo primero, de 4 a 8 años más inhabilitación en el párrafo segundo, y de 5 a 8 años más inhabilitación en el párrafo tercero; en el art. 396 antes no menor de 4 años, ahora de 5 a 8 años más inhabilitación; en el art. 399 (hoy art. 397), antes 3 a 5 años, ahora de 4 a 6 años, en el primer párrafo y de 3 a 5 años en el segundo párrafo. Aunque también en forma mínima se ha tratado de *conservar* el marco punitivo: el art. 395 establece la misma penalidad: antes de 6 a 15 años más inhabilitación y multa, ahora también es de 6 a 15 años más inhabilitación y multa, con la creación de un nuevo marco penal en el segundo párrafo: 8 a 15 años más inhabilitación y multa.

3.1. Cohecho pasivo propio

El delito de cohecho pasivo propio reformulado está regulado en el art. 393[(864)] del Código penal peruano. Veamos sus aspectos esenciales:

a) En el primer párrafo del art. 393 (tipo básico) se pueden desprender en cuanto a los elementos objetivos en una conducta *antecedente* y una *subsiguiente*. En la primera, los elementos son: 1.- Solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja y 2.- Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja. Lo "pasivo" del *nomen juris* está precisamente en la descripción de los verbos rectores, el funcionario público "acepta" o "recibe" que implica indudablemente una actitud receptora, nunca puede –para este delito en particular– "exigir" ni "coaccionar" porque si no se estaría entrando al terreno típico de la concusión (art. 382 CP). Recibir implica una efectiva dación, traspaso, o entrega de donación, promesa cualquier otra ventaja o beneficio. Aceptar, en cambio, implica un pacto, cerrar trato, con

(864) Art. 393° *"El funcionario o servidor público que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas..."*.

alguna expectativa de recepción de algún medio corruptor, sea en forma verbal o por escrito, en forma explícita o implícita.

En el cohecho pasivo el funcionario público se limita a recepcionar lo que el cohechante activo le da, o lo acepta simplemente. En estas circunstancias el funcionario público es literalmente "comprado" por el otro, autor de cohecho activo (art. 397 CP). Por definición, el cohecho pasivo supone un convenio, explícito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario o servidor público[865], y es lo que lo diferenciaría, por ejemplo de la concusión que las cosas transitan al revés: es el funcionario público el que pretende algo del tercero, que es quien, víctima de la intimidación, es el exigido para dar o prometer un bien o beneficio patrimonial.

Los medios corruptores para este delito pueden darse de muchas formas: "donaciones", "promesas" o cualquier otra "ventaja" o "beneficio"[866]. Las donaciones son la liberalidad de una persona que trasmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra que la acepta; la promesa es la expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa; una ventaja podía ser: al sueldo del funcionario "sobreañadirle" al común que gozan otros.

En este punto, la jurisprudencia penal peruana ha señalado que es necesario que se precise cuál es el donativo promesa o ventaja recibidos por el funcionario público. Así *"En el delito*

---

(865) Véase, en este sentido, DONNA, tomo III, 2000, p. 243 "La oferta debe surgir del tercero, no del funcionario público". Asimismo, el fallo de la Cám. Acusación Córdoba, 08/08/1989, "Sosa, Ramón A", LLC, 1990-504: *"El cohecho pasivo es un delito de acción bilateral, supone una codelincuencia del funcionario con el tercero cohechante, un acuerdo, explícito o implícito,* ***propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario"*** (extraído de: ESTRELLA /GODOY LEMOS, tomo 3, 1996, p. 389).

(866) En el delito de tráfico de influencias (art. 400 CP peruano) también se prevé los mismos medios corruptores: *"...donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio..."*

de cohecho debe determinarse con precisión: a) quién o quiénes son los agentes de la administración pública que han incurrido en el hecho; b) describir puntualmente en qué consistió la acción u omisión funcional en la que ha incurrido; c) en qué consiste el elemento corruptor: cuál es el donativo, promesa o ventaja recibida; d) establecer la idoneidad del medio corruptor, y e) que haya una relación de causa-efecto entre el donativo promesa o ventaja con el accionar ilegal del servidor público. En el presente caso, el fiscal no ha señalado qué ventaja, donativo o promesa recibió cada uno de los acusados -del acusado Humala Tasso- para hacer o dejar de hacer un acto de función. Este elemento del tipo penal no tiene que ser una adivinanza, una conclusión deductiva o un supuesto ficticio, sino un hecho real, concreto, objetivo y preciso. Estas condiciones no existen: es tal el grado de imprecisión o de imputación efectuada, que resulta legalmente inviable establecer si la conducta de los acusados tiene carácter delictivo o no. Humala Tasso fue clasificado como interno sujeto al régimen ordinario antes de ser trasladado a Piedras Gordas, por lo tanto, al no haber sido reclasificado, mantenía dicha condición, y es bajo ese régimen que estaba ubicado en el Pabellón de Prevención, vale decir, legalmente no tenía la condición de preso sometido a régimen especial, sino ordinario, aun cuando estaba en un establecimiento penal de régimen especial, pues no es el establecimiento penal lo que determina la condición de detenido, sino la clasificación que le otorga el equipo técnico"[867].

En el Código penal argentino, en cambio, los medios corruptores son más específicos: "dinero", "promesa directa o indirectamente" o "cualquier otra dádiva". Cabe indicar que los medios corruptores para que sean capaces de consumar formalmente el delito de cohecho deben tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora. Por consiguiente quedarán

[867] Sentencia de la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima, (Exp. N° 06-2008)Lima, dieciocho de setiembre del dos mil doce.

como tentativas inidóneas[868] todas aquellas conductas que teniendo significación en términos de donativos o similares no tengan relación de causalidad con el acto violatorio de su función. En cuanto a los medios corruptores, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública de Argentina, menciona textualmente como regla general: (art. 18)*"Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática, la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere"*.

En cuanto a la modalidad subsiguiente del cohecho pasivo –una vez que el funcionario o servidor público haya aceptado o recibido cualquiera de los medios corruptores que prevé el tipo penal– esta tendrá una finalidad específica: 1.- Para hacer (acción) u omitir (omisión simple) una actividad que es propia de su función "infringiendo su deber funcional" que es lo que lo va a diferenciar del cohecho pasivo impropio, o 2.- Acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes funcionales.

---

[868] Se presenta en dos casos:

a) Cuando es ineficaz absolutamente el **medio empleado**: un medio puede ser tanto los "instrumentos" como a la "conducta" del sujeto. Ej. Una persona quiere matar a otra, y creyendo que le pone veneno a la sopa, le pone azúcar. O quien pretende causar un aborto aplicando a la mujer inyecciones analgésicas en la creencia que son idóneas.

b) El otro caso, por la impropiedad absoluta del **objeto:** Ej. El autor dispara sobre la víctima, que está durmiendo en la cama, cuando en realidad esta ya había fallecido. O la tentativa de aborto de una mujer no embarazada, o tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario. En conclusión: el art. 17 del Código penal peruano, no castiga esta clase de tentativa en función a que los actos ejecutivos *no crean peligro alguno* para el bien jurídico protegido, puesto que siendo *inidóneos* estos actos, la posibilidad del riesgo queda descartada desde el principio.

En la primera finalidad, el acto ha de ser futuro ("...***para*** *hacer u omitir...*"), no interesando para efectos consumativos que se cumpla tal finalidad. Al respecto, Soler señala, que debe existir un "...trato anterior al acto y entre aquel y el mismo debe mediar una relación de carácter interno, psicológico: el pago o la promesa han de ser recibido *para*, es decir, en consideración a una conducta futura del funcionario"[869]. En la segunda finalidad, en cambio, el agente público ha debido ejecutar el acto infringiendo sus obligaciones funcionales. En otros términos se trata de los casos de "pago posterior al cumplimiento del acto". Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si un funcionario público no interviene en un asunto y acepta o recibe una merced corruptiva para recomendar ese mismo asunto al colega que entiende de él, cometerá otra infracción penal (delito de tráfico de influencias), pero no cohecho pasivo. Asimismo, si el funcionario carece de facultades o competencia y aún así acepta o recibe una merced corruptiva, la conducta puede desplazarse al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) o a la estafa (art. 196). Este razonamiento se debe a que la misma ley lo precisa: art. 393 "*...un acto en violación* ***de sus*** *obligaciones (...) a consecuencia de haber faltado* ***a ellas...***", párrafo primero y segundo. En suma, la infracción a las obligaciones debe producirse a un acto determinado relativo a las funciones y facultades del agente público, que es precisamente el factor motivante para la iniciación de las maniobras corruptivas por parte del cohechante activo.

c) Lo más relevante del segundo párrafo del art. 393, producido a través de la reforma, es que el funcionario o servidor público *solicita* la oferta corruptora en forma directa o indirecta (delito de cohecho pasivo propio a pedido del funcionario). Solicitar significa "pretender, pedir o buscar una cosa con diligencia

[869] SOLER, ob. cit., tomo 5, 1992, p. 211.

y cuidado" o "pedir una cosa de manera respetuosa"[870]. En principio, la acción de "solicitar" estaba anteriormente en la fórmula originaria, pero adicionado –con el mismo marco penal– al verbo "aceptar". Ahora se ubica como una circunstancia agravante –por mayor disvalor de la acción– del tipo básico del art. 393 (la pena resulta superior –ahora– al tipo básico, que es no menor de 6 ni mayor de 8 años más inhabilitación). El texto modificado admite –correctamente– que las conductas peticionarias sobornantes que realiza el funcionario público resultan ser más reprochables ético-socialmente que simplemente recibir o aceptar algún medio corruptor. Habíamos dicho que los verbos "recibir" y "aceptar" pueden ser realizadas en forma directa o por persona interpuesta. Aquí, en cambio, la solicitud implica una actitud personal por parte de quien lo hace.

En esta parte el legislador ha empleado unos términos lo suficientemente firmes como para que se respete de forma obligada su lenguaje (por ejemplo: *solicitar directamente)*, pero, al mismo tiempo, utiliza expresiones flexibles como para que se pueda determinar su contenido y esencia en forma plural. Aquí entraría lo que el legislador peruano ha incorporado en el segundo párrafo: "*...solicita, directa o* ***indirectamente...***".[871] Esta última expresión puede interpretarse de dos maneras: puede admitirse "terceras personas" –particulares o funcionarios– en la ejecución del ilícito, o puede admitirse "solicitudes encu-

---

[870] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, tomo 2, Madrid, 1992, p. 1899.

[871] En este punto, se ha seguido en líneas generales, la redacción de la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción. Así, el art. VI, actos de corrupción, se establece: "*1) La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a)* ***El requerimiento*** *o la aceptación, directa o* ***indirectamente****, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas...*"

biertas" pero buscando la finalidad de que el cohechante activo haga la oferta corruptora –ofrecer, dar o prometer–. La primera interpretación resultará innecesaria a la luz del principio de economía legislativa, pues se entiende que, aun existiendo personas ajenas al "pacto venal" pero que colaboran o auxilian en la ejecución típica, estarían abarcadas por las reglas de la autoría y participación criminal.

En cuanto a la segunda interpretación habrá que decir, en principio, que cuando el funcionario público formula la propuesta nos apartamos del cohecho. Sin embargo puede existir la posibilidad de ciertas actividades facilitadoras del funcionario, previa a la formulación concreta de la propuesta corruptora por parte del cohechante activo. Estas actividades facilitadoras o solicitudes indirectas para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones se denomina, según la doctrina y jurisprudencia argentina, como "puente de plata". "Bajo este concepto –según Rimondi– quedarán comprendidas las insinuaciones o sugestiones más o menos hábiles o encubiertas, silencios y gestos sugerentes que pueda hacer el funcionario público para que la oferta corruptiva sea efectuada por el particular. Es decir que, dentro de la figura del cohecho, quedarán también atrapados los casos en lo que, previo a la propuesta del corruptor, el funcionario público tiende un "puente" de unión con este, dejando de lado formalidades propias de su labor, acortando la distancia entre ambos para facilitar la conducta posterior de su interlocutor"[872].

[872] Véase, en este sentido: RIMONDI, Jorge Luis; "*La doctrina del 'puente de plata' en el cohecho*", en: La Ley, Buenos Aires, 1999-B, p. 309. Este autor, sumamente crítico en la doctrina que afirma que en el cohecho la propuesta corruptora debe surgir siempre del particular: "La autoridad pública que detenta el funcionario *'per se'* lo coloca en una situación de prevalencia frente al particular. De tal modo, de surgir del primero la iniciativa de acuerdo, la voluntad del segundo se encontraría viciada por el dominio de la situación del funcionario público".

Se trataría, entonces, de actos preparatorios de mera expectativa realizados por el funcionario, destinados a que la otra parte inicie la ejecución del cohecho (activo). En ese sentido, lo que sanciona el legislador peruano es que la solicitud corruptora la comience el funcionario o servidor público, no importando cómo la haga –directa o indirectamente, explícita o implícita–. Entonces la pregunta que surge sería: ¿habrá cohecho pasivo una vez que el funcionario hizo la solicitud y el otro no efectiviza la contra-propuesta de ofrecer, dar o prometer? La respuesta es positiva. Entonces, en el Código penal peruano puede existir cohecho pasivo (propio, impropio, y específico), sin que exista la calificación de cohecho activo.

El hecho de que el funcionario público inicie las maniobras corruptivas, a través de la solicitud o pedido –que podría entenderse una actitud "activa"–, no le quita el calificado de "pasivo" en el delito de cohecho, pues aquel se caracteriza por la capacidad en la *recepción* de los objetos materiales corruptores: el funcionario público no podrá (auto) recibir ni (auto) aceptar –por más que lo haya pedido directamente– donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio si no existe *el otro* que lo haga realidad. En suma, se trata de un pedido, solicitud o sugerencia *para dejarse* corromper. Lo que sí la solicitud (pasiva del funcionario) no debe transformarse progresivamente en una "exigencia", "obligación", porque de ser así caería bajo uno de los verbos rectores de la concusión y entraríamos a una relación concursal[873].

---

[873] Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina: *"El nombre de esta figura no solamente proviene de la consideración del sujeto del delito (el corrupto), sino de que la acción de este consiste generalmente en una actitud pasiva: cuando el funcionario sale de esa actitud para entrar a requerir, imponer o procurar el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión, e inclusive para ciertos autores este detalle muestra una línea divisoria entre ambas infracciones"* CNCas. Pen, sala IV, 29-8-2000, "V.C.E s/Recurso de casación", c 1626, PJN Intranet, extraído: Donna, Edgardo Alberto (Dir.) Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública, 2004-I, Buenos Aires, p. 391.

La incorporación típica de la "solicitud" como forma agravada del cohecho pasivo trae consigo una incongruencia sistemática insalvable, porque como se ha dicho, el cohecho y la concusión –siendo esta por tradición más grave– tienen puntos obviamente diferentes en cuanto al supuesto de hecho; pero ahora, al elevarse la pena del delito de cohecho a petición del funcionario resulta casi idéntica la penalidad en estas figuras (art. 382 no menor de 2 ni mayor de 8 años y el art. 393 –párrafo segundo– no menor de 6 ni mayor de 8 años y el art. 394 –párrafo segundo– no menor de 5 ni mayor a 8 años). Resultaría, entonces, lo mismo –a efectos penológicos– "pedir" que "exigir" por parte del sujeto activo, algún tipo de beneficio económico.

c) Finalmente, en el art. 393 –tercer párrafo– del CP, y sin duda lo más destacable de la modificatoria legal es la incorporación de la figura del "cohecho pasivo propio condicionante o condicionado". Esto es, que el funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional, que puede ser acciones u omisiones, derivada precisamente del cargo o empleo que desempeña a la *entrega o promesa* de algún medio corruptor. Esto sería lo que ordinariamente se conoce como "me pagas y luego actúo". Definitivamente, constituye una agravante del cohecho pasivo simple, no por la calidad del agente, sino por la forma que adquiere la solicitud del funcionario para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Aquí necesariamente el cohechante activo tendrá que realizar materialmente –por la exigencia típica– la entrega o simplemente prometerle algún medio corruptor. Nótese que aquí los medios corruptores resultan ser más restrictivos: solo donativo o ventaja. Esta figura delictiva nuevamente produce una zona gris entre el cohecho pasivo y la concusión (implícita).

(Art. 393°): *El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad* ***no menor de tres ni mayor de seis años.***"

La fuente extranjera al que se remite el legislador nacional es la Suiza, el artículo 279° C.P. federal de 1918, manteniendo la descripción del Art. 349° del C.P. de 1924.

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 15), en el punto de soborno de funcionarios públicos nacionales, señala expresamente:

> *Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:*
>
> *a) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.*

El tipo solicita la calidad de funcionario público, para el sujeto activo y a decir de Manuel Abanto no puede ser sujeto pasivo cualquier funcionario público sino solo aquel que actúa en el ámbito de sus propias funciones[874].

El verbo rector del tipo es solicitar o aceptar, y para ser considerados como modalidad de cohecho tienen que ir acompañados de un ofrecimiento de venta de la función pública[875]. Por lo cual será solicitar, será requerir que consistirá en solicitar y aceptar, esta deber ser expresa y directa, no tiene que haber engaño.

El acto tiene que estar ubicado en un tiempo, esta será la ventaja que el funcionario solicita y acepta como contraprestación de un acto ilícito futuro o incluso pasado (cohecho antecedente y subsiguiente).

---

[874] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. ob. cit., p, 375.

[875] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. ob. cit., p, 378.

El tipo penal establece que el pago se realiza **para** practicar un **acto propio de su cargo**, que se entiende como el que por Ley, mandato o delegación legal y superior le compete al agente en el desarrollo de su rol funcional dentro del marco general de la administración pública[876]. Es decir con esto lo que se quiere decir es que en toda sociedad organizada las instituciones que forman parte de un Estado desempeñan un rol o una función pero esto no se hace de cualquier modo o forma, sino que están reguladas por normas que la circunscriben, de ahí que el hecho de informar de lo que ocurre dentro de una bancada congresal de ninguna manera pueda ser catalogada como función de una congresista, menos de una congresista electa. Es por todos conocido que el Derecho penal solo interviene como **última ratio** esto cuando las otras formas de control social han fracasado y esto se hace cuando se pone en peligro o se afecte un bien jurídico.

3.2. Cohecho pasivo impropio

El delito de cohecho pasivo impropio está regulado en el art. 394[877] del Código penal peruano, y lo que se reprime es la conducta del funcionario o servidor público que si bien está acorde con el ejercicio de su función, es decir no está prohibido su actuación, el origen de tal comportamiento está en una actitud forzada anteladamente por un factor corruptor que le propinó un particular o hasta otro

---

[876] ROJAS VARGAS, Fidel; ob. cit., p. 486, el autor cita una Ejecutoria Superior de fecha 11 de junio de 1998, (Sala de Apelaciones con Reos Libres de Lima) un caso de cohecho pasivo impropio consistente en haberle dado dinero el particular a la secretaria de un Juzgado para efectos de practicar una inspección ocular. Proceso que finalmente quedó solo a las puertas del Poder Judicial por haberse confirmado la Resolución que declara no ha lugar a la instrucción, al no haber podido la denunciante individualizar al destinatario de la dádiva.

[877] Art. 394: "*El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado.....*
El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado....

funcionario. La impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta sus obligaciones funcionales, es decir, la realización de la acción u omisión se produce dentro del marco legal y reglamentario. Más aun, no interesa finalmente que el funcionario o servidor público haga o deje de hacer de acuerdo a su competencia. Este delito requiere definitivamente –como en el anterior– de un trato previo. Alcanzará con la aceptación de una promesa o con la recepción por ejemplo del dinero u otra dádiva encaminada a los objetivos establecidos en la ley. En otras palabras, se trata que los objetos corruptores: donativo, promesa o cualquier otra ventaja envilezcan y desprestigien la función pública.

Se destaca, asimismo, en el segundo párrafo del art. 394, la figura del cohecho pasivo impropio a petición del funcionario, entonces vale lo dicho anteriormente. Por otro lado, en el Derecho argentino, el cohecho pasivo del art. 256[878] del Código penal no diferencia entre la propiedad e impropiedad de la obligación funcional, de manera que la calidad de legal o ilegal del acto resulta indiferente. Igualmente la Convención del 26 de mayo de 1997 relativa a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, al definir la corrupción pasiva en el artículo 2 dice que se da cuando "*...un funcionario público, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto de su función o un acto en el ejercicio de su función*".

---

[878] *Art. 256.- "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones".*

3.3. Cohecho pasivo específico

Se encuentra tipificada en el art. 395[879] –primer párrafo– del Código penal existiendo una delimitación del ámbito de la autoría que es casi exclusiva: magistrados, fiscales (estos comprenden a todas las instancias) peritos, miembros del Tribunal Administrativo y el tipo comprende también otros sujetos activos dentro del marco de la interpretación analógica. Como puede apreciarse, la calidad especial del sujeto activo está enfocado a aquellos que tienen conocimiento (funcional y territorial) y facultad para resolver determinadas situaciones confrontacionales, y se soslaya, por ejemplo, a otros tipos de funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública. En este contexto, ¿Será más grave el cohecho del Juez que el del Presidente de la República, Ministro o el de un Congresista?

Puede decirse que estos altos funcionarios encontrarían tipificación en el cohecho pasivo del art. 393, por lo de "funcionario público", pero la pena resulta ínfima: en el primer supuesto, es no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación. En cambio, en el cohecho pasivo específico (art. 395) que es donde debería estar el cohecho del presidente, ministro, etc. –y porque sería mucho más grave– la pena es no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación. Definitivamente, no resulta proporcional la pena del cohecho pasivo "genérico" aun el supuesto típico más grave (art. 393 –tercer párrafo) para los "altos funcionarios".

---

[879] *Art. 395. "El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia....*
El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directamente o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento...".

La conducta típica está circunscrita, en el segundo párrafo, a que el funcionario (específico) *solicite* los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador lo prevé, como en todas las anteriores, como una circunstancia agravante. Sin embargo, en el art. 395 CP –primer y segundo párrafo– se destaca que la aceptación o recibimiento de los medios corruptores pueden darse "*bajo cualquier modalidad*".

Se hubiera preferido quizá una tipificación integral del artículo 396[880] –corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales– con el artículo 395° que venimos comentando en razón de que ambos responden a una misma finalidad político criminal: "cautelar los niveles de parcialidad en el ámbito de la administración de justicia". En todo caso, el legislador ha creído conveniente que por razones de organización, estructura y jerarquía judicial, en uno existe un mayor disvalor del injusto penal expresado en su condición de sujetos que conocen y están facultados para administrar justicia, y de otro lado, un menor disvalor del injusto expresado en su condición de sujetos que prestan apoyo o auxilio a la función jurisdiccional, cuando en realidad son los secretarios judiciales los que por su cercanía y proximidad a los litigantes, cometen inescrupulosamente malos actos, en términos de estadísticas "ocultas", en contra de su función pública. En este sentido, en el Derecho argentino también se contempla el cohecho pasivo específico agravado por la calidad del agente receptor en el art. 257° del Código penal[881].

---

[880] *Art. 396.- "Si en el caso del artículo 395°, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a las anteriores...".*

[881] *Art. 257.- "Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia".*

IV. EL DELITO DE COHECHO COMO FORMA DE "ENCUENTRO" EN LOS TIPOS PLURIPERSONALES

Existe una "codelincuencia" necesaria entre el funcionario y el otro que ha practicado el cohecho activo. Especialmente complicada es la participación, ya que no se ha previsto una figura específica para los demás intervinientes o intermediarios (los llamados terceros ajenos), en este caso, el tercero ajeno "que colabore con el funcionario" (generalmente son otros funcionarios en competencia funcionarial) puede ser considerado "partícipe" de cohecho pasivo, dada la interpretación basada en la perspectiva del bien jurídico y de la lesividad de las conductas típicas, si el cohecho pasivo se reprocha al funcionario la "venta" de la función pública, todos los que colaboren con esta "venta" deben ser autores o cómplices, según su aporte.

El cohecho pasivo, que es un delito de acción bilateral, supone una codelincuencia del funcionario con el tercero cohechante, un acuerdo, explícito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario. Para que el funcionario incurra en cohecho, es indispensable que el particular cometa el delito de darle y ofrecerle una dádiva. Al respecto, invocamos la posición que unívocamente asume la doctrina y jurisprudencia argentina en relación a la llamada codelincuencia necesaria del delito de cohecho, la misma que plasmamos en las siguientes citas: "...la codelincuencia necesaria.- el delito de cohecho pasivo es de codelincuencia bilateral y necesaria. Para que exista tiene que haber un cohechante activo. En otras palabras: para que alguien haya vendido, alguien ha querido comprar..." Breglia Arias señala que "...el perfeccionamiento en el cohecho pasivo se logra con la aceptación o recepción, y esto exige dos personas..."[882]; por su parte Buompadre apunta que "A diferencia de las exacciones ilegales, debemos puntualizar que el cohecho pasivo es un delito de acción bilateral, de modo tal que la

[882] BREGLIA ARIAS, Omar; *Código penal y leyes complementarias,* Buenos Aires, 2003, pp. 632 y 633.

receptación por parte del sujeto activo forma parte de un convenio o pacto venal entre el cohechante y el funcionario"[883].

La doctrina ha clasificado en cuanto a los sujetos activos se refieren en: tipos unipersonales y tipos pluripersonales. En los primeros creemos que no habrá mayores problemas ya que constituyen la mayoría de los tipos de la Parte especial, es decir, aquellos que para la consumación se necesita de la intervención de un solo sujeto un activo que lleva adelante la conducta típica. En cambio los segundos –tipos pluripersonales– sí merecen especial consideración. Sus características generales son: a) varias conductas que componen el tipo penal; b) la estructura típica necesita de la intervención de dos o más personas; c) que dichas conductas formen parte del total del acontecer lesivo descrito en el tipo penal; d) que se trate de una única figura delictiva y de un mismo bien jurídico protegido (único delito); e) el reproche tendrá que ser personal, de manera que no tienen por qué correr idéntica suerte los demás intervinientes.

A los tipos pluripersonales también se le suele llamar "participación necesaria" o simplemente "codelincuencia". La expresión participación necesaria no es del todo exacta, porque puede tratarse en el caso concreto de una coautoría y porque la cooperación en cualquiera de sus formas con otra persona no precisa haber alcanzado el grado de participación criminal[884]. También no faltan autores que piensan que existen tipos en que se requiere necesariamente la intervención de sujetos que actúan como partícipes necesarios y, sin embargo, son

---

(883) BUOMPADRE, Jorge E.; *Delitos contra la administración de pública,* Corrientes, 2001, p. 186.

(884) En igual sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen Segundo.* Traducción y notas de Derecho español por Mir Pug y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 969. STRATENWERTH, Günther; *Derecho penal. Parte general. El hecho punible. I,* Traducción de Gladys Nancy Romero de la 2da. Edición (1976), Buenos Aires, 1999, p. 282. En la doctrina argentina: BREGLIA ARIAS, Omar/ GAUNA, Omar R.; *Código penal y leyes complementarias,* 2, Buenos Aires, 2001, p. 632, sostienen que el cohecho se trata de una codelincuencia necesaria.

impunes, junto a otros cuya intervención también es necesaria, pero que pueden ser tanto autores como víctimas (Vg. art. 97 Código penal argentino)[885]. Por otro lado, la expresión codelincuencia tampoco resulta conveniente ya que tiende más a comprender una terminología de la escuela positivista desprovista del verdadero alcance que debe tener.

A nuestro entender, la mejor expresión es la de tipos *pluripersonales* y a su vez estas pueden ser de dos maneras: delitos de "convergencia" y delitos de "encuentro". En los primeros, las conductas se dirigen unilateralmente a un mismo fin, por Ej. las asociaciones ilícitas. En los delitos de convergencia en virtud de la ley penal todos los intervinientes en la ejecución del hecho punible serán considerados como autores directos, coautores, según el grado de su intervención. Cabe resaltar que en estos delitos no se plantea el verdadero inconveniente de la intervención pluripersonal.

Donde sí habrá que tener especial interés es en los delitos de encuentro, que existe cuando hay varias acciones que son coincidentes con la dirección volitiva, ya que esas coincidencias se impelen recíprocamente entre sí, de tal manera que el "encuentro" produce el efecto consumativo del respectivo tipo penal. En los delitos de encuentro las conductas se cruzan, dando lugar de este modo a la tipicidad, en forma tal que es necesario determinar en muchos casos cuál es el papel que juegan los distintos protagonistas. Estos delitos se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo *colabore* con el sujeto activo para llevar adelante las exigencias típicas, por Ej. el delito de cohecho pasivo[886], porque para que exista como tal tiene que haber un cohechante

---

[885] Así, en este sentido: ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2000, p. 762.

[886] En contra, para el Derecho argentino: DONNA, tomo III, 2000, p. 214, quien sostiene que el delito de cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo. LAJE ANAYA / GAVIER, tomo III, 1996, p. 144, indican que la recepción o la aceptación de la promesa por parte del funcionario, es *subjetivamente convergente* con el fin perseguido por el autor del cohecho activo. Existen autores que explican que se trata de un delito

activo, más allá de que resulte o no punible con arreglo a las demás categorías dogmáticas del delito; otro delito sería el de bigamia, entre otros.

En el Derecho alemán, los delitos de encuentro se refieren a los supuestos del favorecimiento de acciones sexuales de menores (parágrafo 180 del Código penal), donde la ley únicamente señala pena, en preceptos particulares para determinados intervinientes, mientras que deja a los demás impunes. En tales casos, lo problemático en si de la esencia de la participación o del sentido del correspondiente precepto penal se deduce que el interviniente necesario tampoco pueda ser castigado por inducción o por complicidad, aunque desborde el papel que le atribuye el tipo de que se trate.

En esta línea de pensamiento, Jakobs comentando los pormenores de los delitos de encuentro, distingue varias modalidades: por un lado, en algunos delitos solo la interacción de varias personas de distinta trascendencia social hace posible un comportamiento delictivo frente al interviniente situado en posición de inferioridad. Por otro lado, distingue en la medida en que los partícipes son del mismo rango, en la cual habrá que distinguir de nuevo varias modalidades: cuando se trata de la prohibición de lesionar a otro incluso a pesar de la colaboración del lesionado; determinadas personas no pueden ser autores de un delito; si el motivo no excluye la responsabilidad por autoría es válido también para la responsabilidad del partícipe, también la participación es impune; entre otros[887].

La jurisprudencia alemana propugna la punibilidad del interviniente necesario, cuando el mismo induce al hecho a la otra parte o

---

bilateral. Así, SOLER, ob. cit., tomo 5, 1992, p. 207. NÚÑEZ, tomo V, II, 1992, p. 98.

(887) JAKOBS, Günther; *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 1997, pp. 840 y ss.

le ayuda en una "forma que sobrepase su papel"[888]. Es decir, según el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana: a) Si la intervención del sujeto pasivo *no sobrepasa* la participación que requiere el tipo, permanece impune la conducta; b) Si el sujeto pasivo *sobrepasa* la intervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma innecesaria, su conducta debe castigarse. En España, Mir Puig se aparta de este planteamiento y sostiene que si el sujeto pasivo constituye siempre el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar *en todo caso impune*[889].

V. LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIO EN EL CONTEXTO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Hemos visto las dificultades que plantea la intervención de un sujeto o varios sujetos cuando la estructura típica necesariamente exige tal "colaboración" para la respectiva consumación. Ahora nos enfrentamos con el siguiente inconveniente: cuando todas esas intervenciones se realizan en un contexto donde existe una estructura jerarquizada, con férreas normas de funcionamiento interno, donde el poder decisorio recae en su cúpula, que tiene además una multitud de medios y sujetos dispuestos para llevar a cabo sus fines no necesariamente lícitos, sino que lindan con lo delictivo, cumpliendo simplemente las órdenes dictadas desde arriba.

Sabido es que la distinción entre autoría y participación se complica gravemente cuando el delito es cometido ya no por varias personas cada uno con distinto grado de intervención en su realización delictiva, sino que esas mismas personas son integrantes de grupos u organizaciones en cuyo seno se han diseñado planes conjuntos o han decidido la realización de acciones delictivas. En consecuencia, la palabra "organización" resulta esencial en toda definición del llamado crimen or-

[888] JESCHECK, ob. cit., Volumen 2, 1981, p. 969.

[889] MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 208 (las cursivas son del texto original).

ganizado[890]. Empero, organización no significa necesariamente cierta ordenación jerárquica de sus integrantes, ni una clara delimitación de funciones y competencias internas en un esquema rigurosamente estructurado. Es decir, puede darse el caso que dichas normas y estructura organizativa no sean tan rígidas, sino que exista, más o menos, un grupo de individuos que se juntaron sobre la base de un reparto de roles y tareas, y que se elija a uno de ellos como su jefe o cerebro del grupo, seguramente por su capacidad y destreza técnica, con lo cual se plantea el discutido tema del "jefe de la banda" y su responsabilidad jurídico-penal en hechos ilícitos que cometan sus subordinados. Debe quedar fuera de la concepción de "criminalidad organizada" el concepto de "banda" que sería un grado menos en la organización.

Las Conclusiones del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el listado de delitos figuran diecinueve modalidades de la delincuencia organizada, entre ellos figura el soborno y cohecho de funcionarios públicos, soborno y cohecho de funcionarios de partidos políticos y soborno y cohecho de representante elegidos[891]. Existe, entonces, una criminalidad organizada para realizar delitos de cohecho, o mejor, asociaciones ilícitas para el soborno. En este sentido, en el contexto peruano la mencionada Ley 28355 también modifica la redacción del delito de asociación ilícita (art. 317° del Código penal) sancionando ahora al que "... *forma parte de una* ***organización***...", cuando antes solo se mencionaba el hecho de "...*ser miembro de la agrupación*".

Siguiendo en el Derecho peruano, cobra relevancia la temática de la criminalidad organizada en el ámbito funcionarial, pues la aplica-

---

[890] Es innegable el parentesco que existe entre las nociones próximas de delito de cuello blanco, económico o corporativo con el crimen organizado. Este parentesco ya estaba en el pensamiento de su fundador, Edwin SUTHERLAND, quien había señalado que, en el fondo, delito de cuello blanco siempre era crimen organizado (Así, VIRGOLINI, 2004, p. 187).

[891] En este sentido: BAIGÚN, David; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Buenos Aires, 2000, p. 12.

ción de algunas de las "Leyes anticorrupción" tienen como presupuesto la existencia, precisamente de una criminalidad organizada que se gestan "desde el Estado", por parte de sus integrantes (sobre todo la legislación anticorrupción apunta a aquellos funcionarios públicos que tienen la prerrogativa de acusación constitucional). En tal orden de ideas, por ejemplo, la Ley 27378 lleva como título *"Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la* ***criminalidad organizada"***. Asimismo, el art. 1 de la referida ley tiene su ámbito de aplicación en la medida que sean: *"1) Perpetrados por una pluralidad de personas o por* ***organizaciones criminales,*** *siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o* ***hayan intervenido funcionarios o servidores públicos*** *o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de estos"*. En otro contexto, la Ley 27379 establece que las medidas limitativas previstas en la Ley podrán dictarse, entre otros casos: (art. 1 numeral 1) a delitos perpetrados *"...por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o* ***hayan intervenido funcionarios o servidores públicos..."***. Reitera la misma Ley (art. 1 numeral 2) que *"...siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una* ***organización criminal"***.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El sistema de tipificación en el delito de cohecho llevado a cabo tanto en Argentina como en el Perú está pensado en modelos que ya no responden a tiempos actuales, esto es, que los funcionarios y servidores públicos eran fundamentalmente catalogados como honestos, que nunca podría dudarse de su honestidad, y que los particulares eran los verdaderos corruptos dentro de la administración pública y quienes, en definitiva, impulsaban al acometimiento ilícito de la "coima". Así, el empeño de algún sector doctrinal de seguir sosteniendo como regla general que en el cohecho como acuerdo vanal, debe necesariamente surgir de la iniciativa del particular corruptor, parece –actualmente– colapsar. Por tal motivo, el esquema de análisis del cohecho en los textos penales responden a una dualidad de *nomen juris* desfasada:

"activamente" al particular (quien lleva adelante la conducta corruptora) y "pasivamente" al funcionario o servidor público (que es quien se deja corromper). Pero esta realidad ha cambiado, y ahora en muchas ocasiones, es el mismo funcionario público quien toma la iniciativa y solicita directamente algún medio corruptor previsto por la ley.

La criminalidad organizada es todavía una grave asignatura que casi todos los Estados aún tienen tareas pendientes, que deben ser resueltos a través de un genérico cuadro de medidas para hacer frente a dicho fenómeno social y criminógeno. La criminalidad organizada es en el fondo un concepto criminológico, que abarcaría desde las manifestaciones mafiosas tradicionales a modernas formas de criminalidad características de la sociedad de riesgos: la criminalidad medioambiental, la economía financiera, o incluso el fenómeno de la corrupción. En tal virtud, en la criminalidad organizada pueden cometerse hechos punibles que tengan como objetivo afectar intereses de la administración pública. En consecuencia, actualmente los actos de corrupción no se producen, generalmente, en virtud de partes individuales, sino en virtud de "partes organizacionales" (empresas y organismos públicos), donde lo "activo" y "pasivo" de la realización típica del cohecho responden a intereses de grupo. En todo caso, habría que hacer la distinción entre un "acto" o un "caso" de corrupción que en líneas generales resulta compatible con la redacción del modelo penal de definir actos individuales, con la de "sistemas" de corrupción.

Hay una diferencia social y política fundamental entre los delitos vinculados con la corrupción y la comisión de algunos delitos convencionales, como el homicidio. En este caso, salvo situaciones excepcionales, no es habitual que los habitantes de una sociedad maten a otros. El Estado previene esa violencia y finalmente las agencias de control formal se ocupan de detectar y en su oportunidad de sancionarlos. En el fenómeno de la corrupción el punto de vista gira en torno diferente, porque las conductas que tienen como objetivo sobornar (a funcionario público) tienen como característica la habitualidad y son, muchas veces, tolerados socialmente que otros delitos.

La autoría y la participación en el seno de organizaciones (como en el caso Eichmann) sin lugar a dudas, trae a colación la figura de "autores de detrás del autor" (autor mediato con ejecutor directo doloso, o mejor dicho: "arriba del autor"). En otras palabras, uno de los problemas que debe enfrentar la autoría mediata en estructuras jerárquicas, es cuando el instrumento humano –el subordinado– obra consciente y voluntariamente en el hecho criminal. Esto nos lleva a la temática, aún no resuelta en la doctrina con claridad, del denominado "instrumento doloso" *(doloses werkzend)*[892]. Como bien señala Rodríguez Mourullo, una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto de autor mediato y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediata[893]. Pues

---

[892] En el instrumento doloso se distinguen dos situaciones:
a) Si el ejecutor directo actúa con la voluntad requerida por el dolo pero sin la especial intención o elemento subjetivo distinto del dolo o del injusto que requiere el tipo penal ("***instrumento doloso sin intención***"). Son razones subjetivas que lo impiden. Para suplir esto, se propuso considerar autor mediato al instigador y cómplice al ejecutor inmediato.
b) Si el ejecutor directo, actúa con pleno conocimiento, pero no concurre la cualidad personal que el tipo exige para ser autor idóneo ("***instrumento doloso no cualificado***"). Son razones objetivas. A su vez cabe distinguir dos casos: posible autoría mediata del sujeto no cualificado (*extraneus*), que se sirve de un cualificado (*intraneus*) para realizar un delito especial y posible autoría mediata del *intraneus* que se sirve del *extraneus* para realizar el delito. En el primer caso, se parte de la premisa de que los delitos especiales no pueden ser cometidos por cualquier persona, vale decir, quien no puede ser autor directo, no puede ser autor mediato. En delitos especiales propios, como el instrumento no realiza un hecho principal en el que fundamentar la responsabilidad del extraño, no cabe acudir a la inducción ni a la complicidad, por lo que la conducta del instigado sería impune. En los delitos especiales impropios, por el contrario, no habría problema en considerarlo autor mediato o indirecto del delito común básico que aparece conectado con el delito especial. En el segundo caso, nada impide que un sujeto cualificado utilice a otro no cualificado como instrumento para cometer un delito especial. Acá impera el principio inverso del caso anterior, quien puede cometer un delito por sí mismo, puede realizarlo a cabo también mediante un instrumento. Quedan exceptuados los delitos de propia mano.

[893] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *"El autor mediato en Derecho penal español"*, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1969, p. 467.

el recurso de la autoría mediata acabaría sustituyendo la responsabilidad individual por una difusa responsabilidad colectiva.

Lo que sí es claro, es que en la autoría mediata en estructuras jerárquicas puede admitirse una coautoría, ya que no debería existir ninguna contraposición entre uno y otro concepto (coautoría entre autores mediatos). Ahora bien, cada actividad del aparato que se prolongue de modo no autónomo puede tener el efecto de fundar una participación. Quien solamente actúa en función de consejo, quien proporciona medios de existencia será considerado cómplice. De la misma forma el denunciante que está fuera del aparato solo es un instigador, porque él puede influir en la decisión de otro a cometer delitos[894]. El dominio de la organización necesita, en definitiva, una mejor fundamentación (¿se trata de una fungibilidad "abstracta posterior" en vez de "concreta"?), que entienda normativamente el principio de la responsabilidad. No debe olvidarse, además, que en el autor mediato –no en el instrumento– también deben concurrir todos los elementos de la culpabilidad como en cualquier supuesto de imputación individual.

VII. ALGUNOS ASPECTOS EN TORNO A LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO (ART. 393° DEL CÓDIGO PENAL)

1. LO QUE SE REPRIME EN EL DELITO DE COHECHO (ACTIVO Y PASIVO) ES EL "PACTO VENAL"

Se tiene que definir a efectos de determinar una imputación jurídica penal, si se trata de "aceptación" o una "solicitud", ya que la iniciativa o la oferta corruptora también puede provenir del cohechante activo. Al respecto, también es importante la definición de la imputación en los extremos mencionados, ya que la solicitud es una conducta activa, mientras que la "aceptación" es una conducta pasiva.

---

[894] ROXIN; *"Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados"*, cit. p. 407.

Finalmente, el momento consumativo en el delito de cohecho resulta importante no solo para imputar la comisión del ilícito del autor, sino también para determinar en qué momento del *iter criminis* ha tenido lugar la participación del cómplice y, de esa manera, medir el grado de participación del mismo. El tipo penal en cuestión alberga dos supuestos claramente diferenciados: uno de carácter "unilateral", mediante el cual el funcionario solicita una "ventaja", y otro de "cohecho" que exige del sujeto pasivo que "acepte" la ventaja ofrecida por otro, en ambos casos existe una contractualidad en sentido amplio, no necesariamente como acuerdo perfeccionado de voluntades, sino como una "declaración" de parte del funcionario de querer perder la función pública.

Lo que reprime el delito de cohecho es el pacto que ha realizado el funcionario público con el cohechante activo. Al respecto, Rimondi anota que "...la licitud o no de la actividad comprometida carece de relevancia a los fines de la configuración del cohecho. Ello es así, en atención a que lo que reprime este delito es la venalidad en el manejo de la cosa pública. En consecuencia, no es necesario para su tipificación que la conducta acordada sea lícita, dado el fundamento del reproche penal corruptor"[895]. Este mismo autor sostiene que "...el contenido del acuerdo venal debe consistir en un acto u omisión que el funcionario se encuentre facultado a realizar; es decir, que, para que se configure el cohecho, el acto u omisión deben encontrarse dentro de la competencia material y territorial del funcionario público[896]. Esto ya fue dicho en su momento por Alcocer Povis/Reátegui Sánchez en el sentido que "...el núcleo fundamental del delito bajo estudio reside en la obtención de un acuerdo injusto, momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional"[897].

---

[895] RIMONDI, Jorge Luis; *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, 2005, p. 69.

[896] RIMONDI, ob. cit., 2005, p. 69.

[897] ALCÓCER POVIS, Eduardo / REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *"El delito de cohecho en el Perú. Comentarios a propósito de la Ley N° 28355"*, en. Actualidad jurídica, tomo 134, enero, 2005, p. 271.

Este pacto venal no tiene generalmente porqué efectivizarse en una contraprestación de los medios corruptores. Así, la Sentencia, Expediente Número 0131-21-2002, San Salvador, del 24 de abril del 2002 tiene dicho que "El núcleo fundamental del injusto en el delito de cohecho reside en la obtención del 'acuerdo injusto', porque es el momento en el que se conculca el principio de imparcialidad, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a la futura adopción de un acto propio del cargo, el legislador ha equiparado el acuerdo a su intento, que desde la perspectiva del bien jurídico propuesto integra una mera puesta en peligro. La solicitud del funcionario no seguida de una aceptación de la propuesta por el particular no es capaz de cercenar el principio de imparcialidad, aunque sin duda pone de manifiesto la voluntad del funcionario, que intentó el pacto, de adoptar una posición parcial de mediar una gratificación. El cohecho es un delito de conductas mixtas alternativas".

En otras palabras, si nos adherimos a la tesis –mayoritaria[898]– de que el delito de cohecho es un delito de mera de actividad y delito de peligro abstracto y que, en realidad, lo que sanciona el cohecho es el "pacto venal"; podemos afirmar que mera la "solicitud" o la "aceptación" de la promesa por parte del funcionario público constituiría el acto consumativo del delito de cohecho pasivo propio. El injusto penal del delito de cohecho es un injusto formal, agotable en el acto de solicitar o aceptar. Cabe también recalcar que el delito de cohecho en general, no admite tentativa y que todos los actos anteriores a la consumación de la acción típica, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes, ya que el delito en mención, sea cohecho activo o pasivo, es de pura actividad.

---

[898] Véase por todos: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *"Delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada"*, en: Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública, Santa Fe, 2004-II, p. 317.

La doctrina del pacto venal al ser apreciado –correctamente a nuestro entender– como un acuerdo de voluntades, trae como consecuencia inevitable que el delito de cohecho pasivo –propio e impropio– se "agote" con el mero consentimiento de las partes involucradas (cohechante activo y pasivo). La influencia del pacto venal es de tal magnitud en el delito de cohecho que hace que se hable de "participación necesaria". Por otro lado, aun cuando en los hechos concretos aparezcan muchos pagos por ejemplo ejecutados en distintos momentos, no se debe perder de vista que la consumación del delito de cohecho pasivo es única e intransferible; es decir, el cohecho, y así lo ha reconocido la mayor parte de la doctrina se trata de un delito instantáneo, y el efecto inmediato de esta modalidad es que se agota en un solo acto. Ahora bien, esta instantaneidad del pacto venal no resulta incompatible con la presencia de una continuidad delictiva en la ejecución del delito de cohecho (delito continuado o concurso real homogéneo o heterogéneo).

Asumir la tesis del pacto venal, como concepto general en el delito de cohecho, implica asumir para la dogmática jurídico-penal que se esté hablando de dos consecuencias relevantes:

- Primero, que estamos ante un delito de mera actividad y no de un delito de resultado lesivo; y
- Segundo, que estamos hablando subjetivamente de un delito de intención o llamados también de tendencia interna.

2. LOS SUPUESTOS TÍPICOS DEL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO DEL ARTÍCULO 393° DEL CÓDIGO PENAL. ESPECIAL MENCIÓN AL MEDIO CORRUPTOR "ACEPTAR"

Si la tentativa es la conducta punible que se halla entre la preparación no punible y la consumación del delito, la consumación supone la completa realización del tipo penal, pues de la configuración del respectivo tipo dependerá en qué medida el autor deba realizar su resolución criminal para alcanzarla. Por ello, como bien sostienen Zaffa-

roni/Alagia/Slokar "...la determinación del momento consumativo presenta dificultades que deben ser resueltas por lo regular en la parte especial"[899].

Los supuestos típicos hasta antes de la reforma penal de octubre del 2004 son los siguientes:

a) *Primer supuesto delictivo*:

Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar ***(a futuro)*** un acto en violación de sus obligaciones. Dentro del primer supuesto delictivo, hay que destacar, además, dos modalidades conductuales que, alternativamente, pueden ser ejecutadas por el sujeto activo:

- El funcionario o servidor público que "solicita".
- El funcionario o servidor público que "acepta".

B) Segundo supuesto delictivo:

Solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja para omitir ***(a futuro)*** un acto en violación de sus obligaciones.

Las modalidades conductuales que, alternativamente, pueden ser ejecutadas por el sujeto activo:

- El funcionario o servidor público que "solicita".
- El funcionario o servidor público que "acepta".

C) *Tercer supuesto delictivo*:

- Aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja a consecuencia de haber faltado ***(en pasado)*** a sus deberes.
- El funcionario o servidor público que "acepta".

Las modalidades conductuales del cohecho pasivo propio, primer párrafo, del artículo 393° del Código penal (según la última modificatoria de la Ley 28355 del 06 de octubre del 2004) son las siguientes:

---

[899] ZAFFARONI; Eugenio Raúl /ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro; *Derecho penal. Parte general,* Buenos Aires, 2002, p. 820.

a) El funcionario o servidor público que "acepte" donativo, "promesa" o cualquier otra ventaja o beneficio.

b) El funcionario o servidor público que **"recibe"** donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

c) El funcionario o servidor público que **"acepte"** a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

Las modalidades conductuales del cohecho pasivo propio, segundo párrafo, del artículo 393° del Código penal (según la modificatoria de la Ley 28355 del 06 de octubre del 2004) son las siguientes:

a) El funcionario o servidor público que **"solicita"** promesa o cualquier otra ventaja.

b) El funcionario o servidor público que **"solicita"** a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

Ahora bien, el panorama presentado a los rigores de la doctrina penal dominante, en lo que respecta a la "promesa" o la "otra ventaja" solicitada o aceptada por el autor, el tipo penal en cuestión solamente exige la "aceptación" o la "solicitud" de cualquiera de ellas, las que pueden aplazarse o incumplirse, pero ello no impide la consumación del delito; su cumplimiento solamente constituye el "agotamiento" del delito[900].

Bernal Pinzón apunta que: "de otra parte, es evidente que, en cuanto hace a la conducta que consiste en la 'aceptación de la promesa', es suficiente que el funcionario haya aceptado; basta con el simple acuerdo de voluntades para que el delito se consume" [901]. Abanto Vásquez manifiesta que: "aceptar" se refiere tanto a la entrega inmediata de un bien, como a la promesa de un cumplimiento futuro. El primer caso es lo que se conoce en otras legislaciones como "recibir", o sea

---

[900] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2003, p. 433.

[901] BERNAL PINZÓN, Jesús; *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Temis, 1965, p. 124.

entrar en la tenencia material del objeto que la otra parte ofrece con la voluntad de hacerlo suyo (traslado físico de bienes). La "aceptación" no requiere ninguna formalidad propia del derecho civil. P. ej. si se trata de un inmueble, no es necesaria la inscripción en los registros públicos. También hay "aceptación" cuando el funcionario recibe los bienes con la reserva de devolverlos eventualmente..."[902]

Por su parte, Frisancho Aparicio / Peña Cabrera afirman que "cuando el tipo de cohecho pasivo se refiere a la aceptación de dádivas, promesa o cualquier otra ventaja, significa que el agente aprueba la solicitud venal de un tercero. En este supuesto, el funcionario pretende cerrar el acuerdo injusto con la intención de obtener la ventaja. No se exige la efectiva recepción de la ventaja sino únicamente que entre el funcionario y particular se haya alcanzado un acuerdo sobre las prestaciones a intercambiar: la dádivas, promesa o ventaja y la realización u omisión de un acto en violación de las obligaciones funcionales"[903]. También Olaizola Nogales sostiene que: "La mayoría de la doctrina distingue la aceptación de la recepción desde un punto de vista temporal. De forma que aquella conducta típica consistiría en aceptar la futura dádiva o presente. Así, mientras en la recepción el funcionario recibe algo de carácter material, en la aceptación el funcionario recibe una declaración de voluntad del particular en la que se compromete a darle algo en el futuro"[904].

Donna, opina que "en cambio, acepta el funcionario público que admite que en un futuro va a recibir lo que se le promete. De todas formas, ambas actividades tiene un común que se trata de una actividad pasiva del funcionario, que tiene directa relación con el nombre del delito";[905] así Bernal Pinzón apunta que "de otra parte, es evidente

---

[902] ABANTO VÁSQUEZ, 2001, p. 379.

[903] FRISANCHO APARICIO / PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal, Delitos contra la administración pública,* Lima, 1999, p. 319.

[904] OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho,* Valencia, 1999, p. 257.

[905] DONNA, Edgardo Alberto; *Delitos contra la administración pública,* Santa Fe, 2002, p. 215.

que, en cuanto hace a la conducta que consiste en la 'aceptación de la promesa', es suficiente que el funcionario haya aceptado; basta con el simple acuerdo de voluntades para que el delito se consume"[906].

La Segunda Sala Penal Transitoria (R.N. 1091-2004 de fecha 22 de marzo del 2005) tiene dicho lo siguiente:

> "Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventitrés del Código penal tiene como verbo rector entre otros el término 'aceptar', el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento de quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario".

La "solicitud"-"aceptación" de los medios corruptores hace que el delito de cohecho se trate de un tipo penal alternativo. Las modalidades típicas incriminadas en el artículo 393° del Código penal, es decir, la "solicitud" o la "aceptación" que realiza el funcionario y servidor público es ya la consumación típica del cohecho pasivo propio. Por lo tanto, tiene que definirse, para efectos de determinación una imputación jurídico-penal, si es "aceptación o si es "solicitud", pues si hubo antes aceptación esto no implica que antes hubo solicitud, ya que la iniciativa y la oferta corruptora lo pudo tener el cohechante activo. También es importante la definición de la imputación en los extremos mencionados ya que la solicitud es una conducta activa, mientras que la aceptación es una conducta pasiva.

---

[906] BERNAL PINZON, ob. cit., 1965, p. 124.

3. EL ITER CRIMINIS DEL DELITO DE COHECHO PASIVO (PROPIO COMO IMPROPIO). A LA VEZ UNA FUNDAMENTACIÓN A TRAVÉS DEL DELITO DE MERA ACTIVIDAD

El Derecho penal en correspondencia con su misión fundamental de protección de bienes jurídicos, no solo debe actuar cuando se ha producido el daño (lesión del bien jurídico), sino que debe hacerlo también cuando existe un inmediato peligro para este. Peligro que puede tener dos momentos puntuales: en primer lugar, referido a la "tentativa" y en segundo lugar, al "peligro". El momento consumativo en el delito de cohecho resulta importante no solo para imputar la comisión del ilícito al autor, sino también para determinar en qué momento del *iter criminis* ha tenido lugar la participación del cómplice, y de esta manera medir el grado de participación del mismo. Todo delito doloso recorre distintos grados en su realización, desde que aparece la primera idea de cometer el delito hasta su consumación. Este proceso de realización del delito es denominado comúnmente por la doctrina como *iter criminis*. El delito es un fenómeno psíquico-físico, ya que puede surgir en la mente del autor, se exterioriza a través de la ejecución de una acción que puede producir un resultado típico.

El problema se complica cuando se trata de delitos de mera actividad y de peligro abstracto, que son punibles los estadios previos a la consumación. Es aquí donde surge la pregunta, ¿Desde qué momento es punible una conducta que no logra consumar un delito? Por el contrario, si se tiene en cuenta que se exige dentro del tipo penal el peligro potencial, por tratarse ahora de un delito de peligro, se considera que no cabe la tentativa. En suma, estimamos que la aceptación o no de las formas del *iter criminis* anteriores a la consumación en los delitos de mera actividad no puede realizarse sino partiendo de las singularidades de cada una de ellas presentes en el Código, no ya de las singularidades de los delitos de mera actividad[907].

[907] ACALE SÁNCHEZ, María; *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000, p. 301.

La consumación formal es la plena realización del tipo en todos sus elementos, significa que el agente alcance el fin típico planeando mediante los medios que utiliza. La consumación solo estaría dada por el pacto venal, es decir con la **mera actividad** del acuerdo ilícito. La consumación del delito se producirá con independencia de la efectiva práctica del acto objeto de cohecho, incluso cuando ni siquiera se ha dado inicio a la ejecución de la acción u omisión constitutiva de delito. Los delitos de mera actividad (que pueden ser tanto conductas activas como pasivas) se realizan generalmente con movimientos externos del sujeto activo. No necesitan proyectar un resultado lesivo en los bienes jurídicos tutelados para definir su perfeccionamiento típico.

Abanto Vásquez sostiene que: "Es cierto que la consumación se produce ya con la mera "solicitud" o con la "aceptación" (de promesa o de la entrega de un bien) debido a que lo que en realidad se pena es el pacto venal"[908]. Del mismo modo, Bernal Pizón afirma que: "La verdad es que toda la esencia del cohecho está en esa especie de *pactum sceleris* celebrado entre el *extraneus* (particular) y el *intraneus* (funcionario); sin esa especie de pacto no es dable la configuración del cohecho. Si el cohecho, en su esencia, no es más que la venta de un acto público –tal como lo sostienen hoy todos los doctrinantes del Derecho..."[909].

Castillo Alva sostiene que "...no debe olvidarse que el delito de cohecho es un delito de **simple actividad** que se consuma con la sola realización de una conducta que, en este caso, es el solicitar o aceptar el donativo"[910]. Agrega además, que el "...delito se consuma cuando el funcionario público pide una suma de dinero o cualquier otra ventaja,

---

[908] ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, pp. 540 y 452.

[909] BERNAL PIZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Bogotá, 1965, p. 111.

[910] CASTILLO ALVA, José Luis; *"El caso Kouri – Montesinos. Algunas preguntas sin responder: ¿Un candidato al congreso es un funcionario público?, ¿existe el acuerdo previo?"*, en: Diálogo con la jurisprudencia, Especial sobre los funcionarios públicos y el delito de corrupción de funcionarios, Lima, p. 37.

independientemente de si el tercero a quien va dirigida dicha solicitud acepta o no el pedido. Existe un delito perfecto cuando el funcionario público pide una suma de dinero a pesar de que la otra persona rechace el pedido ya sea por estar en desacuerdo completamente con él o porque lo considera una suma muy elevada"[911].

Por su parte, la doctrina nacional e internacional ha dicho enfáticamente que el delito de cohecho pasivo propio es un delito de mera actividad y la técnica legislativa empleada, generalmente es la de delito de peligro abstracto: Portocarrero Hidalgo dice: "en el primer caso, el delito se consuma cuando el agente solicita o acepta el donativo o la promesa, no es necesario que la petición sea aceptada ni recibida la dádiva, el pago puede haberse inclusive después que el cohechador ha realizado el comportamiento, ni menos que empiece la ejecución del acto comisivo u omisivo;..."[912]. También Frisancho Aparicio / Peña Cabrera sostienen que el "...delito se consuma –para el funcionario– con el mero hecho de solicitar, aunque el destinatario no acceda a su demanda, y también, con aceptar el ofrecimiento o promesa aunque no llegue a concretarse. este delito alcanza la plenitud con el solicitar, aceptar o recibir y no se necesita verificación del delito acordado. Se trata de un delito de mera actividad, lo que hace imposible la tentativa. Como en todos, los delitos de mera actividad, la acción y la perfección del tipo se confunden, por lo que en el acto típico, va ínsita la perfección típica"[913]. Parra Gutiérrez afirma que en el "...cohecho en la modalidad de aceptar una promesa remuneratoria, es un delito de carácter formal, pues no se requiere para su perfeccionamiento, que el servidor público reciba lo prometido, pues basta que simplemente acepte la promesa remuneratoria, de una parte, y de la otra, que el servidor público

---

[911] CASTILLO ALVA; *"El caso Kouri – Montesinos. Algunas preguntas sin responder: ¿Un candidato al congreso es un funcionario público?, ¿existe el acuerdo previo,* cit., p. 37.

[912] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública,* Lima, p. 208.

[913] FRISANCHO APARICIO / PEÑA CABRERA, ob. cit., 1999, p. 321.

retarde u omita un acto contrario a sus deberes, pues basta que haya un acuerdo de voluntades entre el servidor, y el particular"[914].

La consumación es meramente jurídico-formal y se realiza en el instante mismo en que el sujeto activo externaliza los movimientos. Rojas Vargas dice que "el delito instantáneo es aquel cuya consumación se identifica con la terminación del mismo, es decir, no es posible una progresión consumadora...lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico dure en el tiempo o sea susceptible de reiteración en la misma fase consumatoria"[915]. Por su parte, la consumación material o terminación del delito, es aquella en la que el autor no solo realiza todos lo elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía. En la medida en que esta consumación material está más allá de las previsiones típicas, carece de relevancia jurídico penal; es el llamado delito agotado.

La consumación es una cuestión que afecta solamente a la tipicidad. Si el tipo penal exigiera ocasionar un perjuicio efectivo (esto es el perjuicio como un elemento del tipo), por tratarse de un delito de resultado, sí sería posible hablar de tentativa, puesto que hay tentativa cuando el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo. Cabe también recalcar que el delito de cohecho en general, no admite tentativa y que todos los actos anteriores a la consumación de la acción típica, aunque se encuentren directamente relacionados con su perpetración, no pasan de ser actos preparatorios impunes, ya que el delito en mención, sea cohecho activo o pasivo, es de pura actividad (no requiere resultado alguno, ni siquiera la aceptación de la propuesta).

Como hemos dicho, esto es compartido por gran parte de la doctrina penal, y algunas legislaciones penales ya incorporan que los delitos

---

[914] PARRA GUTIÉRREZ, Wiliam René; *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, 1998, p. 132.

[915] ROJAS VARGAS, Fidel, ob. cit., p. 423.

de cohecho pasivo son delitos de mera actividad. Así: El Código penal colombiano del 2000 prescribe que: *"El servidor público que reciba para sí o para otro dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente,* ***para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales..."***. Como puede verse, no hay aquí tampoco ningún tipo de resultado material, es un delito de mera actividad. Asimismo, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción, en su artículo VI establece que: *"1.- La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción. a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad* ***a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas...***"

Habrá que destacar también que los Miembros de la Comisión de Levantamiento de Inmunidad Parlamentaria sostienen (junio 2005), en el caso "Jorge Mufarech", expresaron lo siguiente: "...el delito de cohecho propio siendo de mera actividad es de tendencia interna trascendente (Reaño, Jus et Veritas, 2001, N° 23, p. 288), pues ese sentido de la preposición 'para', no resultativo, se consuma a propósito de realizar el verbo rector correspondiente, no siendo necesario el resultado efectivo o la materialización de la 'contraprestación' por parte del funcionario involucrado, siendo así lo que haya ocurrido en el caso que nos ocupa, en el trámite posterior al audio, del expediente que afecta al contertulio Croussillat López Torres y su empresa televisiva, al no integrar el tipo, no debe servir de base al señalamiento de responsabilidades".

Resulta ilustrativa la sentencia de la Corte Suprema, Sala Penal Especial, en el Expediente N° 14-2001, de fecha 13 noviembre 2002, Caso "Mantilla Campos" cuyo Considerando Décimo tiene sentado lo siguiente: "Que en este acuerdo corruptor bilateral, se sanciona tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo, siendo suficiente para su consumación la expresa aceptación o acuerdo entre el oferente y el aceptante,

descrito ya individualmente para cada caso, por lo que, siendo un delito de peligro concreto, *de mera actividad, no requiere que el resultado de la acción indebida prometida sea analizado en su estado final, siendo irrelevante que se haya producido o no conforme al de sus contratantes".*

Consecuentes con lo afirmado de que la consumación formal del delito de cohecho se realiza con la solicitud-aceptación de los medios corruptores, lo que venga posteriormente, solo tiene efecto en la determinación judicial de la pena. Es decir, el injusto penal ya está afirmado y por lo tanto consumado, y la posterior entrega de lo acordado en el pacto venal formará parte de la mensuración de la pena. Quizá mayor pena, pero dentro del marco legal que impone el art. 393 del Código penal. El efectivo pago de lo acordado tiene relevancia ya no en el "delito", sino más bien en la "pena". En este sentido, el artículo 46° del Código penal dice al respecto: *"Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad...".* Específicamente el inciso 4 del mismo artículo 46° precisa *"la extensión del daño o peligro causados".*

4. SUBJETIVAMENTE EL DELITO DE COHECHO PASIVO (PROPIO E IMPROPIO) ES UN DELITO DE TENDENCIA INTERNA TRASCENDENTE, O LLAMADO TAMBIÉN DELITOS DE INTENCIÓN

Según Villavicencio Terreros, los delitos de tendencia interna trascendente (delitos de intención) se diferencian en: delitos de resultado cortado y delitos mutilados de dos actos[916]. Estos delitos quedan consumados cuando se produce el resultado típico, no siendo necesario que el agente consiga realizar su específica tendencia trascendente. Los delitos de intención son aquellos en los cuales se reconocen la presencia

[916] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho penal. Parte general*, Lima, 2006, p. 375.

de un mayor elemento subjetivo en la tipicidad. El elemento subjetivo concerniente a lo ilícito sirve para caracterizar el tipo legal precisando sus relaciones con el bien jurídico protegido o determinando mejor la acción, el objeto del delito, el *animus* del agente[917]. Los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son intenciones que exceden del puro querer y conocimiento de la realización del tipo objetivo. Los delitos de intención también son llamados delitos incongruentes, porque lo que el legislador reprocha es la intención que tiene el sujeto (funcionario o servidor público).

5. TIPOS CONGRUENTES Y TIPOS INCONGRUENTES

Hay tipos que tiene mucha carga objetiva iguales, (error de tipo).

Hay tipos que tienen mucha carga subjetiva (tentativa, delitos de intención como el cohecho).

Específicamente, en el delito de cohecho pasivo, al margen de que el funcionario público haya realizado las violaciones a sus obligaciones funcionales, el momento punitivo lo constituye el pacto venal, y dicho pacto está relacionado con el elemento subjetivo. Así, Creus dice que el "...dolo prácticamente se determina en el acuerdo"[918]. En este punto también Buompadre afirma que el "...aspecto subjetivo del delito se conforma con el conocimiento por parte del funcionario y la voluntad de actuar en función del acuerdo venal, al recibir el dinero del soborno o aceptar la promesa directa o indirecta del tercero corruptor, en el marco de un verdadero pacto ilícito, que compromete la actividad de aquel (hacer, retardar u omitir algo relativo a sus funciones), según lo acordado. no es condición necesaria la predisposición del agente de cumplir con lo pactado"[919]. Terragni dice que el delito de cohecho

---

[917] HURTADO POZO; José; *Manual de Derecho penal. Parte general*, I, Lima, 2005, p. 452.

[918] CREUS; ob. cit., p. 288.

[919] BUOMPADRE, Jorge E.; *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, 2001, pp. 190 y 191.

"se trata de una intencionalidad, que desde un punto de vista lógico y quizá también temporal, está en primer lugar en el ánimo del particular corruptor, pero también en la del agente corrupto, que debe ser consciente de que aquello que se le entrega o acepta constituye una contraprestación y responde a una causa fin: el cumplimiento por su parte de una conducta positiva u omisiva relacionada con su función pública"[920].

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las conclusiones a la que hemos arribado en la presente contribución son las siguientes:

- En el delito de cohecho (pasivo y activo) lo que se reprime es el pacto venal del manejo de la cosa pública, en consecuencia, resulta irrelevante a los efectos de la tipificación la licitud del acto que constituye el contenido del acuerdo venal. El acto puede ser lícito, pero si el funcionario o servidor público comprometió onerosamente su dictado con un particular, se han configurado los ilícitos penales de cohecho pasivo y activo.
- Efectivamente, si nos adherimos a la tesis –mayoritaria– que el delito de cohecho es un delito de mera de actividad y delito de peligro y que, en realidad, lo que sanciona el cohecho es el "pacto venal"; entonces debemos afirmar que la "solicitud" y la "aceptación" por parte del funcionario público constituiría el acto consumativo del delito de cohecho pasivo propio. Sin embargo, acá debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Es la solicitud del funcionario público constitutiva del pacto venal, no obstante que el Código penal reprime solo la mera solicitud sin esperar "cerrar trato" con el cohechante activo?
- Solo a través del verbo "aceptar" se puede hablar de un verdadero pacto venal en el delito de cohecho (pasivo o activo),

[920] TERRAGNI, Marco Antonio; *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Mendoza, pp. 157 y 158.

ya que en el supuesto concreto de "aceptar" existe por una parte, una oferta del cohechante activo y por el otro lado, la aceptación del funcionario o servidor público. En cambio, con el verbo típico "solicitar" el funcionario público tiene la iniciativa criminal y se consuma el delito de cohecho en forma unilateral con lo cual se "rompe" el pacto venal, en todo caso, se tendría que hablar –en cuanto al verbo rector solicitar– de "decisión unilateral venal". Como concepto jurídico-penal el cohecho es un pacto venal, pero cuando entramos a analizar los verbos típicos el **pacto venal se *relativiza*** y entra en una etapa crítica. Al parecer, los intentos reformistas del legislador peruano tergiversan los conceptos que ya la doctrina penal hace algún tiempo viene admitiendo con meridiana unanimidad.

- Generalmente el delito de cohecho se trata de un delito de **mera actividad en forma activa u omisiva**, que se consuma formalmente en el instante mismo en que el funcionario o servidor público "solicita" o "acepta" –y en alguna medida también cuando "recibe"– los medios corruptores.
- El delito de cohecho, como técnica legislativa empleada, se trata de un delito de **peligro abstracto**, es decir, que no necesita lesionar efectivamente al bien jurídico "administración pública". Solo se necesita una presunción *iuris et de iure* del peligro enjuiciado.
- El delito de cohecho se trata de un delito de **intención**, a raíz de que este delito tiene una mayor carga subjetiva, de manera que lo que reprime el Derecho penal, es que el funcionario público "venda" sus obligaciones, aun cuando este no haya recibido los medios corruptores.
- La combinación de los elementos de "mera actividad", de "peligro abstracto" y delito de "intención" tiene como resultado inmediato que se hable, en el delito de cohecho del **"pacto venal"**, pero este concepto solo puede hablarse en función al medio corruptor "aceptar", pues el de "solicitar" implica una

decisión unilateral del funcionario público, con lo cual impide hablar de un verdadero "pacto".

- La influencia del pacto venal es de tal magnitud en el delito de cohecho –activo y pasivo– que hace que se hable de **"participación necesaria"**. En tal sentido, si no hay cohechante activo no existe el delito en comentario; por el contrario, si no hay cohechante pasivo, o sea, el funcionario o servidor público, no hay tampoco cohecho, salvo en los casos de cohecho pasivo donde el medio corruptor sea "solicitar".

VIII. EL AGRAVIADO/PARTE CIVIL POR EXCELENCIA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS ES EL "ESTADO" Y NO LOS PARTICULARES AFECTADOS POR EL DELITO

Al respecto tenemos que precisar lo siguiente: que el agraviado –como parte integrante del concepto de sujeto pasivo del delito– en los ilícitos de corrupción de funcionarios públicos es el Estado, y nadie más. En otras palabras, quien tiene, en principio, la legitimidad procesal para solicitar, dentro de la investigación preliminar o judicial, de determinados actos de investigación y/o medios probatorios es el Procurador Público encargado precisamente de los intereses del Estado, tal como lo señala su propia Ley; pues conforme a lo previsto en la Ley N° 17537, art. 14 inc. 2, acápite (a) le corresponde participar en las investigaciones preliminares o complementarias llevadas a cabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú, bajo la conducción de aquél.

El Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068 que crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado, en su art. 41° señala como atribuciones de los Procuradores Públicos Especializados: "1. Participar en las investigaciones preliminares o preparatorias llevadas a cabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú (...)"

Una persona natural o jurídica, si bien es cierto puede resultar afectada por un delito de corrupción de funcionarios, este debe hacerlo

por intermedio de quien sí puede hacerlo en forma legal, es decir, por intermedio de la Procuraduría Pública, ya que solo ella puede constituirse en parte civil dentro del proceso penal. El concepto de "agraviado" descrito en la primera parte del artículo 54° del Código de Procedimientos Penales está reservado exclusivamente para aquel caso donde el titular del bien jurídico-penal resulte afectado –ya sea por lesión o por peligro–. Así, por ejemplo, en un delito de homicidio, serán los familiares directos, en un delito patrimonial será aquella persona que le han sustraído sus bienes, y en igual sentido en un delito de cohecho, el agraviado directo resulta ser el Estado.

CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO
EL DELITO DE SOBORNO INTERNACIONAL PASIVO

"No aceptes un soborno, porque el soborno ciega los ojos de los rectos y trastoca las palabras de los justos".
(Moisés enseñando a los israelitas)

"¡Oh, pueblo mío! Da una medida llena y un peso justo... Y no hagas el mal en la tierra, causando la corrupción".
(El Corán)

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Dada esta nueva dimensión transnacional de la corrupción, las iniciativas meramente nacionales para luchar contra ella se muestran insuficientes, siendo indispensable una respuesta coordinada de todos los Estados de la aldea global. Conscientes de esta necesidad, desde mediados de la década de los noventa, diversas organizaciones internacionales y regionales han ido adoptando textos vinculantes con el objetivo de reducir este mal que azota a la sociedad actual, pues su total eliminación quizá sea aún un objetivo imposible de alcanzar[921].

En todo caso, la corrupción causa graves daños a la sociedad, a los ciudadanos, a los políticos y funcionarios, a las empresas y a todos los implicados: los servicios y bienes públicos son más caros y de menor calidad, se reduce la credibilidad del sistema político y de la democracia, se pierde la transparencia necesaria en tantos procesos económicos y políticos, se perjudica la competencia y, lo que es más grave en el largo plazo, se ponen en marcha procesos de aprendizaje social y moral por los que los propios interesados, los afectados y, a la larga, toda la sociedad, se ven impulsados a practicar conductas inmorales e ilegales[922].

---

[921] Véase, en este sentido: BENITO SÁNCHEZ, Demelsa; *"Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho penal alemán"*, disponible en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 15-04 (2013).

[922] ARGANDOÑA, Antonio; *"Las empresas ante la corrupción"*, en: Papeles de Ética, Economía y Dirección, nº 4, 1999, p. 2.

La corrupción suele ser el resultado de, al menos, tres factores: oportunidad, beneficio y riesgo. La oportunidad viene dada habitualmente por la concentración de poder de decisión en una persona u organismo, sin el control suficiente; el beneficio se deriva de los ingresos que puede obtener el corrupto, que estarán relacionados con los beneficios o costes que puede hacer recaer con su decisión sobre el que paga; y el riesgo se refiere a la detección de la corrupción y a su castigo. La lucha contra la corrupción se orienta, pues, a la reducción de sus oportunidades y beneficios y al aumento de sus riesgos[923].

Ante tal reconocimiento, en Venezuela en el año 1996 la Organización de Estados Americanos, bajo la Convención Interamericana contra la Corrupción del 29 de marzo de 1996, adopta una serie de medidas tendientes a prevenir, sancionar y erradicar la corrupción de los Estados miembros, en los cuales se recomiendan reformas de las legislaciones internas para combatir la corrupción, proponiendo entre ellas algunas tendientes a evitar la corrupción que no reconoce fronteras sino que se da a nivel internacional: *"Ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial"*[924].

---

[923] Véase, en ese sentido: ARGANDOÑA, Antonio; *"Las empresas ante la corrupción"*, en: Papeles de Ética, Economía y Dirección, nº 4, 1999, p. 2.

[924] Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción. Felipe Villavicencio TERREROS Lima, mayo del 2000. En esta misma línea, en el Informe de Adecuación de la Convención contra la Corrupción al Derecho penal peruano, se ha establecido un Texto Legal (Propuesto) en relación al delito de soborno transnacional, bajo el siguiente argumento: "Teniendo en consideración lo expuesto sobre el sujeto activo de este delito así como lo planteado en relación con el delito de cohecho activo propio e impropio y considerando que la gravedad de este delito sería equivalente a la correspondiente a la figura tradicional, el texto legal propuesto

Esta norma es novedosa en el Derecho comparado y constituye uno de los aportes más originales de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Solo se registra como antecedente la Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior de los Estados Unidos de América. La Convención Interamericana contra la Corrupción, prevé la obligatoriedad de que cada Estado Parte prohíba y sancione los actos de soborno transnacional, dentro del marco de su ordenamiento constitucional y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. En tanto no se produzca la tipificación del soborno transnacional, los Estados Partes tienen la obligación de brindar la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, dentro del marco legal interno[925].

Debemos advertir que el denominado "cohecho internacional" influye directamente en la marcha de los negocios, dado que los efectos de la corrupción pública no limitan su impacto "puertas adentro", sino que sus consecuencias repercuten también en la forma en que las empresas se desenvuelven fuera de sus países de origen. Este impacto se traduce en que las empresas que participan de este delito consiguen "más y mejores" contratos internacionales mediante la entrega de sobornos.

El actual Código penal contempla la figura del cohecho activo transnacional en su artículo 397- A. El tipo penal ahora cubre beneficios para terceros, sin embargo, no cubre explícitamente los que re-

---

para la tipificación de este delito es el siguiente: "*Artículo 401-A.- Los nacionales y las personas naturales domiciliadas en el país que traten de corromper a un funcionario o servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para sí mismo o para otra persona o entidad, a fin de que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público de otro Estado haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años*".

(925) Adecuación de la legislación penal peruana a la convención interamericana contra la corrupción Felipe VILLAVICENCIO TERREROS Lima, mayo del 2000.

dunden en el provecho de "otra entidad". El Perú ha adoptado el tipo penal del "cohecho pasivo internacional" mediante la Ley N° 29703[926] (06/10/2011), en el artículo 393-A. En efecto, el Poder Legislativo modificó los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código penal –todos sobre delitos contra la administración pública– e incorpora el artículo 393-A para tipificar el "soborno internacional pasivo", atribuible a funcionarios o servidores públicos (sean de otro Estado o pertenezcan a un organismo internacional público), sancionable con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años. La conducta tipificada consiste en aceptar, recibir o solicitar cualquier beneficio a cambio de realizar u omitir algún acto funcional en la realización de actividades económicas internacionales. Esta disposición no cubre los beneficios para terceros. Además, solamente penaliza dicha conducta en los casos en que se cometió "para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales", mientras en la Convención no figura tal elemento limitativo.

Habrá que precisar que las compañías incurren en cohecho de servidores públicos extranjeros, "cohecho internacional", cuando ofrecen, prometen o entregan una dádiva a un funcionario público extranjero para obtener ventajas en una transacción comercial internacional, como la adjudicación de un contrato de construcción, una concesión de petróleo o gas o una licencia de operación.

---

[926] Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29703, publicada el 10 junio 2011 *"**Artículo 393-A. Soborno internacional pasivo** El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años."*

A la siguiente pregunta: ¿Qué sectores son las más afectadas por el cohecho internacional? Los sectores de la construcción, minería, industrias de defensa y militares, recursos naturales y energía, médica y farmacéutica, telecomunicaciones, sectores de la transportación, proyectos de infraestructura y actividades de desarrollo de bienes raíces parecen ser los más propensos al cohecho internacional.

La comunidad internacional, a partir de una iniciativa gestada por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), ha llevado adelante esfuerzos destinados a evitar que las empresas corrompan a los funcionarios públicos extranjeros mediante la entrega de dinero u otra clase de ventajas en el ámbito de las transacciones internacionales. La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)[927] es un organismo internacional, con sede en París,

---

[927] **La Convención Anticohecho de la OCDE es un acuerdo internacional suscrito** por países que establecen medidas para disuadir, prevenir y penalizar a las personas y a las empresas que prometan, den o encubran gratificaciones a funcionarios públicos extranjeros que participan en transacciones comerciales internacionales. Fue firmada en 1997 y entró en vigor el 26 de julio de 1999. Este es el único instrumento internacional que centra sus preocupaciones en la oferta de la corrupción ya que sobornar a funcionarios públicos para obtener ventajas en el comercio internacional socava la gobernabilidad, el crecimiento económico y la competitividad en los mercados. Esta Convención busca prevenir la realización de actos de cohecho en transacciones comerciales internacionales de los países signatarios y promueve el establecimiento e imposición de sanciones a servidores públicos, personas, empresas y profesionistas que encubran o participen en un acto de esta naturaleza. A través de ella, se define el delito, la base jurisdiccional, las disposiciones secundarias y la organización de la cooperación mutua entre los Estados miembros en asuntos de apoyo y extradición. Los objetivos de la Convención son: a) Eliminar la competencia desleal generada por gratificaciones extraoficiales. B) Castigar o penalizar a las empresas y a las personas que prometan u otorguen pagos a oficiales extranjeros con el fin de favorecer y beneficiar sus negocios.
Esta Convención exige que las leyes anticohecho de los países signatarios se apliquen no solo a particulares, sino también a las empresas, lo cual es clave para que estas tengan responsabilidad ante las leyes de los actos de corrupción que se lleven a cabo para su beneficio. Además, los Estados miembros tienen la obligación de tipificar el cohecho internacional en las legislaciones

tado el tipo
N° 29703[926]
ativo modi-
enal –todos
a el artículo
uible a fun-
rtenezcan a
na privativa
La conducta
beneficio a
alización de
no cubre los
cha conduc-
un negocio
económicas
elemento li-

hecho de ser-
ndo ofrecen,
co extranje-
ternacional,
na concesión

ublicada el 10
funcionario o
ternacional pú-
tivo, promesa o
o en el ejercicio
as acepta como
negocio u otra
internacionales,
co ni mayor de

A la siguiente pregunta: ¿Qué sectore
por el cohecho internacional? Los sectores
nería, industrias de defensa y militares, re
gía, médica y farmacéutica, telecomunic
transportación, proyectos de infraestructu
sarrollo de bienes raíces parecen ser los m
internacional.

La comunidad internacional, a partir de
la Organización para la Cooperación y Desar
ha llevado adelante esfuerzos destinados a ev
rrompan a los funcionarios públicos extran
de dinero u otra clase de ventajas en el ámbit
ternacionales. La Organización para la Coop
nómico (OCDE)[927] es un organismo interna

[927] **La Convención Anticohecho de la OCDE es u**
crito por países que establecen medidas para d
las personas y a las empresas que prometan, de
funcionarios públicos extranjeros que participar
internacionales. Fue firmada en 1997 y entró en
Este es el único instrumento internacional que c
oferta de la corrupción ya que sobornar a funci
ventajas en el comercio internacional socava la
to económico y la competitividad en los merc
prevenir la realización de actos de cohecho en
ternacionales de los países signatarios y promue
sición de sanciones a servidores públicos, perso
que encubran o participen en un acto de esta n
define el delito, la base jurisdiccional, las dispo
ganización de la cooperación mutua entre los
de apoyo y extradición. Los objetivos de la Co
competencia desleal generada por gratificacione
penalizar a las empresas y a las personas que p
oficiales extranjeros con el fin de favorecer y b
Esta Convención exige que las leyes anticohech
apliquen no solo a particulares, sino también a
para que estas tengan responsabilidad ante las
ción que se lleven a cabo para su beneficio. A
tienen la obligación de tipificar el cohecho inte

or 30 Estados Parte, que tiene como objetivo prin-
os gobiernos un ámbito donde discutir, desarrollar
cas sociales y económicas.

obligaron a los miembros de la Unión a modificar
para contener la figura del soborno transnacional,
renderse del texto del Convenio de Derecho penal
aprobado por el Comité de Ministros del Consejo
nero de 1994, y que se evidenció en la inclusión por
penal español del año 1995 el delito de soborno
artículo 445 el cual sanciona a "*...1. Los que con
frecimientos o promesas, corrompieren o intentaren
por persona interpuesta, a las autoridades o fun-
tranjeros o de organizaciones internacionales en el
en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran
especto, con el fin de que actúen o se abstengan de
on el ejercicio de funciones públicas para conseguir
rato u otro beneficio irregular en la realización de
icas internacionales...*"[928]

n importante es la responsabilidad de las personas
rante mucho tiempo los Estados no preveían en su
abilidad para las empresas corruptoras. La vigencia
s delinquere non potest en nuestro sistema jurídico-
artar a la empresa como sujeto activo de cualquier
podrían cometer este delito los representantes de la

mprometen a establecer sanciones efectivas, proporciona-
para el delito de soborno extranjero las cuales deben ser,
ables a las sanciones por soborno de funcionarios públicos
nvención también exige eliminar la deducción fiscal de los
, incluir jurisdicción sobre actos de corrupción cometidos
extranjero y tomar medidas para garantizar que las deci-
igar o juzgar los casos de cohecho no estén influenciadas
es de interés económico.

ñol. Aprobado por Ley Orgánica número 10/1995, de 23-11
//www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/es/es_cpnov06.pdf.

empresa
órganos
actos de
otro" (ar
ferencia

El s
de diner
promesa
a fin de
destinad
comerci

(929) Si bi
tame
una i
perso
trans
Esta
a una
ingre
para
el mi
En c
por l
aprol
a una
Esto
respo
divid
¿Cuá
CP?
que
tione
en la
prev
a un
misn
podr
deci
post

Francia, integrado por 30 Estados Parte, que tiene como objetivo principal suministrar a los gobiernos un ámbito donde discutir, desarrollar y perfeccionar políticas sociales y económicas.

Conductas que obligaron a los miembros de la Unión a modificar sus cuerpos legales para contener la figura del soborno transnacional, como pareciera desprenderse del texto del Convenio de Derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1994, y que se evidenció en la inclusión por ejemplo del Código penal español del año 1995 el delito de soborno transnacional en su artículo 445 el cual sanciona a "*...1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales...*"[928]

Una innovación importante es la responsabilidad de las personas jurídicas, porque durante mucho tiempo los Estados no preveían en su derecho tal responsabilidad para las empresas corruptoras. La vigencia del principio *societas delinquere non potest* en nuestro sistema jurídico-penal, permite descartar a la empresa como sujeto activo de cualquier delito. En todo caso podrían cometer este delito los representantes de la

---

nacionales y se comprometen a establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para el delito de soborno extranjero las cuales deben ser, al menos, comparables a las sanciones por soborno de funcionarios públicos nacionales. La Convención también exige eliminar la deducción fiscal de los pagos de soborno, incluir jurisdicción sobre actos de corrupción cometidos en el país y en el extranjero y tomar medidas para garantizar que las decisiones para investigar o juzgar los casos de cohecho no estén influenciadas por consideraciones de interés económico.

(928) Código penal español. Aprobado por Ley Orgánica número 10/1995, de 23-11 localizable en:http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/es/es_cpnov06.pdf.

A la siguiente pregunta: ¿Qué sectores son las más afectadas por el cohecho internacional? Los sectores de la construcción, minería, industrias de defensa y militares, recursos naturales y energía, médica y farmacéutica, telecomunicaciones, sectores de la transportación, proyectos de infraestructura y actividades de desarrollo de bienes raíces parecen ser los más propensos al cohecho internacional.

La comunidad internacional, a partir de una iniciativa gestada por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), ha llevado adelante esfuerzos destinados a evitar que las empresas corrompan a los funcionarios públicos extranjeros mediante la entrega de dinero u otra clase de ventajas en el ámbito de las transacciones internacionales. La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)[927] es un organismo internacional, con sede en París,

[927] **La Convención Anticohecho de la OCDE es un acuerdo internacional suscrito** por países que establecen medidas para disuadir, prevenir y penalizar a las personas y a las empresas que prometan, den o encubran gratificaciones a funcionarios públicos extranjeros que participan en transacciones comerciales internacionales. Fue firmada en 1997 y entró en vigor el 26 de julio de 1999. Este es el único instrumento internacional que centra sus preocupaciones en la oferta de la corrupción ya que sobornar a funcionarios públicos para obtener ventajas en el comercio internacional socava la gobernabilidad, el crecimiento económico y la competitividad en los mercados. Esta Convención busca prevenir la realización de actos de cohecho en transacciones comerciales internacionales de los países signatarios y promueve el establecimiento e imposición de sanciones a servidores públicos, personas, empresas y profesionistas que encubran o participen en un acto de esta naturaleza. A través de ella, se define el delito, la base jurisdiccional, las disposiciones secundarias y la organización de la cooperación mutua entre los Estados miembros en asuntos de apoyo y extradición. Los objetivos de la Convención son: a) Eliminar la competencia desleal generada por gratificaciones extraoficiales. B) Castigar o penalizar a las empresas y a las personas que prometan u otorguen pagos a oficiales extranjeros con el fin de favorecer y beneficiar sus negocios.
Esta Convención exige que las leyes anticohecho de los países signatarios se apliquen no solo a particulares, sino también a las empresas, lo cual es clave para que estas tengan responsabilidad ante las leyes de los actos de corrupción que se lleven a cabo para su beneficio. Además, los Estados miembros tienen la obligación de tipificar el cohecho internacional en las legislaciones

Francia, integrado por 30 Estados Parte, que tiene como objetivo principal suministrar a los gobiernos un ámbito donde discutir, desarrollar y perfeccionar políticas sociales y económicas.

Conductas que obligaron a los miembros de la Unión a modificar sus cuerpos legales para contener la figura del soborno transnacional, como pareciera desprenderse del texto del Convenio de Derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1994, y que se evidenció en la inclusión por ejemplo del Código penal español del año 1995 el delito de soborno transnacional en su artículo 445 el cual sanciona a "*...1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales...*"[928]

Una innovación importante es la responsabilidad de las personas jurídicas, porque durante mucho tiempo los Estados no preveían en su derecho tal responsabilidad para las empresas corruptoras. La vigencia del principio *societas delinquere non potest* en nuestro sistema jurídico-penal, permite descartar a la empresa como sujeto activo de cualquier delito. En todo caso podrían cometer este delito los representantes de la

---

nacionales y se comprometen a establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para el delito de soborno extranjero las cuales deben ser, al menos, comparables a las sanciones por soborno de funcionarios públicos nacionales. La Convención también exige eliminar la deducción fiscal de los pagos de soborno, incluir jurisdicción sobre actos de corrupción cometidos en el país y en el extranjero y tomar medidas para garantizar que las decisiones para investigar o juzgar los casos de cohecho no estén influenciadas por consideraciones de interés económico.

(928) Código penal español. Aprobado por Ley Orgánica número 10/1995, de 23-11 localizable en:http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/es/es_cpnov06.pdf.

empresa o las personas con poder de decisión al interior de ella. Si los órganos respectivos de la empresa han adoptado el acuerdo de realizar actos de soborno, es de aplicación la figura del "actuar en nombre de otro" (artículo 27 del Código penal). En todo caso es innecesaria la referencia a la empresa como sujeto activo[929].

El soborno transnacional consiste en el ofrecimiento o entrega de dinero, bienes de valor pecuniario y otros beneficios como favores, promesas o ventajas a un funcionario público de un Estado extranjero, a fin de conseguir que este funcionario realice u omita cualquier acto destinado a influir sobre una transacción de naturaleza económica o comercial vinculada con el ejercicio de su cargo.

---

(929) Si bien en el Pleno del Congreso continúa pendiente el debate sobre el dictamen del nuevo Código penal, la Comisión de Justicia viene movilizando una iniciativa que pretende establecer la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito previsto en el artículo 397 (cohecho pasivo transnacional).
Esta propuesta, independiente del dictamen, fue presentada y aprobada debido a una necesidad de celeridad de trámite, pues el plazo que tiene el Perú para ingresar como miembro activo a la Comisión Antisoborno de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos* (OCDE) vence el 10 de marzo y el mínimo requisito es que el país cuente con esta regulación en su legislación. En concreto, se estaría regulando la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión del delito previsto en el artículo 397-A del Código penal. De aprobarse este proyecto, una empresa nacional que realiza un acto de soborno a una autoridad extranjera sería procesada por cohecho activo transnacional. Esto supone que el sujeto activo sería también la persona jurídica y que la responsabilidad se amplía a la empresa y no solo se reduce a la persona individual. En este caso, el proceso estaría en manos de un juez penal.
¿Cuál es la diferencia entre esta propuesta y lo que ya establece el 105 del CP? Recordemos que los jueces penales difícilmente aplican este último. Lo que ocurre es que las sanciones previstas en el 105 están fijadas como cuestiones accesorias. Estas cuestiones accesorias han pasado casi desapercibidas en la aplicación práctica porque dependían de la responsabilidad individual previamente identificada. Entonces, para aplicarlo se necesita condenar antes a una persona natural. En el caso de la propuesta, la situación no sería la misma, pues las responsabilidades de la empresa y de la persona individual podrían someterse a proceso de manera paralela o, inclusive, autónoma. Es decir, la empresa no podrá escapar de una investigación fiscal de oficio y un posterior proceso en sede penal.

Por este medio, las personas o, más probablemente, las empresas que actúan fuera de sus propios países de origen o de residencia, buscan influir sobre el funcionario que decide acerca de las adquisiciones o los contratos de un Gobierno, de modo de obtener o conservar un negocio o bien de ser favorecidas por una decisión vinculada con un negocio transnacional.

En la Exposición de Motivos de la propuesta legislativa se argumentó con propiedad que *"se propone la tipificación del soborno de funcionarios públicos internacionales o de organismos internacionales públicos, en consonancia con el artículo 16 de la Convención. La ubicación sistemática adoptada está más vinculada con la modalidad de la conducta cohechadora o de soborno, aun cuando, los agentes involucrados no sean funcionarios públicos, en el sentido del artículo 425º del C.P. Se ha procurado mantener el contenido de la cláusula del Tratado para adecuarnos a las exigencias típicas del instrumento internacional"*.

En la *corrupción transnacional* sí existe un acto de "cohecho activo" dirigido a un "funcionario público", pero este es un "funcionario extranjero" y, por lo tanto, dado que el concepto de "funcionario público" solamente se vincula con funciones nacionales, suele ser impune según las legislaciones nacionales tradicionales. Como se suele señalar, la dañosidad de este tipo de corrupción estriba en sus implicancias político-sociales, pues no es raro que las empresas transnacionales elaboren su estrategia previendo partidas especiales para actividades corruptoras y se aprovechen de su poder para presionar y chantajear a la clase política de los países huéspedes. Además, como se ha reconocido, aquí no solamente se afecta al país del funcionario corrupto, sino también al país de quien realiza el acto de corrupción, pues su industria pierde confianza internacional, con la consiguiente afección del sistema competitivo nacional.

La legislación norteamericana, consecuente con la protección de la libre competencia, ha tenido una labor pionera en la lucha contra la "corrupción transnacional". Así, ya desde 1977 está vigente en los

EE. UU. la "Foreign Corrupt Practices Act" que persigue penalmente en territorio nacional, entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios llevados a cabo por ciudadanos norteamericanos incluso en el extranjero; y también se dirige esta figura contra la corrupción de funcionarios, políticos o candidatos políticos en el extranjero; incluso se persigue a extranjeros que hayan cometido estas conductas en el extranjero en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas (principio de los "efectos en el mercado nacional").

En Latinoamérica, la "Convención Interamericana contra la Corrupción" de 29-03-1996, además de ocuparse de la corrupción nacional se refiere también a la "corrupción internacional" en su artículo VII. Los países firmantes se compromenten a luchar contra estos actos de corrupción desde el momento de su ratificación. En el caso peruano, la ratificación se ha dado el 24 de marzo de 1997. Sin embargo, hasta ahora ha incumplido con introducir los tipos penales pertinentes en el Código penal. Por cierto que, por otro lado, no se puede afirmar que la Convención misma haya dado un marco óptimo en la lucha contra la corrupción, pues no prevé un tipo legal de "corrupción de funcionarios privados", sino solamente la corrupción de funcionarios públicos por nacionales, residentes extranjeros y empresas domiciliadas en el país, relacionada con actividades de naturaleza comercial o económica[930].

Alemania también ha cumplido ya el compromiso de penar la "corrupción transnacional" que adquirió con la suscripción del "Conve-

---

[930] Artículo VIII de la Convención: *"Soborno transnacional: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial...".*

nio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos en el tráfico comercial internacional" de 17 de diciembre de 1997 (también suscrito e incumplido hasta ahora por el Perú). En 1998 se ha introducido la "Ley de lucha contra la corrupción internacional", que prevé tipos de cohecho activo a funcionarios públicos extranjeros de cualquier país del mundo (no solamente de los países signatarios del Convenio), con el objeto de que este funcionario ayude al interesado a conseguir o mantener un contrato en el tráfico comercial internacional o cualquier otra ventaja injusta.

Por último, en cuanto a las consideraciones generales es necesario entender cuál es la definición que la comunidad internacional tiene de funcionario público. La doctora Demelsa Benito dice que:

> Será "funcionario público" quien sea funcionario público de un Estado extranjero, toda persona encargada por una autoridad de un Estado extranjero para desempeñar funciones en una empresa pública con sede en el extranjero o para desempeñar otras funciones públicas para un Estado extranjero, y todo funcionario o agente de una organización pública o persona autorizada para el desempeño de funciones en ella[931].

Dentro de esta definición se encuentra delimitada quién es funcionario. Se entiende que es quien desempeña una función determinada en el extranjero, ya sea en una empresa o en alguna institución de renombre y reconocimiento internacional, esto es, que la comunidad internacional tenga conocimiento de ella y de la función que desempeña.

La interpretación tradicional del concepto "funcionario público" ha presupuesto siempre que se trataría de personas que ejercen "funciones" dentro de la administración pública "nacional". Es decir, que los funcionarios es cualquier persona que ha ingresado a trabajar

---

[931] BENITO, DEMELSA, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013, núm. 15-04, p. 04:1-04:27 – ISSN 1695-0194

dentro de la administración pública, ya sea por concurso público, léase carrera pública nacional, o por alguna modalidad de contratación diferente a la señalada: contrato sujeto a modalidad, CAS o cargo de confianza. Cualquiera de estas personas, que se encuentren bajo estas modalidades, se denomina funcionario o servidor público, esta diferencia se hará conforme al cargo y al poder político que tengan.

II. LAS MODIFICATORIAS SOBRE EL SOBORNO INTERNACIONAL PASIVO Y ALGUNOS CASOS DE RENOMBRE INTERNACIONAL

Es necesario mencionar el hecho de que existen muchas iniciativas legislativas que tienen la finalidad de que se pueda concretar una serie de medidas regulativas del delito de soborno internacional pasivo, es decir, de que se amplíe y sancione con mayores penas a dicha comisión. Uno de ellos es el proyecto de ley presentado en el reciente Proyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (2015), en el Artículo 582° regula el llamado **Cohecho pasivo internacional**, bajo los siguientes términos: *"El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para tercero a fin de realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales o en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa".*

Como se puede ver, en esta modificación se encuentra un aumento de las sanciones, ya que se agrega la pena a 15 años de pena privativa de la libertad y además 365 a 730 días multa. Entonces lo que hay es una agravación de la sanción penal, porque tal vez el motivo tenga que ver con la constante repercusión que ha tenido dentro de nuestra sociedad el caso de las empresas brasileñas, las cuales han prestado durante varios gobiernos nacionales, servicios, tanto de construcción como de de-

sarrollo urbano. Pero que todos estos contratos habrían comprometido a una serie de funcionario, no solo del Estado peruano, sino también del Estado brasileño, quienes valiéndose de sus contactos concretaron una serie de contratos y concesiones en favor de dicha empresa.

Esto es apenas una parte de lo que puede realmente descubrirse si se tiene en cuenta que todos estos hechos ocurrieron desde el retorno a la democracia, es decir, con el gobierno de Alejandro Toledo, quien es uno de los implicados en dichas investigaciones, pasando por el gobierno de Alan García y Ollanta Humala. Lo que se avecina es –como lo dijimos- uno de los casos más grandes de la historia, ya que las investigaciones en Brasil han ido aumentando y ya cuenta –El Ministerio Público- con algunos colaboradores eficaces, quienes están dispuestos a colaborar y declarar todo lo referente a los contratos y beneficios que estos dan.

El diario El Comercio resume de esta forma el caso de Lava Jato:

"La prensa brasileña asegura que es el caso de corrupción más grande en la historia de Brasil e involucra a empresarios, políticos y a los ex presidentes Inácio 'Lula' Da Silva y Dilma Rousseff. *El País* de España publicó un amplio informe del caso, explicando punto por punto las principales claves de este escándalo que sacude a Brasil y toda América Latina.

1. ¿QUÉ ES PETROBRAS?

Esta petrolera brasileña fundada en 1953 es la empresa más grande de Brasil y también la empresa estatal más grande de América Latina. Actualmente produce cerca de dos millones y medio de barriles diarios y emplea a 87 mil personas.

2. ¿CÓMO COMENZÓ ESTA INVESTIGACIÓN?

La operación denominada Lava Jato (que en español se pronuncia Lava Yato), comenzó en julio de 2013, cuando la Policía Federal de Curibita (Estado de Paraná) descubrió una operación de lavado de activos

de mediano tamaño. El caso llevó hasta el cambista Alberto Youseff, experto en blanqueo de dinero. Su testimonio, junto al de Paulo Roberto Costa, ex director de Abastecimiento de Petrobras, fue la chispa que hizo estallar este escándalo de dimensiones mundiales.

3. ¿CÓMO FUNCIONABA ESTA RED DE SOBORNOS Y CORRUPCIÓN?

Petrobras licitaba sus obras a grandes empresas de ingeniería y construcción de Brasil, como parte de un programa impulsado por el presidente Lula y su entonces ministra de Energía, Dilma Rousseff, para estimular la creación de empleos en el país.

Para favorecer la contratación de ciertas empresas, la petrolera brasileña pedía sobornos que rondaban el 3% del presupuesto, que se repartía entre políticos y empresarios. El dinero era reintroducido al sistema a través de negocios de hoteles, lavanderías y estaciones de gasolina para ser blanqueado. Luego era transferido al extranjero, a través de empresas 'fachada', a cuentas en China o Hong Kong.

4. ¿CUÁNTO DINERO FUE ROBADO?

La Fiscalía de Brasil estima que entre 2004 y 2012, cerca de 8,000 millones de dólares fueron licuados por esta red criminal, en el mayor escándalo de corrupción en la historia de Brasil, según las instituciones judiciales de ese país.

5. ¿QUÉ POLÍTICOS DE BRASIL HAN SIDO INVOLUCRADOS?

Este caso ha salpicado a miembros de los principales partidos políticos de Brasil. También han sido involucrados los expresidentes Fernando Henrique Cardoso (Partido de la Socialdemocracia Brasileña), Luiz Inácio Lula da Silva (Partido de los Trabajadores), Fernando Collor de Melo (Partido del Trabajo de Brasil). La actual presidenta Dilma Rousseff (PT) también ha sido mencionada en los autos del caso.

La Policía Federal encontró en casa de Yousseff una lista de 750 obras, entre las que figuraban decenas de proyectos realizados en Latinoamérica. También se habla de proyectos desarrollados en Suiza.

6. ¿QUÉ POLÍTICOS DE PERÚ HAN SIDO INVOLUCRADOS?

El Congreso de la República del Perú formó una comisión para investigar a un grupo de políticos y funcionarios peruanos que han sido involucrados con esta operación. Entre ellos se encuentran los candidatos presidenciales Pedro Pablo Kuczynski (PPK), Alejandro Toledo (Perú Posible) y Alan García (Apra). Todos han negado tener relación con el caso.

El presidente de la República, Ollanta Humala, fue el último político peruano involucrado con la operación Lava Jato. Según información publicada por O Globo, la Policía Federal de Brasil presentó un informe que lo acusa de recibir 3 millones de dólares como parte de una coima entregada por la empresa Odebrecht, presuntamente para obtener concesiones de obras en el país.

Palacio de Gobierno publicó un comunicado negando todo vínculo de Humala con el caso"[932].

LOS PANAMA PAPERS

En abril de este año un grupo de periodistas alemanes de la empresa periodística 'Süddeustche Zeitung' reciben una información por una persona natural, quien entrega una serie de documentos donde contiene mucha información sobre una asesoría de abogados localizados en Panamá, quienes bajo la firma Moussack Fonseca, ayudaron a una serie de personalidades mundiales para que rstos puedan constituir empresad offshore, a fin de que puedan recurrir a paraísos fiscales y evadir impuestos y, así mismo, realizar una serie de actos de corrupción. Dentro de las personalidades se encuentran empresarios,

[932] http://rpp.pe/mundo/latinoamerica/que-es-la-operacion-lava-jato-6-claves-para-entender-este-caso-noticia-943263

jugadores de fútbol, autoridades mundiales y funcionarios de diferentes Estados nacionales.

El periódico El Observador ha resumido el caso de la siguiente forma:

Los 11,5 millones de documentos de la firma de abogados de Panamá, Mossack Fonseca, abarcan 45 años de datos. Desde 1970 hasta finales de 2015. Los registros fueron revisados por un equipo de más de 370 periodistas de casi 80 países, en 25 idiomas distintos. Los datos incluyen mensajes de correo electrónico, hojas de cálculo financieras, pasaportes y registros corporativos que revelan secretos de los propietarios de las cuentas bancarias y empresas en 21 jurisdicciones offshore, pasando por Nevada, Hong Kong y las Islas Vírgenes Británicas.

No se conoce quién es la fuente de la filtración pero se sabe que los datos fueron recibidos originalmente por el diario alemán 'Süddeustche Zeitung' y el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ).

Los documentos divulgados son de esta firma especializada –se la considera una de las cinco que más registra sociedades *offshore*–, radicada en Panamá, que tiene sucursales en Londres, Beijing, Miami, Zurich, entre otros.

Este tipo de empresas tienen como característica principal el hecho de estar registradas en un país en el que no realizan ninguna actividad económica. "Los países en los que están radicadas suelen ser paraísos fiscales, para beneficiarse de las ventajas fiscales que estos ofrecen", explica el diario ABC de España. Las personas extranjeras que controlan la sociedad utilizan el paraíso fiscal como domicilio legal. A grandes rasgos, estas sociedades tienen tres grandes ventajas: protección de activos, confidencialidad y privacidad, y ventajas fiscales.

Bancos, compañías y personas cercanas al presidente ruso Vladimir Putin depositaron 2.000 millones de dólares en empresas pantalla creadas por la firma Mossack Fonseca. El Kremlin ha acusado al Con-

sorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ) de lanzar un falaz "ataque informativo"[933].

Todo esto resume parte de uno de los casos más grandes de corrupción internacional, donde no se escapa nadie y se incluye a grandes autoridades, quienes habrían ocultado toda su riqueza por medio de la empresa panameña. De igual forma, el caso Lava Jato dentro de las sociedades peruana y brasileña, ha comprometido a funcionarios de alto mando y no se sabe hasta dónde llegará sus consecuencias en los dos Estados.

III. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como se sabe, los bienes jurídicos son condiciones que deben ser mantenidas para el correcto funcionamiento de la sociedad, es decir, son el conjunto de bienes o de estados que deben ser tutelados para salvaguardar la dinámica social.

El bien jurídico protegido, en esta clase de delitos, también está más ligado a ***la imparcialidad del funcionario público extranjero o al funcionario del Organismo Internacional***, al realizar un acto propio de sus funciones. Ha de recordarse que primeramente este tipo penal está dirigido a los particulares que corrompan o quieran corromper a funcionarios públicos de otro Estado, sean o no de determinado orden jerárquico, o en su caso a aquellos particulares que pertenezcan a organizaciones o entidades internacionales, cuyo carácter debe ser público quienes ejerzan esta clase de función. O también, en el caso del soborno internacional pasivo, el funcionario debe defraudar la imparcialidad y la lealtad que le ha sido conferida, tanto por la sociedad que lo ha elegido como a la institución que representa.

Por ende que se comparte que tanto ***el deber de probidad*** como ***la imparcialidad del funcionario público extranjero*** puedan ser utili-

[933] http://www.elobservador.com.uy/claves-entender-el-caso-panama-papers-n891445

zados como bienes jurídicos sin ningún tipo de reparo, más cuando se reconoce una jurisdicción de la ley costarricense sobre aquellos actos de corrupción cometidos fuera del territorio nacional o que produzcan sus efectos fuera de él, mientras se trate de un estado parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

La lucha contra la corrupción internacional ha obligado a que se establezcan varias medidas que permitan proteger este bien jurídico que ya no es exclusivo de las naciones sino que también pertenece a la comunidad internacional.

IV. SOBRE LA TIPICIDAD OBJETIVA

1. TIPO PENAL

El artículo 393-A, regula el delito de soborno internacional pasivo (Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30111) publicada el 26 noviembre 2013, bajo el siguiente texto:

> *"El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."*

2. SUJETO ACTIVO

El delito de cohecho pasivo internacional es un delito especial. Esto quiere decir que solamente puede ser cometido por el agente que se encuentra mencionado dentro del tipo penal, es decir, por el funcionario del Estado extranjero o del Organismo Internacional, solo puede

ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público de un Estado extranjero o tiene la condición de funcionario de un organismo internacional público que se entiende tiene negocios de carácter económico o pretende tenerlos en el Perú. Los particulares internacionales están excluidos de ser autores de este delito.

La exigencia es que aquel funcionario o servidor público internacional tenga competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete. Es decir, que se encuentre dentro del tiempo de su cargo o designación y que haya sido nombrado como tal por documento (por resolución o acto de poder competente) y autoridad competente.

3. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del delito de soborno internacional es el Estado o el organismo internacional, según sea el caso; al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

4. MODALIDADES TÍPICAS

El delito de soborno internacional pasivo se entiende como la aceptación, recibimiento o solicitud efectuada por un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, para sí o para un tercero de una ventaja indebida para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales en violación de sus obligaciones o la aceptación de tales ventajas a consecuencia de haberlas faltado, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación de la ventaja o beneficio y el acto que se espere ejecute u omita el sujeto activo internacional, siendo una de las características de dicho penal solo el acuerdo de voluntades, no se exige el cumplimiento del pago, la promesa ni el acto indebido.

El numeral 393- A del Código penal recoge diversas hipótesis delictivas que es necesario identificarlas y, luego, explicarlas para conocer su naturaleza jurídica.

El primer párrafo prevé tres supuestos generales:

a) el que se configura cuando el agente internacional, acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar un acto en violación de sus obligaciones;

b) el que se configura cuando el agente internacional acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para omitir un acto en violación de sus obligaciones; y

c) perfecciona cuando el agente internacional acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales.

Todas estas hipótesis delictivas tienen que estar vinculadas a actos, en general, inherentes a las funciones o servicio propio del agente público internacional. En los casos de prestaciones que no ingresan al ámbito de su competencia, no configuran soborno internacional. Por eso, es muy imprescindible que el funcionario que solicita o recibe o acepta el beneficio que el particular le ha ofrecido tenga la suficiente competencia para poder realizar el acto que se le ha solicitado, ya que es la función que realiza o deja de hacer la que determina su responsabilidad penal.

La mayoría de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho pasivo internacional pueden implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el sujeto activo se beneficia con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa que logra del concurrente en el delito (particular u otro funcionario o servidor público de nuestro Estado), mientras que este último provecho del acto funcional o de servicio cometido u omitido por el funcionario o servidor internacional.

Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos como ocurre, por ejemplo, con la modalidad típica de solicitar, pues aquí, con el simple hecho de solicitar se consuma o perfecciona el delito no exigiéndose la aceptación del otro. No es necesaria la existencia de pacto o concierto.

Pero veamos en qué consisten cada una de las conductas punibles:

4.1. El agente internacional acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar un acto en violación de sus obligaciones

El supuesto delictivo puede materializarse hasta por tres modalidades, las que para su compresión vamos a explicarlas por separado. Así tenemos que una primera modalidad se materializa cuando el agente internacional acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación a los deberes normales.

En este supuesto el verbo rector es aceptar, el que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir, adoptar algo. En tal sentido, el delito se configura cuando el funcionario o servidor internacional admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus deberes.

Esta última parte se materializa cuando el agente realiza un acto transgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de su competencia. La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente internacional del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación de sus deberes.

El delito se configura a pesar de que lo prometido u ofrecido no se haga realidad o, pese a que el sujeto internacional, que recibió realmente lo prometido u ofrecido, no realiza el acto violatorio de sus deberes al que se comprometió. Basta acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito.

La segunda modalidad se configura cuando el sujeto internacional recibe donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar

un acto en violación de los deberes normales. Aquí el verbo rector, es recibir, el que se entiende como percibir, embolsar, tomar o acoger algo. En tal sentido el hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente internacional con la finalidad específica de realizar un acto quebrantando sus deberes funcionales, percibe, toma, acoge, embolsa o recibe un donativo o cualquier otra ventaja indebida.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de percibir o recibir por parte del agente, el donativo o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación de sus deberes. El delito se configura independientemente de si, por ejemplo, el funcionario o servidor internacional de forma directa (el agente mismo) o indirecta (por intermedio de otra persona) pide, procura, gestiona, solicita o requiere la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar en violación de sus deberes.

La tercera modalidad se perfecciona con el simple hecho de solicitar, por parte del agente internacional, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación sus deberes.

El delito se configura independientemente de que posteriormente, por ejemplo, lo solicitado o requerido no se haga realidad o pese a que el funcionario internacional reciba realmente lo solicitado o procurado, y no realice el acto quebrantador de sus deberes prometidos.

Basta acreditar que la gente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto transgrediendo sus deberes funcionales, para consumarse el delito.

4.2. Ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligaciones

Este supuesto delictivo al igual que el anterior, también se materializa por tres conductas o modalidades, Siempre se materializa con los verbos rectores de *aceptar, recibir o solicitar*, los mismos que tienen idéntico sentido al ya explicado.

Aquí lo único que varía es que la aceptación, el recibir o solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja lo efectúa el agente internacional con la finalidad de omitir o abstenerse de realizar un acto en violación a los deberes normales.

4.3. El agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber para omitir un acto en violación de sus obligaciones

El supuesto delictivo se materializa cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio como consecuencia de haber faltado o quebrantado sus deberes funcionales.

Aquí el verbo rector es aceptar, el que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir, adoptar algo. En tal sentido, el delito configura cuando el funcionario o servidor público admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio por el hecho de haber faltado a sus deberes funcionales.

Esta última parte se materializa cuando el agente antes de aceptar el donativo, promesa o cualquier otra ventaja ya ha realizado un acto transgrediendo sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del agente público internacional.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja a cambio de haber faltado ya a sus deberes funcionales. El delito se configura aunque luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad.

A. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Al introducirse en el Código penal las conductas en hermenéutica jurídica, el Perú sigue lo recomendado por las Naciones Unidas en el artículo 16° de la Convención contra la Corrupción.

Allí se prescribe que *"cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativa y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales"*.

Antes de legislarse al respecto, si se verificaba un acto de corrupción de cohecho pasivo por parte de un funcionario o servidor público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, el hecho lamentablemente era atípico.

Ahora, simplemente cabe proponer que el legislador nacional modifique y amplíe el contenido del artículo 425º del CP y agregarle un inciso más. Se propone de lege ferenda: se consideran funcionarios o servidores públicos: *"Los miembros de un Estado extranjero o de una organización internacional pública"*.

No obstante, al formar parte del derecho interno, para efectos del delito de soborno internacional es aplicable la definición establecida en el artículo 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005.

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

obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; **b)** Por "funcionario público extranjero", se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, incluso para un organismo público o empresa pública; **c)** Por "funcionario de una organización internacional pública", se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

B. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio

En la conducta del agente internacional, debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Si en determinado hecho investigado, llega a verificarse que ninguno de los medios citados concurre, sencillamente el delito no aparece.

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario internacional, no siendo debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular).

Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros. etc.

La promesa se traduce en un ofrecimiento hecho al agente internacional de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que

la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

La modalidad de la promesa puede ser directa, explícita o indirecta utilizando familiares o allegados del sujeto activo. El momento en que se haga realidad la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso cuando ya ha perdido el agente internacional la calidad de funcionario o servidor público, siempre claro está que la promesa se halle vinculada con el ejercicio funcional del agente.

Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente internacional para quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, viajes, becas, favores sexuales, etc.

C. Finalidad del soborno: obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida

Todas las modalidades delictivas que desarrolla el agente internacional están motivadas o guiadas por la finalidad de obtener un negocio internacional con la contraparte a la que acepta o de la que recibe o solicita directa o indirectamente el beneficio indebido.

O también, las modalidades de soborno internacional tienen por finalidad que se mantenga el negocio internacional que se viene desarrollando con la persona natural o jurídica a la que acepta o de la que recibe o solicita la ventaja no debida. O en el peor de los casos, tienen por finalidad el de obtener o retener otra ventaja indebida como puede ser una colocación laboral, un nuevo contrato internacional, etc.

Todo ello, claro está, en un contexto de la realización de actividades económicas internacionales.

V. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del contenido del tipo penal se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 393-A del CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la comisión por culpa o negligencia.

El dolo supone que el funcionario o servidor público internacional interviene conociendo perfectamente lo que hace o lo que solicita o lo que desea o acepta. Su actuación está condicionada por una propuesta por parte del particular que recurre a él o, en todo caso, cuando él solicita que el privado le entregue algún beneficio o ventaja para sí propio a cambio de omitir o hacer algo contraviniendo las normas que regulan su actuar. Por lo tanto, conoce su proceder indebido, sin embargo, voluntariamente procede.

Dentro de este caso, cuando se observa que el funcionario tiene la facultad de condicionar su actuar a una propuesta hecha por el solicitante, es decir, por el privado; entonces, se tendrá que el dolo que se usa para tal comisión es el dolo directo; no es posible que alguna conducta de cohecho pasivo propio se materialice por medio de dolo eventual y menos de culpa consciente o negligencia.

VI. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Al igual que el delito de soborno internacional activo, es necesario que se separe cada uno de los supuestos para ver si en cada uno de ellos ingresa la tentativa o no.

El primer supuesto de soborno internacional pasivo se da cuando el funcionario acepta. Esto quiere decir que para que acepte tuvo que haber primero una oferta que se le haga, de esta forma se logra que el funcionario acepte la oferta o ventaja o dádiva que el privado le oferta. Ante este supuesto, no cabe la tentativa, ya que solo será atribuible la conducta cuando acepta el ofrecimiento. O sea, que el funcionario por el mero hecho de aceptar ya se le pude sancionar por la comisión delictiva del delito de soborno internacional pasivo.

En el supuesto segundo sí se requiere que el funcionario tenga en su poder la ventaja o beneficio que le ha ofrecido el agente privado. En este supuesto se tiene un tipo penal de resultado, porque debe recibir la ventaja por parte del privado para que se configure el delito de soborno internacional pasivo. Por ejemplo, un caso de tentativa será cuando el funcionario queda en reunirse con el privado en algún lugar para poder recibir el bien o la ventaja que el privado le ha ofertado. En ese momento, en el que se encontraba para recibir el bien, es intervenido por la policía, quienes lo detienen y llevan a la comisaría.

En el último supuesto, que es el que más caracteriza este tipo de delito, es muy importante que el propio funcionario solicite la ventaja o beneficio para sí mismo. En este supuesto no cabe la tentativa, ya que con la mera solicitación o requerimiento –por parte del funcionario– se configura el delito de soborno internacional pasivo.

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

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO-PENAL

Los actos de corrupción necesitan la participación de dos sujetos: uno que inicia la propuesta corruptora, y el otro que acepta la misma. Normalmente en la lógica de los Códigos penales latinoamericanos, entre los que se encuentra el nuestro, quien inicia normalmente la oferta corruptora es el particular o *extraneus*, por eso se le llama cohecho "activo", y el funcionario o servidor público es quien normalmente acepta o recibe dicha oferta; sin embargo, en algunos casos, es el funcionario público o servidor público quien inicia dicha oferta corruptora, la misma que se encuentra regulada en nuestro Código penal, a partir del año 2004 (véase, el artículo 393°, segundo párrafo), convirtiéndose así el funcionario o servidor en una especie de cohechante "activo" encubierto. En otras palabras, no en todos los casos el *extraneus* es quien comienza el proceso corruptivo, configurándose un cohecho activo, sino que también en algunos casos, es el propio sujeto *intraneus*, quien inicia dolosamente la solicitud de los medios corruptores.

Respecto al acto de corrupción, cuando el Código hacía referencia al tratar de corromper, se refiere a cualquier acción dirigida a comprar la función pública o hacer que el funcionario venda la función pública. La doctrina la conoce como el cohecho activo de propuesta; el tipo penal exige siempre una conducta activa del sujeto activo (el acto de corrupción), lo cual incluye también a los actos concluyentes positivos del funcionario público. La palabra "corromper" de manera similar a la inducción, implica lograr en el funcionario un "estado de disposición" para la venta de la función pública.

El legislador nacional ha querido ser expreso al reprimir este tipo de conducta activa dentro del proceso corruptivo, situación que no se presenta en algunos otros delitos considerados de participación necesaria dentro del mismo Código penal, por ejemplo, véase los delitos de colusión (simple y agravada) o el delito de tráfico de influencia, donde existe un enorme vacío o laguna de punibilidad en cuanto a los llamados "sujetos interesados", sancionándose solo a los autores de dichos ilícitos, como veremos cuando lleguemos al acápite número dos denominado: "El delito de cohecho (activo) como delito de encuentro".

El delito de cohecho activo se divide, según el Código penal, en dos: cohecho activo genérico y el cohecho activo específico, y está en función hacia *quien va dirigido los medios corruptores*, ya que el sujeto activo seguirá siendo un particular o *extraneus*. Es decir, será cohecho activo genérico (art. 397°) si los medios corruptores son dirigidos hacia la generalidad de funcionarios o servidores públicos que están vinculados a un deber funcional; en cambio, será cohecho activo específico (art. 398°, primer párrafo) si está dirigido solo a determinados funcionarios, como son magistrados, árbitros, fiscales, peritos, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo; y también será delito de cohecho activo específico (art. 397°, segundo párrafo) si los medios corruptores van dirigidos y aceptados a secretarios, relatores, especialistas, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo. La única diferenciación que hace el Código penal en cuanto al sujeto activo, está en el último párrafo del mismo artículo 398°, que reprime bajo la misma modalidad si el que ofrece, da o corrompe es un *abogado o forma parte de un Estudio de Abogados*.

El delito de cohecho activo genérico solo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a comprar la función pública, no hace falta aun cuando lo incluya –un acuerdo previo–; solo se requiere que el agente trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario involucrado, esto es, genere en él

un estado de disposición para la venta de la función pública[934]. Vale la aclaración que el delito de cohecho activo –genérico y específico– con relación al delito de cohecho pasivo –propio como impropio–, son ilícitos penales de naturaleza "independientes" entre sí, y habría que desterrar la idea de que entre ambas figuras existe una relación concursal de tipo ideal o real; en otras palabras, que la tipicidad de uno de los ilícitos –cohecho activo y pasivo– no depende de la verificación de la tipicidad del otro delito, pues son, reiteramos, injustos penales autónomos, y dentro del proceso penal debe respetarse tal situación.

En ese sentido, el delito de cohecho activo puede existir sin la existencia del delito de cohecho pasivo, porque el funcionario o servidor público puede rechazar la oferta corruptora (quien será citado en calidad de tercero ajeno al proceso). Asimismo, puede existir cohecho pasivo solamente sin la existencia del delito de cohecho activo, por ejemplo el funcionario o servidor público solicita, directa o indirectamente, los medios corruptores (así, véase el artículo 393°, segundo párrafo), y el particular o *extraneus* no las acepta (quien será citado en calidad de tercero ajeno al proceso).

Una cuestión que todavía constituye un vacío latente en nuestra legislación penal, es lo relacionado a la posible tipificación de los llamados "sobornos en el ámbito privado", no obstante que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 21), en el punto de *Soborno en el sector privado*, recomienda y señala expresamente:

> *"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:*

---

(934) Recurso de Nulidad, N° 3778-2003-Lima, en: Gaceta Jurídica, Código penal en su jurisprudencia, Lima, p. 427.

a) *La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;*

b) *La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar".*

Ahora bien, con relación al bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública es el correcto funcionamiento de la administración pública, siendo el caso que bajo el *nomen juris* de cohecho activo específico, el objeto de tutela penal en el presente injusto penal es la *imparcialidad de la actuación administrativa,* que como bien señala Abanto Vásquez debe interpretarse, en el sentido de un "deber de objetividad o indiferencia" frente a grupos de presión, fuerzas políticas o intereses privados del propio funcionario; y un deber de distribuir equitativamente beneficios" a favor de todos los ciudadanos sin privilegiar a ninguno en especial.[935]

Según Bacigalupo, "tradicionalmente los fenómenos de corrupción tenían una dimensión individual reflejada en el marco de los delitos de funcionarios (cohecho, prevaricación, malversación de fondos públicos). Desde este punto de vista se trata de delitos que afectan la confianza en el funcionamiento limpio y transparente del Estado de Derecho y que agotan su significación en el reproche que merece un autor individualmente considerado"[936].

---

[935] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima 2003, p. 421.

[936] BACIGALUPO, Enrique; *"Corrupción política y proceso penal"*, en: Bacigalupo, Enrique, Teoría y práctica del Derecho penal, tomo II, Madrid, 2009, p. 1339.

El bien jurídico que es objeto de tutela común es el correcto funcionamiento de la administración pública, así como el prestigio y la imparcialidad de la misma. Sin embargo, el objeto específico de tutela en el cohecho activo radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los agentes de la administración pública[937]. En otras palabras, en el delito de cohecho activo se debe precisar que se protege adicionalmente la *"tranquilidad en el desempeño funcionarial"*, el funcionario debe trabajar sin verse tentado por ofrecimientos de los particulares.

Lo que se protege, en realidad, a través del delito de cohecho activo, es que el funcionario o servidor público, en todo momento, realice su labor (ya sea de gestión o de decisión), dentro del ámbito de sus funciones específicas, con la total tranquilidad que el caso amerita, teniendo como finalidad *el deber de objetividad*, si se trata de actos de investigación, o el *deber de imparcialidad*, si se trata de un acto de decisión funcionarial. Que no existan agentes o elementos externos de carácter ilícito (como por ejemplos: donativos, promesas, ventajas o beneficios) que perjudiquen o afecten seriamente la actividad de la administración pública, en cualquiera de sus sectores.

2. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO "ACTIVO" EN FUNCIÓN AL DELITO DE COHECHO

Los delitos de cohecho activo genérico o específico (artículo 397° o 398°), el delito de cohecho pasivo propio (artículo 393; segundo párrafo) y el delito de concusión (artículo 382°), tienen zonas fronterizas (comunes) entre uno y otro ilícito penal, pues todos estos delitos afectan el bien jurídico administración pública, y son cometidos por

---

[937] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Lima 2007, p. 534.

funcionarios o servidores públicos, o sujetos *extraneus* en el caso del cohecho activo genérico o específico; además –y lo más relevante en este punto– es que en dichos delitos, el comportamiento típico radica en que la oferta o propuesta de alguna manera corruptiva (o extorsiva en el caso de la concusión) se genera o lo propicia –dolosamente– el propio funcionario o servidor público o el sujeto *extraneus* en el caso del cohecho activo; de ahí que el papel protagónico de las tres figuras delictivas citadas recaigan en la conducta (lucrativa-económica) del funcionario o servidor público, cuando en realidad este más bien debería evitarlas o impedirlas.

Como bien expresa Rojas Vargas "El cohecho es activo no tanto en relación al contenido de la acción, pues el funcionario o servidor que solicita está desarrollando también un comportamiento activo, y sin embargo, es imputado penalmente (en doctrina y legislación) a título de corrupción pasiva, sino en función al punto de origen donde se inicia la propuesta corruptora, es decir, del sujeto determinado"[938].

Como puede observarse, en todos los supuestos antes citados existen comportamientos "activos" para el beneficio económico propio del funcionario o de tercero, sin embargo, las diferencias son claras entre uno y otro, y ello radicaría *en la forma y circunstancia típica de los comportamientos "activos", es decir, en la forma de cómo obtiene, ilícitamente, el autor el beneficio económico o patrimonial;* en ese sentido, en el delito cohecho activo (genérico o específico) se trata de una propuesta voluntaria de carácter real o potencial de los medios corruptores por parte del sujeto *extraneus*; igualmente en el delito de cohecho pasivo propio (segundo párrafo del artículo 393°) se trata de una propuesta voluntaria de los medios corruptores, por parte del sujeto *intraneus;* finalmente, en el delito de concusión si bien se trata de una propuesta del funcionario, esta propuesta no es voluntaria sino "obligatoria" o "inducida" hacia una víctima concreta, propuesta que lleva implícita una finalidad específica de carácter económico-lucrativa por parte del sujeto *intraneus*.

[938] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 738.

3. EL DELITO DE COHECHO (ACTIVO) COMO DELITO DE ENCUENTRO

El cohecho activo está construido como un tipo penal de participación necesaria, (término alemán) o de delitos de intervención necesaria (término de Maurach/Gossel/Zipf) o también llamados delitos pluri-subjetivos o bilaterales (término italiano o español); es decir, donde se requiere de la participación del sujeto pasivo para la realización del tipo penal[939].

Como es sabido, el delito de intervención necesaria tiene dos grandes grupos: a) *delitos de convergencia*: por ejemplo la rebelión (Art. 346); el hurto agravado cometido por más de dos personas (Art. 186, numeral 6), o la asociación ilícita (Art. 317); y b) *delitos de encuentro*, como es el delito de favorecimiento de la prostitución (Art. 179), el delito de usura (Art. 214), el delito de nombramiento ilegal (Art. 381), y el

---

[939] Según ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 69 y siguientes, los grupos de casos de participación necesaria son los siguientes:

1) La participación es "necesaria" según el tenor de la ley, la cual no prevé, sin embargo, la punición, sino la protección del partícipe.
2) La participación no es necesaria según el tenor de la ley para que el delito se lleve a cabo o cuando esta participación vaya más allá del mínimo necesario y donde el sentido de la ley es el de proteger a este.
3) Casos en los cuales el hecho punible debe favorecer a otra persona que interviene en el hecho.
   3.1. Casos en los que el favorecido es partícipe necesario del delito del autor, pero su conducta también está tipificada por separado en otros tipos penales.
   - Nombramiento ilegal (Art. 381, primer y segundo párrafo)
   - Cohecho pasivo (Art. 393) - Cohecho activo (art. 397)
     Debe destacarse que existen delitos donde expresamente se incorpora la intervención del particular en delitos funcionales
   - Cohecho activo (Art. 397)
   - Colusión (Art. 384)
   - Nombramiento Ilegal
     Asimismo, existen delitos donde *implícitamente* se incorpora la intervención del particular en delitos funcionales:
   - Tráfico de influencias (Art. 400)
   - Peculado (Art. 387)

delito de tráfico de influencias (Art. 400), y obviamente el único delito de encuentro donde se reprime a los dos sujetos intervinientes, cual es el delito de cohecho: delito de cohecho pasivo (art. 393) y el delito de cohecho activo (art. 397).

En el caso del delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público (artículo 381 CP), se sanciona como pocas veces a los dos sujetos que intervienen en el "encuentro" lesivo en contra del bien jurídico protegido. Es decir, sanciona por un lado a aquel sujeto sumamente especial (solo habla de funcionario público y no servidor público, parecido al delito de abuso de autoridad), que hace un "nombramiento" para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales; y otro lado, a renglón seguido, se sanciona a aquel que "acepta" el cargo sin contar con los requisitos legales.

Ahora bien, la particularidad del delito de cohecho activo, es que aqui solo será punible la conducta típica del autor o particular, mientras que la conducta del otro (el funcionario) solo será punible si adicionalmente cometiere su propio injusto (aceptar), previsto por separado en la ley. Asimismo, aunque no se mencione expresamente, nada impide que el acto de corrupción pueda ser efectuado a través de un tercero.

4. EL DELITO DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO

4.1. Descripción legal. Evolución legislativa

El actual delito de cohecho activo genérico se encuentra previsto y sancionado en el Art. 397° del Código penal (generado por la Ley N° 30111 del 26-11-2013), de la siguiente manera:

> ***Art. 397: Cohecho Activo Genérico***
>
> *"El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos setenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con trescientos setenta y cinco a setecientos treinta días-multa".

El Código penal de 1991, en su texto original, el delito de cohecho activo ("propio" –en el primer párrafo– como el "impropio" –en el segundo párrafo–) se encontraba previsto y sancionado en el artículo 399°, el mismo que tenía la siguiente descripción: *"El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años".*

Por su parte, el Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[940], en el Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios, se regula bajo el rubro "Corrupción de funcionarios" (Sección IV), el cohecho activo genérico, en el artículo 451° en los siguientes términos: *"El que, con cualquier modalidad ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1, 2, 3, 4 y 8 del Código penal. El que con cualquier modalidad ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funciona-*

(940) Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 258.

rio o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo sin faltar a su obligación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años".

4.2. Legislación penal comparada

El Código penal alemán regula el delito de cohecho activo, bajo los siguientes tenores:

§ 334. Cohecho

(1) Quien ofrezca, prometa u otorgue una ventaja a un titular de cargo o a un empleado público especialmente comprometido con el servicio o a un soldado del ejército federal, para él o para un tercero como contraprestación por haber efectuado una acción de servicio, o para que la efectúe en el futuro y con ello haya violado o viole en el futuro sus obligaciones, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.

(2) Quien ofrezca, prometa u otorgue para sí o para un tercero una ventaja a un juez o árbitro como contraprestación por:

1. Haber efectuado una acción judicial y con ello haya violado sus obligaciones judiciales.
2. Efectuarla en el futuro y con ello violando sus obligaciones judiciales, será castigado en los casos del numeral 1, con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años; en los casos del numeral 2, con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años. La tentativa es punible.

(3) En caso de que el autor ofrezca, prometa u otorgue la ventaja como contraprestación por una acción futura, entonces deben aplicarse los incisos 1 y 2, cuando él intente determinar al otro, para que este:

1. Viole sus obligaciones con la acción o
2. En cuanto la acción esté dentro de su discrecionalidad, se deje influenciar por la ventaja en el ejercicio de su discrecionalidad.

Por su parte, el actual Código penal argentino regula el delito de cohecho activo, bajo el siguiente tenor:

> **ARTÍCULO 258.** - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciere u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.
>
> *(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 25.188 B.O. 01/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)*
>
> **ARTÍCULO 258 bis** — Será reprimido con reclusión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.
>
> *(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.825 B.O. 11/12/2003)*
>
> **ARTÍCULO 259.** - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 15), que en el punto de Soborno de funcionarios públicos nacionales, señala expresamente:

> *"Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:*
>
> *a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales".*

5. EL DELITO DE COHECHO ACTIVO GENÉRICO (PROPIO)

Volviendo al Código penal peruano, el tipo penal en estudio (cohecho activo genérico), tiene a su vez dos clasificaciones bien definidas, que son: el delito de cohecho activo genérico **propio** que se encuentra regulado en el primer párrafo (*"El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones..."*); y por otro lado, el delito de cohecho activo genérico **impropio** que se encuentra regulado en el segundo párrafo (*"El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargos o empleo, sin faltar a su obligación..."*).

5.1. Tipicidad objetiva

Enseguida pasaremos a analizar cada una de ellas.

5.1.1. Sujeto activo

El sujeto activo de este ilícito al tratarse de un delito común, puede ser cualquier persona, incluyendo a otro funcionario o servidor público que no posea las facultades específicas para realizar el acto funcionarial.

5.1.2. Sujeto pasivo

Como en todos los delitos de corrupción, el sujeto pasivo lo será el Estado y de manera concreta la entidad a la que pertenece el funcionario público.

5.1.3. Conducta típica

La conducta típica puede resumirse en los siguientes puntos:

5.1.3.a. Sobre los verbos rectores

- El primer verbo rector se trata de **"ofrecer"** un medio corruptor (donativo, ventaja o beneficio), que define una acción de propuesta u ofertamiento unilateral que partiendo de un sujeto indeterminado va dirigida al funcionario o servidor público, quien poseyendo competencia (vinculación funcional) se compromete a su vez a realizar u omitir actos públicos de función o servicio que supongan quebrantamiento de sus obligaciones. En otras palabras, el término ofrecer significa: comprometerse alguien a dar algo a otra persona.

  En este punto, podemos mencionar los llamados "ofrecimientos implícitos" por parte del cohechante activo, tal como precisa la siguiente Ejecutoria Suprema: "El delito efectivamente perpetrado es el de cohecho activo [...], previsto y sancionado por el artículo 398°] del Código penal, que solo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a 'comprar' la función pública, no hace falta aun cuando los incluya un acuerdo previo; que el tipo penal en mención requiere que el agente, a través de dádivas, promesas o ventajas, trate de obtener una determinada conducta funcional del funcionario involucrado, esto es, genere en él un estado de disposición para la 'venta' de la función pública; *que esta figura también admite, como una de sus formas posibles para lograr el propósito criminal, las vías implícitas, como en el presente caso, en que el imputado deja un sobre conteniendo dinero a modo aparente de*

'regalo', pero deja implícita su voluntad de conseguir una decisión fiscal favorable a los intereses que patrocinaba"[941].

En este punto, la Convención Interamericana contra la Corrupción precisa que el ofrecimiento o el otorgamiento pueden realizarse *"directa o indirectamente"*. Al igual que el soborno pasivo, el requerimiento indirecto puede comprender dos situaciones. La primera, referida a los casos en que el particular se vale de otra persona que a sabiendas ofrece o entrega. La segunda se refiere a que el ofrecimiento se realice mediante *insinuaciones o actitudes*[942]. La primera forma está vinculada con el tema de la participación delictiva. El partícipe ya sea a título de cómplice primario, cómplice secundario, también debe ser sancionado, conforme lo prescribe el Artículo VI. e) de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En la legislación penal peruana no existen dificultades para la sanción de los cómplices en aplicación del artículo 25 del Código penal. Respecto al ofrecimiento realizado mediante insinuaciones o actitudes, no existe previsión expresa en la legislación penal peruana, por lo que la inclusión de la frase *"directa o indirectamente"* cumpliría esta función[943].

- El segundo verbo rector implica **"dar"** un medio corruptor (donativo, ventaja o beneficio) en cambio, y con referencia a la anterior variante, supone un acto de entrega material, por parte del sujeto activo, y otra de recepción, por el sujeto público, que nos muestra un delito de resultado, en el que no basta el

---

(941) Ejecutoria Suprema de 14 junio 2004, SPP. R.N. N° 3778-2003-Lima (San Martín Castro, César, Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006, p. 648).

(942) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción, Lima, mayo del 2000, Considerando 60.

(943) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra La Corrupción, Lima, mayo del 2000, Considerando 62.

ofrecimiento, más aun el ofrecimiento no es elemento típico de esta modalidad[944]. En otras palabras, dar significa: entregar, conceder, otorgar, desprenderse de algo.

Según Peña-Cabrera Freyre la modalidad típica "...de 'dar', puede manifestarse, en dos planos a saber: sea por la solicitud previa del medio corruptor por parte del funcionario o servidor público o, motu proprio, a iniciativa del agente del delito, del particular, quien le proporciona la dádiva, promesa o cualquier tipo de ventaja, a cambio de que el intraneus, ejecute una conducta (acción u omisión), en violación a sus deberes funcionales"[945].

- El tercer verbo rector implica la **"promesa"** que es el acuerdo de ambos sujetos, el particular o sujeto indeterminado con cumplir a futuro con sus obligaciones, mientras que el funcionario o servidor se asegura para después el donativo ventaja o beneficio. En otras palabras, el término prometer significa: obligarse y ofrecerse a hacer o dar algo a otra persona.

  En este punto, Peña-Cabrera Freyre afirma que "...esta variante parece inclinarse con mayor fuerza a la idea de un cohecho "unilateral" (*mono subjetivo*), donde su consumación delictiva, está desvinculada de la actitud que vaya a tomar el funcionario o servidor público, si acepta o no la promesa, para ejecutar un acto en violación de sus deberes funcionales"[946].

Una conducta que resultaba cuestionable de cara a una correcta interpretación de las normas de la Parte general y Parte especial, era la descrita en el artículo 399° del Código penal (versión original), donde se sancionaba el delito de cohecho activo mediante las palabras "*el que trata de corromper a un funcionario*", lo que daba a entender que se

---

(944) ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 741.

(945) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial, tomo V*, Lima, 2010, p. 540.

(946) PEÑA CABRERA FREYRE; tomo V, 2010, p. 541.

reprimía la tentativa como delito consumado, sin que quede del todo claro el límite del comportamiento punible[947].

En este sentido, el "tratar de corromper", como conducta unilateral pero reprochable y contractual del comprador, significará proponer al funcionario la compraventa de sus deberes. Es decir, la conducta típica incluirá siempre el conocimiento por parte del funcionario (aunque no necesariamente la aceptación) de la propuesta ilícita del otro; además la "voluntad" de que el otro realice la conducta en el sentido del pacto injusto. Con el término *tratar de corromper* se refería, de manera muy general, a cualquier acción dirigida a "comprar" o hacer que el funcionario "venda" la función pública. De esta manera, siempre debe concurrir una conducta unilateral y de mano propia del sujeto; por tanto, no podría considerarse una corrupción activa cuando la propuesta provenga del propio funcionario y el particular acceda libremente a ella[948].

Ahora con la modificación que hubo a partir del año 2004, el cohecho activo correctamente se afianzó como un delito de estructura consumada, mediante la frase: *"El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público"*, es decir, se necesita, para la consumación respectiva, que el sujeto activo ofrezca, de o prometa dar cualquiera de los medios corruptores previstos en la ley penal.

5.1.4. Sobre la propiedad de la conducta del cohechante activo

El elemento que conforma la tipicidad objetiva es la ilegalidad, en referencia a que el funcionario debe hacer u omitir algo en violación de sus obligaciones. Se trata, por lo tanto, de un cohecho activo propio,

---

[947] De la misma manera: HURTADO POZO, José; *"Interpretación y aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias"*, en: Anuario de Derecho Penal 2005 Interpretación y Aplicación de la Ley Penal, p. 278.

[948] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Palestra, Lima 2003, p. 467.

es decir, el acto de corrupción dirigido contra un funcionario público para que este viole sus deberes funcionariales por acción u omisión.

5.1.5. Los medios corruptores

Los medios corruptores son el "donativo", "promesa" (de donativo, pero también abarcaría de una ventaja o un beneficio), "ventaja" u otro "beneficio" (como puede verse son los mismos medios que se exigen en el cohecho pasivo, tanto propio como el impropio). Conforme se puede advertir, los medios corruptores deben ser bienes individualizables con un contenido patrimonial o cualquier otra prestación sea con contenido patrimonial o no; a su vez deben ser capaces de consumar formalmente el delito y deben tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora; es decir, no solo basta con la simple promesa de dar cualquier tipo de donativo, este tiene que ser de tal magnitud que haga que el partícipe de este delito de encuentro, es decir, el funcionario o servidor público se involucre en el acto corruptor, subsumiendo de esta manera la conducta prescrita por el tipo penal.

El acto de corrupción deber ser libre y voluntario. De esta forma, si el sujeto activo paga, incluso buscando que el funcionario viole sus deberes funcionariales, pero engañado por este en el sentido de que el pago corresponde a una "tasa especial", no habrá "cohecho activo". Tampoco habrá delito si el sujeto da la ventaja ante la exigencia u obligación impuesta por el funcionario, pues en este caso, ha existido violencia o amenaza.

Como es sabido, el artículo 397° del Código penal refiere el término "ventaja" como uno de los medios corruptores utilizables por el cohechante activo. Al respecto, la doctrina ha realizado la problemática distinción entre las llamadas *ventajas materiales* y las *ventajas inmateriales*. Con relación a la primera son que aquellas que poseen un contenido objetivo, mensurable económicamente; en este punto pueden señalarse las ventajas *políticas* (por ejemplo: el cohechante activo, socio fundador de un Partido Político, le ofrece –aunque puede ser que efectivamente le dé– a un servidor del Poder Judicial ser candida-

to para las próximas elecciones congresales, regionales, municipales) o también cabe la posibilidad de las ventajas de índole *laboral* (por ejemplo: el cohechante activo, próspero empresario, le ofrece –aunque puede ser que efectivamente le dé– a un servidor del Ministerio Público un puesto de trabajo para él en el futuro, y aquí se complica aún más, porque normalmente el puesto de trabajo es para una tercera persona vinculada al funcionario o servidor público (véase: esposa, hermanos, etc.).

Sin embargo, pueden también admitirse las *ventajas inmateriales*, sin embargo, estas últimas no han podido ser definidas concretamente hasta la fecha, pues algunas veces esconden en su interior auténticas ventajas materiales (en el sentido de mensurables económicamente) como en el caso del favor sexual (existe un mercado de ello) o bien van demasiado lejos y abarcan conductas altruistas o inocuas (la mera satisfacción propia, la vanidad de las personas, etc.). Especialmente actual es el problema de la ventaja inmaterial en el caso de los "fondos de terceros" o los "auspicios" en la actividad de algunos funcionarios públicos (particularmente los médicos contratados o nombrados por el Estado, investigadores de instituciones científicas o universidades que auspician determinadas personas, y que estas personas investigadores de una materia, tienen que ser obviamente funcionarios o servidores del Estado).

El elemento "ventaja" también trae algunos problemas de interpretación para determinar exactamente su *magnitud dentro del Derecho penal*. En la doctrina penal dominan posturas que admiten algunos criterios normativos de exclusión típica, como pueden ser la "adecuación social de la conducta" o los criterios de "imputación objetiva (del resultado)" que permitirían excluir en principio la tipicidad penal de cohecho activo (en cualquiera de sus modalidades típicas), sobre todo de algunos casos de ventajas mínimas o inocuas; en todo caso, debería pensarse de *lege ferenda* en proponer la introducción de ciertas cuantías económicas para determinar la tipicidad del cohecho activo, sobre todo las ventajas netamente materiales, aunque encontraríamos serios inconvenientes porque aquí –a diferencia del peculado que sí tiene pa-

rámetros económicos– el bien jurídico es de naturaleza institucional inmaterial –imparcialidad–.

Tanto en las ventajas materiales o inmateriales pueden presentarse casos de verdaderos *"triángulos"* o en *"cadena"* entre las personas involucradas en el proceso corruptivo, es decir, cuando el cohechante activo ofrece o da a un funcionario o un servidor público por ejemplo una promesa de contrato –escrito u oral– de trabajo para una empresa privada, donde el cohechante es el actual Gerente General; sin embargo, el funcionario o servidor público le hace conocer al cohechante activo que dicha promesa laboral no lo utilizará para él, sino que en todo caso se lo dará a su esposa, y el tema se complica aún más cuando esta se lo da a su "sobrino" que recién acaba de terminar la Universidad. Como puede observarse, la ventaja ilícita que en principio era para el "funcionario público" terminó finalmente en manos de su "sobrino", pasando por breve término a la "esposa" del funcionario.

El caso de los denominados "triángulos" o en "cadena" trae consigo el problema de los grados de participación delictiva –artículos 24 y 25 del Código penal peruano– precisamente de las personas –*intraneus* y *extraneus*– en el evento corruptivo. En ese sentido, pueden utilizarse diversas teorías que explicarían los grados de intervención personal: así, los criterios de imputación objetiva en la participación delictiva –conductas neutrales o estandarizadas, siempre y cuando los *extraneus* sean considerados cómplices o instigadores y las ventajas sean mínimas, exiguas y/o inofensivas hacia el bien jurídico "administración pública–"; por otro lado, también puede utilizarse las teorías de la accesoriedad de la participación delictiva con relación al autor, siempre y cuando el o los cómplices –la esposa o el sobrino en nuestro caso– tengan pleno o presunto conocimiento sobre la ventaja –material o inmaterial– que está aceptando o recibiendo de parte del funcionario o servidor público.

5.2. Tipicidad subjetiva

Respecto a la tipicidad subjetiva, el tipo penal de cohecho activo genérico (propio) parece referirse solamente al dolo directo o de primer grado; el sujeto persigue con su "pago" o "ofrecimiento" que el

funcionario o servidor público viole o infrinja sus funciones estatales específicas. Tradicionalmente se entiende el dolo como la conciencia o conocimiento de la realización del tipo, unido a un elemento volitivo. En tal sentido, el autor tiene que llevar a cabo dentro de su psiquis una representación de su actuación, pero además tiene que ir unido a la voluntariedad de ejecutar la realización de la misma.

Sin embargo, señala Abanto Vásquez, este tipo penal exige la presencia de un doble dolo, a decir, un dolo referido a la propia conducta, y por otro lado, al conocimiento y la voluntad de que el funcionario viole sus deberes funcionariales; en este segundo dolo basta el dolo eventual[949].

En efecto, para articular un juicio de imputación, desde una perspectiva de la creación de un riesgo penalmente prohibido, no solo basta con la realización de los elementos que conforman la tipicidad objetiva de un ilícito penal, sino también se debe valorar el elemento cognitivo y volitivo del agente a efectos de establecer si hubo por parte del agente intencionalidad de realizar el tipo. A mayor abundamiento, nuestro ordenamiento sustantivo proscribe la posibilidad de llevar a cabo una imputación sobre la base de la simple responsabilidad objetiva, como bien lo acota el art. VII del Título Preliminar del Código penal.

En este punto, una Ejecutoria Suprema ha señalado que es improcedente alegar el desconocimiento de la prohibición normativa en el delito de cohecho activo genérico. Así: *"El imputado admite que, a solicitud de un efectivo policial, le entregó dinero para que lo favorezca en una denuncia y que, ante la desestimación de esta, le pidió su devolución; empero, señala que no sabía que dicha conducta constituía delito. Este agravio, referido al desconocimiento de la prohibición normativa, carece de viabilidad, pues es evidente que para una persona media –incluso con estudios profesionales inconclusos– dar dinero a un efectivo*

[949] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., pp. 475-476.

policial para que lo favorezca en una investigación es una conducta delictiva. La regla de experiencia así lo determina. Por otro lado, la alegación del encausado de que incurrió en desesperación u ofuscamiento para aceptar el requerimiento policial es inaceptable. El acto de solicitud y posterior entrega de dinero, así como la devolución de este, no revelan un estado emocional que lo exima de acción penal por exclusión de su culpabilidad. El juicio de culpabilidad por la comisión como autor del delito de cohecho activo genérico (artículo 397, primer párrafo, del Código penal) y la necesidad de una sanción penal y de reparación civil son inobjetables"[950].

5.3. Grados de desarrollo del delito

Por último, en cuanto a la consumación del cohecho activo, estamos frente un delito cuyo injusto consiste en el pacto venial, es decir, el deseo de comprar la función pública. En tal sentido, como aspecto muy importante a efectos de configurar el reproche penal contra el agente, es importante delimitar el grado de desarrollo del delito de cohecho activo específico. Sobre el particular, cabe acotar que la consumación de este ilícito penal se produce con la entrega del donativo o la ventaja, o en el momento en que se realiza la promesa de la entrega futura de un donativo, ventaja.

Con este precepto, lo que el legislador quiere es adelantar las barreras de protección penal, tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, que se consuman instantáneamente al producirse la oferta para corromper. Basta para consumar el solo ofrecimiento (delito instantáneo), el poner al alcance aunque no en la mano del funcionario el regalo de algún bien (o dinero, o crédito, o comercio sexual, etc.), no siendo necesario la efectiva entrega de la cosa por parte del sujeto activo. Alcanza con tentar al funcionario o tomar algo, siendo

---

[950] Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N° 2674-2009-Cajamarca de fecha 15 de julio de dos mil diez (Sumilla de Jurisprudencia. En: Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima: 2014, tomo 59, Editorial Gaceta Jurídica, p. 183).

indiferente la aptitud que este asuma, pues el delito se consuma tanto si acepta como si se rechaza el ofrecimiento[951].

Todas las modalidades de acción requieren de la realización de una actividad (la emisión de una declaración de voluntad o la recepción de una dádiva, física o jurídicamente), pero no de la obtención de un resultado lesivo. La pretensión del sujeto activo tiene que ser al menos conocida por el funcionario. Si el funcionario o servidor público aceptó la proposición corruptora, su comportamiento se tipificará como cohecho pasivo.

En líneas generales, el cohecho pasivo –propio e impropio– presupone un cohecho activo, pues el funcionario o servidor público no puede cometer por sí mismo el cohecho pasivo si el cohechante activo no ha dado, ofrecido o prometido el donativo, promesa, ventaja u otro beneficio para que realice u omita actos en violación o dentro de sus obligaciones funcionales. Por el contrario, puede existir la tipificación del cohecho activo (genérico y específico) sin que concurra un cohecho pasivo (por ejemplo, el funcionario no acepta la oferta corruptora). No podrá darse el cohecho pasivo si no se da de manera necesaria el cohecho activo, pero como tipos penales independientes y no como forma de participación criminal. Ahora bien, quien ofrece o promete puede actuar, por ejemplo, inculpable –por error *juris*– sin que ello obste a la comisión del delito por parte del funcionario público, en cuanto este reciba lo ofrecido o acepte lo prometido con las finalidades previstas por la figura delictiva. Sin embargo, un caso especial –como hemos visto– es el segundo párrafo del art. 393, y segundo párrafo del art. 394 con las indicaciones que se han anotado.

---

[951] CNCas. Pen, sala III, 11-8-99-"MP y otros/Recurso de casación", c. 1833, PJN Intranet (extraído de DONNA (Dir.), *Revista de Derecho Penal*, 2004-I, p. 408.

6. TIPICIDAD OBJETIVA DEL COHECHO ACTIVO GENÉRICO (IMPROPIO)

6.1. Descripción legal

Como hemos expuesto, este delito se encuentra sancionado en el segundo párrafo del artículo 397° del Código penal, en los siguientes términos:

> *"El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa".*

6.2. Conducta típica

6.2.1. Sujeto activo y s ujeto pasivo

Se trata de un delito que cualquier persona lo puede realizar.

El sujeto pasivo lo será el Estado.

6.2.2. Sobre los verbos rectores

El tipo penal está construido sobre la base de tres circunstancias específicas, que son la de *"ofrecer", "dar" o "prometer"* los medios corruptores. Estos verbos rectores ya fueron analizados en el anterior párrafo.

6.2.3. La impropiedad de la conducta del cohechante activo

Sobre todo la última parte de la descripción típica del artículo 397° ("sin faltar a su obligación") es la que lo diferencia del cohecho activo propio, pues en esta los medios corruptores van dirigidos a que el funcionario viole sus deberes funcionales. En otras palabras, en el cohecho activo impropio el sujeto activo, *extraneus*, debe tener la ple-

na convicción de que el funcionario o servidor público va a resolver su caso o su tema, sabiendo que dicho funcionario no quebrantará sus deberes funcionales, es decir, que su accionar deba estar ajustada a Derecho.

Ni se viola formalmente la legalidad sustantiva ni se trata en propiedad de corrupción en sentido estricto. El núcleo del injusto penal, el centro de gravitación de la ilicitud se localiza en el hecho del irrespeto del sujeto indeterminado a los agentes personalizados de la administración pública, quienes gozan de facultades y competencia para actuar u omitir en el contexto de las expectativas del sujeto activo[952].

Ahora bien, ¿cómo saber que el funcionario público actuará de acuerdo a Derecho cuando recibe o acepta algún medio corruptor?, ¿de la licitud o ilicitud en el ejercicio de su función sabrá el sujeto activo, cuando promete o da algún medio corruptor? Porque cuando un sujeto da o promete algún medio corruptor a un funcionario o servidor, lo hace porque quiere que su caso o asunto salga de acuerdo a sus intereses, que salga a su favor, no interesando, para estos efectos ilícitos, que el funcionario o servidor ampare su resolución, dictamen o simplemente su accionar, en el ordenamiento jurídico.

En todo caso, la diferencia entre un cohecho activo –si es propio o impropio– lo marcará desde nuestro punyo de vista la tipicidad en la cual estará involucrado el funcionario o servidor de acuerdo a su accionar concreto en el proceso penal. Esto es, si la tipicidad del funcionario o servidor está como cohecho pasivo "propio", en igual sentido, lo será para el cohechante activo, que será imputado por cohecho activo "propio". Sería impensable, y un evidente contrasentido, que exista un proceso penal por cohecho activo impropio del *extraneus*, y el funcionario o servidor público lo esté, en el mismo proceso, por cohecho pasivo propio. Hubiera sido preferible que el delito de cohecho activo, con el

[952] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 745.

cual estamos de acuerdo con su tipificación, sea totalmente genérico en su descripción típica, sin especificar o detallar ningún tipo de clasificaciones de propio o impropio.

La diferencia entre un cohecho activo propio como impropio no solo se tendrá en cuenta en el plano de la tipicidad penal, sino que también lo será en el plano de la sanción punitiva, desde que el cohecho activo impropio tiene una pena atenuada (reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años) con relación al cohecho activo propio (reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años).

6.2.4. Sobre los medios corruptores

Ahora bien, en cuanto a los medios corruptores, estos serán los mismos que se exige para la tipicidad del cohecho pasivo propio e impropio, como son la "promesa del donativo", el propio "donativo", la "ventaja" y el "beneficio".

Los medios corruptores no tendrían ninguna relevancia jurídico-penal, si es que no tendrían alguna finalidad delictiva, y efectivamente, los medios corruptores deben tener una relación de causalidad dirigida a que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación. Por ejemplo, una persona deja un obsequio en la casa de un funcionario por su cumpleaños, y dicha persona no tiene ningún caso o tema que deba resolver el funcionario.

6.3. Tipicidad subjetiva

Como es obvio, esta conducta solo se puede realizar a título de dolo por parte del *extraneus* (cohechante activo). En otras palabras, el tipo penal de cohecho activo genérico (impropio) parece referirse solamente al dolo directo o de primer grado: el sujeto persigue subjetivamente que con su "pago" u "ofrecimiento" realizado directamente al funcionario o servidor público, este realice sus funciones u obligaciones estatales, es decir, sin quebrantar los mismos.

7. EL DELITO DE COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO DIRIGIDO AL MAGISTRADO, FISCAL, PERITO, ÁRBITRO, MIEMBRO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO O ANÁLOGO (ARTÍCULO 398°, PRIMER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL)

7.1. Descripción legal

Este delito se encuentra previsto en el artículo 398°, primer párrafo (artículo modificado por el Decreto legislativo 1243 del 22/10/2016), del Código penal, en los siguientes términos:

> *El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [953], en el Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios, se regula bajo el rubro "Corrupción de funcionarios" (Sección IV), el Cohecho activo específico, en el artículo 453°, primer párrafo, en los siguientes términos: *El que con cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3, 4 y 8 del artículo 35 del Código penal.*

---

[953] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 258.

7.2. Comentarios

En la segunda parte del artículo 398° del Código penal se reprimen a aquellas personas naturales –pueden ser sujetos *extraneus*, aunque pueden ser también funcionarios o servidores públicos pero que no tengan competencia o conocimiento del asunto o controversia a resolver– que entregan o prometen entregar donativo o ventaja indebida a ciertas personas que tienen capacidad de decisión sobre un asunto o controversia que están efectivamente conociendo. Como puede verse, se tratarían de ciertas personas funcionariales que la Constitución Política y la Ley le han conferido el poder de resolución o definición de la controversia –a unos más absolutos y autónomos que otros– dentro de su ámbito de competencia.

En realidad la "especialidad" del presente ilícito no radica definitivamente en el sujeto activo o autor, que puede ser cualquier persona –delito común–, sino en la persona física sobre el cual recae la acción corruptiva del sujeto activo, que son las personas señaladas expresamente en el segundo párrafo del artículo 398°: "magistrado", "fiscal", "perito", "testigo", "árbitro", "miembro del tribunal administrativo" u "otro análogo".

Así las cosas, pasaremos revista a cada una de esas personas con cierta cuota de poder. Cuando se habla de *magistrado* se está refiriendo en primer término al juez –en cualquiera de sus instancias jerárquicas, especialidades y forma de asunción del cargo: provisional (supernumerario) o titular– que labora dentro del Poder Judicial, aunque también abarcaría el término magistrado al *fiscal o miembro o representante del Ministerio Público* –que es aquella persona que normalmente tiene la función de persecución y la carga de la prueba del delito–; sin embargo, el Código penal peruano ha preferido nombrar al fiscal por separado del término magistrado. Aunque el término fiscal no solo estaría relacionado directamente a la función dentro del proceso penal, sino también dentro de cualquier proceso judicial donde se admita legalmente su presencia: por ejemplo, contencioso-administrativo, familiar, etc.

Por su parte, el *perito* es aquella persona que posee especiales conocimientos técnicos y prácticos, el mismo que informa al juzgador sobre asuntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia; en otras palabras, se trata de una persona "técnica" que ayuda y complementa la labor jurisdiccional, por ello, cuando emite un informe pericial –peritaje–, está decidiendo sobre una materia en controversia, que muchas veces es determinante para el correcto cauce del proceso judicial o administrativo; lo mismo pasa con la persona *testigo* –en sentido amplio de la expresión que es aquella persona imparcial que ayuda a corroborar o desbaratar una imputación fáctica– de un proceso judicial, máxime si se trata de un testigo presencial, directo, y clave para el desarrollo del proceso judicial.

De la misma forma, podemos señalar del *árbitro*, que es aquella persona que es nombrada por las partes involucradas para resolver una diferencia o controversia mediante sentencia arbitral, que normalmente se llama laudo. Por último el Código penal menciona expresamente a los *miembros de tribunal administrativo*, que son aquellos jueces o magistrados que tienen a su cargo el conocimiento de resolver las controversias de índole contencioso-administrativos, empero, habrá que advertir que aun cuando el tipo penal señale de "miembros" de un tribunal, el acto de corrupción puede presentarse tan solo en uno de los miembros del colegiado o tribunal.

En realidad, si observamos a las personas nombradas en este párrafo del artículo 398° del Código penal, se trata de ciertas personas, o mejor dicho de ciertos funcionarios públicos –véanse "magistrados", "fiscales", "miembros de tribunal administrativo" o cualquier otro análogo– o ciertos colaboradores directos de la administración de justicia –véase "testigos" o "peritos"–, todos ellos van a tomar ciertas decisiones sobre un caso netamente controversial, donde exista una *litis* o disputa sobre un derecho u obligación; donde definitivamente, cualquier conducta de corrupción por parte del cohechante activo desestabiliza la normalidad del curso procesal en busca de la averiguación de la verdad material; por consiguiente la represión penal se torna mucho más gravosa en función al marco mínimo de punibilidad en este delito (así

el delito en comentario tiene una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años más inhabilitación) con relación a la represión de aquellas personas que cumplen una labor de complementación o auxilio a la función jurisdiccional o administrativa (véase el artículo 398°, segundo párrafo, que tiene una pena privativa de libertad no menor de cuatro de ni mayor de ocho años más inhabilitación).

Habrá que advertir que este delito establece al final de las personas señaladas expresamente, una constante en las descripciones típicas de nuestra Parte especial o legislación complementaria, cual es la interpretación judicial de corte analógico, pues señala "*...otro análogo...*", y aquí pueden entrar por ejemplo los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Tribunal Registral, entre otros; y en nuestra opinión solo se tratarían de funcionarios públicos con poder de decisión dentro del territorio nacional; por ejemplo, los jueces, tanto de la Comisión como de Corte Interamericana de Derechos Humanos no estarían como "personas pasivas" de la corrupción activa por ser un órgano supranacional.

Al final de todo, el mensaje del legislador penal nacional, en esta parte del ilícito, es que las personas con el noble poder de decisión, trabajen y desarrollen su argumentación con total tranquilidad y sosiego, y que la única motivación sea la que provenga de la ley, la Constitución Política y la razón, y por consiguiente, que no reciban o acepten proposiciones distractivas de carácter ilícito –por ejemplo medios corruptores como donativos, promesas, ventajas o beneficios– por parte de agentes externos –cohechantes activos– que vayan a distorsionar la decisión de aquellas personas que tienen ese poder. En ese sentido, la idea es que los magistrados, los fiscales, los testigos, entre otros, no acepten ni mucho menos reciban medios corruptores, que denuncien penalmente estos hechos, porque de lo contrario, si aceptan o reciben, estarían siendo parte de la corrupción funcionarial pasiva específica, sancionado por el artículo 395° del Código penal, modificado a través de la Ley N° 28355 del 06-10-2004.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, el cohechante activo debe realizar la conducta descrita en el segundo párrafo del artículo 398° de manera dolosa –aun sería admisible la presencia del denominado dolo

eventual–. El comportamiento doloso implica que el agente debe conocer efectivamente o presumiblemente que a quien va a corromper se trata de un magistrado, de un fiscal, de un perito, de un testigo, de un miembro de tribunal administrativo u otro análogo; de lo contrario, ante el desconocimiento de un elemento del tipo objetivo, estaríamos ante un error de tipo –artículo 14°, primer párrafo, del Código penal–.

7.3. Tipicidad subjetiva

Esta modalidad conductual solo se puede realizar a nivel de dolo; es decir, a nuestro criterio el cohechante activo debe conocer –o debe presumir su conocimiento– de al menos tres elementos relevantes, unidos temporal y causalmente: en primer lugar, que el sujeto conozca que lo que está ofreciendo, dando o prometiendo sea un "donativo", "promesa" , "ventaja" o "beneficio"; en segundo lugar, que conozca a quien se está dirigiendo, es decir que sepa que se trata de un "magistrado", de un "fiscal", de un "perito", de un "árbitro", de un "miembro de tribunal administrativo" u otros funcionarios de decisión "análogos"; y en tercer y último lugar, que el sujeto conozca que los medios corruptores sean con único fin de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

El desconocimiento por parte del sujeto activo de alguno o todos los elementos subjetivos antes citados, daría pie a un *error de tipo,* de acuerdo al artículo 14°, primer párrafo, del Código penal.

8. EL DELITO DE COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO DIRIGIDO AL SECRETARIO, RELATOR, ESPECIALISTA, AUXILIAR JURISDICCIONAL, TESTIGO, TRADUCTOR O INTÉRPRETE O ANÁLOGO (ARTÍCULO 398°, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL)

8.1. Descripción legal. Evolución legislativa

Este delito se encuentra regulado actualmente en el artículo 398°, segundo párrafo, del Código penal (artículo modificado por el artículo 1° de la Ley N° 28355 del 06/10/2004), en los siguientes términos:

"Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa".

El texto original del Código penal de 1991 no establecía un delito expreso del cohecho activo del abogado dirigido hacia auxiliares de la administración de justicia, esto viene recién en el año 1992, mediante el Decreto Ley N° 25489 del 10 de mayo de 1992, bajo el siguiente tenor: *Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja lo hace el abogado a un testigo, perito, traductor, intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4) del artículo 36° del Código penal, y con noventa a ciento veinte días multa".*

Como puede verse, los textos antes citados, en cuanto a las descripciones típicas son casi parecidas, y también en cuanto a las consecuencias jurídicas, en ambas reformas legales se sanciona dicho delito con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, y su respectiva inhabilitación accesoria conforme al artículo 36° del Código penal, solo que ahora, en el texto vigente, se adiciona los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36° del Código penal.

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [954], en el Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios, se regula bajo el rubro "Corrupción de funcionarios" (Sección IV), el cohecho activo específico, en el artículo 453°, segundo párrafo, en los siguientes términos: *Cuando el donativo, promesa, ven-*

[954] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 258.

taja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3, 4 y 8 del artículo 35 del Código penal.

8.2. Sujeto activo y sujeto pasivo

En cuanto al sujeto activo este sigue siendo un tipo común, pues no se exige cualidades especiales en el autor, aunque sí que el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrezca o se entregue a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor, intérprete o análogo.

El sujeto pasivo lo será el Estado.

8.3. Conducta típica

Es necesario precisar que el delito de cohecho activo específico exige un concierto o acuerdo entre el funcionario público y el particular que ha llevado a cabo el acto corruptor; *en esta medida nos encontramos ante un delito de encuentro.* La doctrina penal ha enmarcado los delitos de encuentro como aquellos en los que existen varias acciones que son coincidentes con la dirección volitiva, ya que esa coincidencia hace que se impelen recíprocamente entre sí, de tal manera que el "encuentro" produce el efecto consumativo del respectivo tipo penal. Asimismo, en los delitos de encuentro es característico la necesidad de que el sujeto activo colabore con el pasivo para llevar a cabo las exigencias típicas, de tal manera que las conductas se entrecruzan dando lugar a este modo de tipicidad.

La acción típica está conformado por los verbos rectores: *"ofrecer o dar" (entregar).* El término ofrecer significa: comprometerse alguien a dar algo a otra persona; mientras que dar significa: entregar, conceder, otorgar, desprenderse de algo; por último el termino prometer significa: "obligarse y ofrecerse a hacer o dar algo a otra persona". El acto corruptor debe dirigirse a un secretario, relator, especialista, auxiliar

jurisdiccional, testigo, traductor, intérprete o análogo; y además debe ir dirigido a cualquier contribución que pueda aportar dentro del proceso cualquiera de los sujetos antes mencionados; no siendo *conditio sine qua non* del tipo que los actos de estas personas sean realizados inmediatamente antes del fallo, basta que su influjo se actualice en el momento de fallar y sirva de base para la resolución final.[955]

Como puede verse, el tipo penal en mención no solo castiga a aquellos sujetos que decidieron sobornar a los sujetos que "deciden" el caso judicial o administrativo u otros similares (véase el artículo 395° –cohecho pasivo específico–), sino que también el legislador nacional decidió incorporar como sujetos activos que deciden sobornar a aquellos sujetos que cumplen una función de colaboración dentro de la administración de justicia como son los secretarios de juzgados y de sala, los relatores de la sala, los especialistas del Poder Judicial, los auxiliares jurisdiccionales; sin embargo, pareciera que solo abarcaría a los auxiliares del Poder Judicial, y ¿los auxiliares del Ministerio Público también estarían inmersos dentro de esta categoría?

En nuestra opinión estarían involucrados dichas personas porque los Auxiliares del Ministerio Público cumplen una función postulatorio y requirente dentro de cualquier proceso judicial y por tanto, son parte fundamental en el ámbito de la administración de justicia. Por otro lado, también el legislador penal nacional ha previsto el soborno dirigido hacia los terceros imparciales dentro de un proceso penal, como son los testigos, aunque la ley penal no haga distinciones, se admite el término "testigo" en un sentido amplio, abarcando al testigo presencial o referencial, al testigo propio como al testigo impropio, entre otras; y también la ley penal sanciona aquel soborno dirigido hacia un traductor o intérprete o análogo, es decir, para aquellas personas que, por incapacidad de comunicación de la lengua castellana, necesiten del auxilio de otras personas especializadas para la traducción respectiva.

---

[955] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, p. 502.

Los medios corruptores son el donativo, ventaja u otro beneficio. Conforme se puede advertir, los medios corruptores deben ser bienes individualizables con un contenido patrimonial o cualquier otra prestación sea con contenido patrimonial o no; a su vez deben ser capaces de consumar formalmente el delito y tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora; es decir, no solo basta con la simple promesa de dar cualquier tipo de donativo, este tiene que ser de tal magnitud que haga que el partícipe de este delito de encuentro, es decir, el funcionario o servidor público, se involucre en el acto corruptor de esta manera, subsumiendo la conducta prescrita por el tipo penal.

En efecto, para articular un juicio de imputación, desde una perspectiva de la creación de un riesgo penalmente prohibido, no solo basta con la realización de los elementos que conforman la tipicidad objetiva de un ilícito penal, sino también se debe valorar el elemento cognitivo y volitivo del agente a efectos de establecer si hubo por parte del agente intencionalidad de realizar el tipo. A mayor abundamiento, nuestro ordenamiento sustantivo proscribe la posibilidad de llevar a cabo una imputación sobre la base de la simple responsabilidad objetiva, como bien lo acota el art. VII del Título Preliminar del Código penal.

8.4. Tipo subjetivo

La tipicidad subjetiva del delito de cohecho activo específico exige la presencia del dolo como elemento configurativo de este tipo de ilícito penal. Ahora bien, es importante destacar que la tipicidad de un delito doloso depende no solo de la realización del tipo objetivo, sino además de la realización del tipo subjetivo, es decir, fundamentalmente del dolo del autor. Sin embargo los elementos subjetivos no son cognoscibles directamente, sino a través de los elementos externos que objetivan un determinado contenido psíquico del comportamiento[956].

[956] BACIGALUPO, Enrique.; *Derecho penal. Parte general,* Lima 2004, pp. 304, 305.

Tradicionalmente se entiende el dolo como la conciencia o conocimiento de la realización del tipo, unido a un elemento volitivo. En tal sentido, el autor tiene que llevar a cabo dentro de su psiquis una representación de su actuación, pero además tiene que ir unido a la voluntariedad de ejecutar la realización de la misma.

8.5. Grados de desarrollo del delito

Por último y como aspecto muy importante a efectos de configurar reproche penal contra el agente, es importante delimitar el grado de desarrollo del delito de cohecho activo específico. Sobre el particular, cabe acotar que la consumación de este ilícito penal se produce con la entrega del donativo o la ventaja, o en el momento en que se realiza la promesa de la entrega futura de un donativo, ventaja.

Por último, la doctrina es clara respecto al grado de desarrollo de este delito, como bien señala Abanto Vásquez: "La consumación se produce con la entrega del donativo o la ventaja, en el momento en que se realiza la promesa de la entrega futura de un donativo o de la prestación de una ventaja".[957]

9. TIPICIDAD OBJETIVA DEL COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO MEDIANTE ABOGADO O ESTUDIO DE ABOGADOS

9.1. Descripción legal. Evolución legislativa

El actual y vigente delito de cohecho activo específico mediante abogado o estudio de abogados, en su tercer párrafo del artículo 398° del Código penal (artículo modificado por el Decreto Legislativo 1243 del 22/10/2016) se encuentra previsto y sancionado de la siguiente manera:

> *"Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de ocho años; inhabilitación, según correspon-*

[957] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, p. 501.

da, conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa".

Tenemos que advertir que en el texto original del Código penal de 1991 no se había previsto la punibilidad del abogado corruptor, esta incorporación legal recién viene en el año 1992, mediante el Decreto Ley N° 25489 del 10 de mayo de 1992, en la cual se adiciona el artículo 398°-A de la siguiente manera: *"Si en el caso del artículo 398°, es abogado el agente del delito de corrupción de un Magistrado, Árbitro, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1) a 8) del artículo 36° del Código penal, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa".*

Como puede verse, el delito de cohecho activo específico estaba clasificado en función a quien va dirigido los medios corruptores, si es para los funcionarios públicos de decisión, regulado en el primer párrafo del artículo 398° (magistrado, árbitros, fiscales, miembros de tribunal administrativo o cualquier otro análogo); o servidores públicos de apoyo o complementación de la administración justicia, regulado en el segundo párrafo del artículo 398° (testigo, perito, traductor, intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional). Situación que es prácticamente parecida a la actual regulación legal del cohecho activo del abogado.

En este punto, y quizá lo más criticable del Decreto Ley N° 25489 del 10 de mayo de 1992, en relación a la regulación punitiva del cohecho activo específico del abogado, era precisamente la incorporación del artículo 398°-B, denominado "efectos administrativos de la inhabilitación", el mismo que tenía el siguiente tenor: *"La inhabilitación que como accesoria de la pena privativa de libertad prevista en el artículo anterior se imponga a los autores del delito de corrupción de magistrados, será puesta en conocimiento de la Corte Superior de Justicia respectiva y del Fiscal Superior Decano para que en el caso del inciso 8) del artículo 36° se proceda a anular el asiento de inscripción en el Libro de Registro de Título, así como del Colegio de Abogados del Distrito Judi-*

cial correspondiente y de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, en el plazo de cinco (5) días. Igualmente, la inhabilitación impuesta de acuerdo al inciso 8) del artículo 36º será puesta en conocimiento de la Universidad que otorgó el Título Profesional del Abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días, proceda a su cancelación".

Como puede verse, se establecía una pena de "inhabilitación accesoria", que en realidad era una especie de inhabilitación de muerte civil y a la vez profesional en la persona del abogado que ha sido condenado en un proceso penal (pues se procedía a *anular* el asiento de inscripción en el Libro de Registro de Título, así como del Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente y de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, en el plazo de cinco días; asimismo, se procedía a poner en conocimiento de la Universidad –Nacional o Privada– que otorgó el Título Profesional del abogado al sentenciado o condenado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días, proceda a *su cancelación).*

Esta situación normativa que era desde nuestro punto de vista un verdadero exceso sancionatorio al abogado por parte del legislador nacional de aquel entonces, por ello autores como Abanto Vásquez decían que dicha reforma legal implicaba un verdadero "Derecho penal de autor", pues resultaba una imposición abusiva que el legislador penal dicte pautas de procedimiento al Colegio de Abogados, bajo amenaza de responsabilidad, para realizar las funciones propias de su organización[958]; como no podía ser de otra manera eso fue corregido mediante la Ley N° 28355 de fecha 06/10/2004, el mismo que derogó expresamente aquella pena de inhabilitación accesoria y ahora solo incorpora la pena de inhabilitación de modo conjunto y accesorio al abogado o que pertenezca a un estudio de abogados, todo ello conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del artículo 36° del Código penal y la incorporación de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

---

[958] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 502.

Por último, el Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[959], en el Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios, se regula bajo el rubro "Corrupción de funcionarios" (Sección IV), el cohecho activo específico mediante abogado o estudio de abogados, en el artículo 453°, tercer y último párrafo, en los siguientes términos: *Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma de parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3, 4 y 8 del artículo 35 del Código penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa".*

9.2. Sujeto activo y sujeto pasivo

La redacción de este tipo penal corresponde a un delito especial propio, en atención a que exige que el sujeto activo ostente determinadas condiciones especiales, que en este caso sería su condición de abogado o de pertenecer a un estudio de abogados.

El sujeto pasivo lo será el Estado.

9.3. Conducta típica

Conforme en los acápites anteriores se ha desarrollado la teoría dogmática jurídica respecto a los elementos que conforman la tipicidad tanto objetiva como subjetiva del delito de cohecho activo específico, se puede apreciar *prima facie* que si bien el sujeto activo del delito tiene que ser un abogado o una persona que integre un estudio de abogados, se exige además el acuerdo o concierto del sujeto activo con el sujeto objeto de la acción corruptora: "el funcionario o servidor público".

---

[959] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 258.

El tipo penal exige que sea un Abogado, es decir, una persona titulada y además colegiada por el Colegio de Abogados de cada Distrito Judicial. Qué pasa en el caso si una persona que ha ofertado una coima a un funcionario o servidor público, todavía no se ha colegiado, es decir, solo tiene su Título Profesional de Abogado ¿Cometerá el delito de cohecho activo en estudio? A nuestro juicio, habría que distinguir dos cosas; que en el tema legal-administrativo será necesario que todo profesional, para ejercicio de su profesión, esté debidamente colegiado, y si no lo realiza en su momento y aun así ejerce la profesión, recibirá una sanción disciplinaria (y un delito si hubiera) por parte del Colegio Profesional.

Ahora desde el punto de vista jurídico-penal, cuando el artículo 398° del Código penal exige para realizar la conducta que el autor sea un abogado, en nuestra opinión, para ser considerado como "autor" del delito, no será necesario que exhiba su respectiva colegiatura, pues si bien dichos profesionales (colegiados) serán los únicos que pueden ejercer, legalmente, la profesión ante los Tribunales y autoridades nacionales; sin embargo, para el Derecho penal, desde el punto de vista de la protección exclusiva del bien jurídico "administración pública", la persona, que sobre la base de un título profesional de abogado, puede ejercer actos lícitos (ya sea gestionando, impulsando, colaborando, etc.) o igualmente puede afectar gravemente los intereses de la administración pública (como en los casos lamentables de "corrupción" a los funcionarios o servidores públicos que están por decidir un caso judicial o administrativo); además, si el legislador nacional hubiera querido que el abogado esté debidamente colegiado, lo hubiera señalado expresamente en el artículo 398°, tercer párrafo, del Código penal.

Sin embargo, muchas veces el profesional del Derecho, para magnificar sus esfuerzos aglomera a un conjunto de abogados, bajo un mismo horizonte de proyección: la defensa de sus clientes, y a esto comúnmente se les llama "Estudio de Abogados", y esto es precisamente lo que ha previsto el delito de cohecho activo en el artículo 398°, en la parte de posibles sujetos activos. Ahora bien, resultaba inoportuno haber considerado expresamente que el abogado *forme parte de un es-*

tudio de abogados, desde que la responsabilidad en materia penal es individual, por más que forme parte de una persona jurídica dedicada a la defensa técnica. En todo caso, el hecho de formar parte de un estudio de abogados, será solo para contextualizar el hecho incriminado, pero no para fundamentar –y menos aún agravar– la tipicidad penal de la conducta.

9.4. Tipicidad subjetiva

Esta modalidad conductual solo se puede realizar a nivel de dolo; es decir, a nuestro criterio el cohechante activo, que es abogado o perteneciente a un estudio de abogados, debe conocer –o debe presumir su conocimiento– de todos y cada uno de los elementos objetivos prescritos en el artículo 398° del Código penal, tanto en el primer párrafo (por ejemplo conocer que a quien está corrompiendo es un funcionario de decisión sobre un caso) como del segundo párrafo (conocer que a quien se está corrompiendo se trata de servidores públicos que coadyuvan a la administración de justicia).

Como se trata de un sujeto activo de naturaleza "especial", pues es un profesional del campo del Derecho dedicado a la defensa y/o asesoramiento, el conocimiento obviamente es netamente "especializado", en consecuencia, muy difícilmente podría admitirse un desconocimiento (a propósito del error de tipo o hasta de un error de prohibición) de las personas descritas tanto en el primer como en el segundo párrafo del artículo 398°.

10. SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PROCESAL DEL COHECHANTE ACTIVO

En muchas ocasiones el cohechante activo es considerado como un *sujeto colaborador de la justicia penal* en determinados eventos delictivos, ya que a través de su denuncia –ya sea verbal o por escrito– ante las autoridades competentes, pone en conocimiento de la justicia actos de corrupción de determinados funcionarios y/o servidores públicos. Sin su intervención muchas veces no se tiene eficacia inmediata en la lucha

frontal contra la corrupción que debe tener todo Estado moderno; en ese sentido, muchas legislaciones procesales tienen ciertos privilegios a favor de quien realiza la denuncia penal por actos de corrupción, no obstante a que "formalmente" realizaría un delito de cohecho activo genérico, propio o impropio, o el cohecho activo específico (en nuestro caso sería el artículo 397° y el 398°, respectivamente, del Código penal peruano).

Es decir, se produce el "encuentro" punitivo entre el cohechante pasivo y con el respectivo el cohechante activo. Se produce, en otras palabras, una especie de colaboración eficaz pero no en el ámbito del denunciado-imputado, sino en el ámbito del denunciante-¿agraviado?, donde el Estado, a través de los representantes del Ministerio Público, trata de llegar a un "acuerdo" con el denunciante (en muchas ocasiones, un cohechante activo cuando ha dado u ofrecido los medios corruptores) para precisamente tomar conocimiento de la *notitia criminis*.

Nos preguntamos lo siguiente: ¿Cuál sería el tratamiento jurídico-procesal que recibiría un cohechante activo, luego de haber puesto una denuncia penal por actos de corrupción contra un funcionario o servidor público? Aquí habría que distinguir dos niveles:

- En primer lugar, una cosa es que la Fiscalía Especializada haya intervenido a los dos sujetos cohechantes –activo y pasivo– en un acto de corrupción, con lo cual, el cohechante activo no tendría absolutamente nada a su favor, desde el punto de vista jurídico-procesal, es más, sería un sujeto imputado o acusado por el delito de cohecho activo, dentro de un proceso penal por delito de corrupción. Aquí se daría a plenitud lo que la doctrina penal llama al delito de cohecho como delito de "encuentro", es decir entre el *intraneus* y el *extraneus*.
- En segundo lugar, otra cosa es que el cohechante activo haya rechazado expresa o indiciariamente la respectiva solicitud corruptora del funcionario o servidor público, con lo cual el cohechante activo, que formalmente sería un "sujeto activo" del delito de cohecho activo, ahora sería considerado como un sujeto "denunciante" de los hechos delictivos de corrupción

funcionarial; y en tal sentido tendría que recibir un tratamiento legal diferenciado dentro del proceso penal con respecto al funcionario o servidor público que ha aceptado o recibido el medio corruptor. Solo en esta circunstancia el cohechante activo dejaría de ser un sujeto "imputado" dentro del proceso penal por delito de corrupción.

En realidad, la pregunta sería: ¿Cuál sería el tratamiento jurídico-procesal correcto que recibiría el denunciante, cuando pone en conocimiento de la autoridad de un acto de corrupción? Ante todo debemos decir que el sujeto que pone en conocimiento de un hecho de corrupción, o cualquier hecho ilícito, por el solo hecho de realizarlo, se le cataloga de "denunciante"[960], y la respuesta provisional a la pregunta planteada sería que el tratamiento estará en función a todas las posibilidades existentes, dentro del marco jurídico-legal:

---

[960] La Ley N° 29542 Ley que regula la "Protección al Denunciante en el Ámbito Administrativo y de Colaboración Eficaz en el Ámbito Penal", en sus artículos pertinentes, señala:
Artículo 1° - Objeto de la ley. La presente Ley tiene el objeto de proteger y otorgar beneficios a los funcionarios y servidores públicos, o a cualquier ciudadano, que denuncien en forma sustentada la realización de hechos arbitrarios o ilegales que ocurran en cualquier entidad pública y que puedan ser investigados o sancionados administrativamente.
Artículo 2° - Entidades de la administración pública. Para efectos de la presente Ley, se entiende por entidades de la administración pública las señaladas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley núm. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
Artículo 3° - Hechos arbitrarios o ilegales. Son hechos arbitrarios o ilegales las acciones u omisiones realizadas por los funcionarios y servidores públicos que contravengan las disposiciones legales vigentes y afecten o pongan en peligro la función o el servicio público.
Artículo 12° - Indicios de comisión de delitos. Si a consecuencia de la denuncia la Contraloría General de la República concluye en que existen indicios de la comisión de algún hecho delictivo, da cuenta del mismo al Ministerio Público a efectos de que inicie la investigación fiscal. En este caso, el denunciante puede acogerse a la Ley núm. 27378, Ley que Establece Beneficios por Colaboración Eficaz en el Ámbito de la Criminalidad Organizada, sin perjuicio de mantener las medidas de protección y beneficios previstos en la presente Ley.

- En primer lugar, el denunciante sea considerando dentro del proceso penal como un **"testigo"** directo o presencial, por lo tanto ajeno a toda vinculación incriminatoria con los hechos imputados; habría que tener en cuenta que no sería técnicamente un verdadero testigo, desde que no sería un sujeto enteramente imparcial, porque tendría un interés en el proceso –en este punto cabría la posibilidad de hasta ser "testigo impropio", porque puede cambiar de categoría procesal, para ser un sujeto imputado–[961];

---

[961] En este punto, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Artículo 32) analiza el tema sobre la **Protección de testigos, peritos y víctimas,** en los siguientes términos:

1. "Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.
2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales, en:
   a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero;
   b) Establecer normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro la seguridad de esas personas, por ejemplo aceptando el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados.
3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.
4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos.
5. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Artículo 33

Protección de los denunciantes

"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección

- En segundo lugar, y quizá sea la calidad procesal más discutible, es decir, que el cohechante activo sea considerado como sujeto **"agraviado" o "perjudicado"** en el acto de corrupción funcionarial cuando no haya salido la gestión específica de acuerdo a sus intereses personales, en este caso, del denunciante, motivado quizá por la conducta del propio funcionario o servidor público de querer realizar la acción por el cual se "comprometió";
- En tercer lugar, y en todo caso, de sujeto **"imputado"** por el delito de cohecho activo (artículo 397° o 398° de acuerdo al caso), y en consecuencia recibiría una sanción penal de modo quizá atenuado por el juez penal, por haber puesto en conocimiento de las autoridades, y esto tendría que estar plenamente acreditado a través del fiscal;
- En cuarto lugar, puede ser un "**colaborador eficaz**", en la medida en que dé, dentro del procedimiento, una información veraz y oportuna sobre el desbaratamiento de una o varias organizaciones criminales, dedicada a la comisión de delitos en el ámbito de la administración pública o conexos a ella; claro que esto estará condicionado a que el funcionario o servidor público esté involucrado o inmerso en una organización criminal; pero si no es así, si solo está el cohechante activo y cohechante pasivo ¿Podríamos seguir hablando de un auténtico colaborador eficaz?

De esto se ha visto mucho, sobre todo en la justicia penal anticorrupción contra los funcionarios públicos, donde el "denunciante" –que es formal y típicamente un cohechante activo– soborna al funcionario público sobre un asunto de su competencia, y todo esto está siendo grabado por equipos técnicos. En ese sentido, en la justicia penal anticorrupción contra los funcionarios o servidores públicos

---

contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención".

la figura del delito de cohecho activo del artículo 397°, se trataría en realidad de una *figura meramente simbólica* en nuestro Código penal, pues su finalidad principal no es sancionatoria-punitiva en los tribunales, sino que su finalidad fundamental sería de "descubrimiento" de determinados actos de corrupción funcionarial; en otras palabras, existe formalmente el tipo penal de cohecho activo, pero que sin embargo, materialmente brilla por su aplicabilidad judicial, debido precisamente a que se trata de un arma fundamental en la lucha anticorrupción.

CAPÍTULO VIGÉSIMO
EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Una de las características más evidentes del actual Derecho penal es su expansión. El Derecho penal ya no se encuentra circunscrito a la protección de bienes jurídicos de interés inmediato y nacional, sino que el avance de la tecnología, el avance de la sociedad y del intercambio comercial ha hecho que su protección recurra a mecanismos más amplios, que engloben a otras naciones, que se puedan valer de muchos más mecanismos, que a la vez sean más eficientes, por lo tanto más concretos y que tengan un alcance interestatal. Ya no se habla de un Derecho penal nacional, sino de uno internacional, cuya expansión desea hacerse global. El profesor Silva Sánchez, quien ha estudiado a fondo este problema y que además ha publicado un libro, en el año 1999, titulado *La expansión del Derecho penal*, dice sobre este fenómeno lo siguiente:

> "El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de *bienes jurídicos* especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado a tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos –de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes–, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generación de *nuevas realidades* que antes no existían –o no con la

misma incidencia–, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquellas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de *realidades tradicionalmente abundantes* y que en nuestros días empiezan a manifestarse como *bienes escasos,* atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente. En tercer lugar, hay que contemplar el incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas; por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico. Entre otros factores."[962]

El citado profesor encuentra en este fenómeno diversas causas. La primera, y la que le parece la más importante y principal, es la nueva realidad creada por el sistema financiero que conecta a los diversos países. Este hecho es uno de los más resaltantes, ya que trae consigo una manifestación evidente del sistema en el que vivimos, es decir, una manifestación de la realidad capitalista en el cual se encuentra nuestro mundo. Las grandes economías del mundo han creado una realidad sustentada en el intercambio de grandes cantidades de dinero y capitales por todo el globo terráqueo. Cualquier movimiento económico se debe hacer por medio de todos estos mecanismos creados para salvaguardar el dinero que ingresa en dicho sistema. Los bancos son los grandes medios que permiten el control del dinero y el intercambio de él, a través del mundo.

Pero no solamente los bancos son los encargados del resguardo del dinero que ingresa a cada uno de los Estados, sino que existen or ganismos internacionales que se encargan de establecer una serie de políticas financieras para todos los ámbitos de intercambio económico. Por ese motivo, todos los Estados se encuentra unidos por acuerdos de libre comercio, donde se realizan muchos intercambios tanto econó-

[962] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho penal,* Editoriales B de F y Edisofer, Argentina, pp. 11-12.

micos como políticos, es decir, de relaciones diplomáticas. Ante esta situación, para poder efectivizar el correcto funcionamiento de este sistema, y, de igual forma, para que no se encuentre amenazado por algún elemento exógeno y patológico, la sociedad debe recurrir a diferentes normas que permitan asegurar su dinámica.

Por esta razón, Silva Sánchez encuentra que la única forma de garantizar la correcta interrelación de los grandes capitales se debe lograr por medio de normas que protejan todo ese sistema. Ahí es donde entra el Derecho penal como mecanismo de represión y de prevención de actividades ilícitas que afecte dicho mecanismo y esta es la razón de su necesaria expansión, de lucha contra el narcotráfico, el lavado de dinero y la corrupción internacional. Todos estos casos y problemas del sistema financiero (del sistema capitalista) hacen que se creen documentos, tratados y convenciones, para contrarrestarlos y evitar que se siga perjudicando a todos los interesados, o sea, que se comprometa a los Estados para que puedan luchar y disminuir los efectos negativos derivados de estos delitos.

Por otro lado, Silva Sánchez también observa que en el medio ambiente, un bien jurídico que últimamente ha estado en boga y ha puesto en vilo a muchos de los teóricos del Derecho penal, existe una razón determinante para la expansión del Derecho penal, puesto que es bien sabido que los delitos ambientales son una de las principales causas del malestar general, del deterioro de la salud de los seres humanos, del perjuicio de medio ambiente, o sea, de un lugar adecuado y saludable para que puedan vivir los seres humanos, así mismo, de la reducción de los alimentos o de la contaminación de estos; de la escases de agua; etc. Todos estos hechos obligan a que se pueda establecer pactos, impuestos por los organismos internacionales, para efectivizar políticas institucionales, que exijan la punición de estas conductas y las sanciones correspondientes, además de la cooperación internacional que se traduce en los procesos de extradición pasiva y activa.

Por último, el criterio para poder resguardar y proteger el patrimonio nacional se debe a que se trata de proteger la memoria de un

país, la memoria que se encuentra en todos los bienes históricos y artísticos que son parte constitutiva de una sociedad determinada.

Estos son, según Silva Sánchez, las causas principales de que exista un sistema penal internacional, o sea, de que se expanda el derecho penal para actuar como elemento institucional disuasivo y de control social dentro de las naciones de los diferentes países y, así mismo, para la creación, o la justificación, de los organismos internacionales.

II. LA CORRUPCIÓN COMO MAL ENDÉMICO

Uno de los problemas fundamentales que ha generado la expansión del Derecho penal es la corrupción, pero no entendida como acto desleal del funcionario, con la confianza que depositan en él la sociedad, sino como un acto delictivo que reúne a funcionarios de diferentes países, quienes se coluden generalmente con emisarios de empresas privadas.

Para nadie es una novedad que el progreso internacional ha hecho que se concretice el fenómeno de la globalización, el cual se sustenta en el decaimiento de la barreras fronterizas para lograr mayor interacción entre los Estados. Pero como así existen beneficios también trae problemas. Uno de ellos es la corrupción. La corrupción no es un problema aislado, sino que compromete a muchos individuos, de muchas sociedades, o sea, que su expansión también se escapa al ámbito nacional para establecerse en el ámbito internacional.

Para poner un ejemplo de este proceso de globalización de la economía, debemos observar la cifra que nos señala el profesor Carlos Manfroni:

> Entre 1990 y 1996, solo en los países de media y baja renta, las inversiones extranjeras directas aumentaron de 24.000 millones a 120.000 millones de dólares. Desde 1968 hasta 1997, las exportaciones mundiales pasaron de 225.000 millones a 5.546.000 millones de dólares; es decir, más de cinco billones, conforme a nuestra denominación de esa magnitud. Durante el mismo período, las

> exportaciones de los países en desarrollo crecieron desde 59.210 millones hasta 1.917.900 millones de dólares. Por su lado, los flujos de capital treparon en promedio desde 15.200 millones de dólares en 1984 hasta 173.700 millones en 1997. Los números precedentes, y muchos otros que podrían exponerse como ejemplo, indican que el comercio y las inversiones transnacionales no han sufrido un mero crecimiento sino una explosión que, a su vez, ha provocado un salto cualitativo, una nueva etapa histórica a la que se denomina globalización. Una etapa histórica no surge únicamente como resultado de una transformación económica, salvo cuando esa transformación es capaz de provocar un cambio general en las estructuras de poder y en las reglas de juego hasta entonces vigentes; esto es, precisamente, lo que ha sucedido[963].

Lo más resaltante de estas cifras lanzadas por el autor es el fenómeno de la globalización y sus inevitables consecuencias dentro de las inversiones, especialmente, dentro de las importaciones y exportaciones, la cuales son las manifestaciones más patentes de este fenómeno mundial. Como dijimos, esto se debe no solamente a la relación de los países sino a la intervención, también, de organismos internacionales que fueron creados para supervisar las inversiones y, de igual forma, poder imponer normas de carácter vinculante entre Estados miembros.

Todo esto pertenece a una tendencia mundial y que por muchos motivos es la que permite que haya mayor interconexión política entre los Estado, los cuales no dejan de ampliar sus relaciones y de borrar las barreras geográficas, políticas y jurídicas. Pero, como todo hecho social, tiene falencias. Entre ellas, la más visible es la corrupción, tal como lo mencionamos líneas arriba. O sea, que es más fácil que se presente este hecho porque al haber abundantes capitales que corren por todo el mundo es muy sencillo que se evada las medidas que establecen las correctas relaciones y eviten delitos como el lavado de dinero o el narcotráfico, grandes delitos que hasta ahora perjudican a las sociedades, incluso, y por eso con mayor razón, a las sociedades más avanzadas.

---

[963] http://www.asociacionag.org.ar/pdfaportes/16/a16_09.pdf

Por esa razón, la profesora de la Universidad de Salamanca, Demelsa Benito dice lo siguiente respecto a la corrupción:

> En la actualidad, los comportamientos corruptos no conocen fronteras. La corrupción campa a sus anchas por el planeta afectando a países en desarrollo y a países industrializados, a regímenes autoritarios y a democracias consolidadas, a economías planificadas y a economías de libre mercado. Como señala el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, CNUCC), "la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías". Dada esta nueva dimensión transnacional de la corrupción, las iniciativas meramente nacionales para luchar contra ella se muestran insuficientes, siendo indispensable una respuesta coordinada de todos los Estados de la aldea global. Conscientes de esta necesidad, desde mediados de la década de los noventa, diversas organizaciones internacionales y regionales han ido adoptando textos vinculantes con el objetivo de reducir este mal que azota a la sociedad actual, pues su total eliminación quizá sea aún un objetivo imposible de alcanzar[964].

Como bien lo dice la autora, la corrupción no hace distingos de ninguna índole, ya que es la manifestación más degradante de cualquier sociedad. Lo que confirma lo que dijo el filósofo Fernando Savater, en un programa de televisión, "la corrupción siempre existirá donde exista el hombre, es decir, donde exista la capacidad de elegir, puesto que en cada situación se presenta la posibilidad de hacer el bien o hacer el mal; entonces lo que debe preocupar a las autoridades no es que no haya corrupción, hasta los países más desarrollados lo tienen, sino que haya impunidad, que se deje sin sancionar a aquellos que cometen los actos de corrupción."

Esta idea desoladora es muy real y a la vez muy pragmática, ya que lo que ayuda a comprender es que si la naturaleza del hombre es la

---

[964] BENITO, Demelsa, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013, núm. 15-04, p. 04:1-04:27

libertad, la posibilidad de cometer un acto de corrupción es inevitable y la idea de pensar que nunca se puede cometer dicho acto es un ideal platónico. Sin embargo, somos de la idea de que la corrupción se puede disminuir exponencialmente con la educación, es decir, recurriendo a los mecanismos de control extraoficiales como la religión, la educación, la familia, etc., de esta forma se garantiza que no existan mayores problemas de corrupción y que ésta no se generalice dentro de toda la sociedad, puesto que si eso pasa, entonces, no habrá medida que pueda revertirla y contrarrestarla.

Ahora, se entiende, de la cita agregada, que la corrupción hace rato que dejó de ser un mal nacional o que solo concierne a un país, puesto que con el aumento del intercambio interestatal, la globalización, ha hecho que se convierta en un mal internacional, que es muy difícil de contrarrestar y que solamente puede ser atacado con un consenso internaciones, es decir, con el apoyo internacional de los diferentes Estados y de la actuación de los organismo internacionales.

Por otro lado, uno de los primero países que se preocupó por este problema fue Alemania, donde se tuvo siempre inquietud en poder prestar sus servicios para buscar soluciones a las diferentes modalidades de este hecho. Al respecto nos dice la doctora Benito: "...por haber sido Alemania uno de los primeros Estados en adaptar su ordenamiento jurídico a las exigencias supranacionales en la materia, a la vez que hoy en día es, junto con Estados Unidos, el país con mayor número de casos de corrupción transnacional investigados por sus autoridades policiales y judiciales, de acuerdo con los informes que anualmente publica Transparencia Internacional. Con todo, se aprecian ciertas deficiencias en su legislación que deberían ser subsanadas con urgencia si el país quiere seguir a la vanguardia en la lucha contra la corrupción."[965]

[965] BENITO, Demelsa, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013, núm. 15-04, p. 04:1-04:27

Tanto Alemania, por una parte, y EE.UU, por otra, a pesar de ser dos países que tienen una economía consolidada y que cuentan con una de las mejores educaciones del mundo, no es evitable que existan actos de corrupción donde se encuentren a personas que se benefician con el dinero o los capitales obtenidos por medio de la corrupción. Sin embargo, esto no ha hecho que su legislación sea muy competente, ya que existen deficiencias, como lo dice la autora citada. Pero lo que se debe tener en cuenta y retomar como debate es el hecho de que se debe potenciar la lucha contra la corrupción, esto es, tener en cuenta lo que dice Savater "que no se debe dejar impune a los culpables o responsables", puesto que solamente de esta forma se logrará combatir y restaurar los daños generados por la corrupción.

La legislación norteamericana, consecuente con la protección de la libre competencia, ha tenido una labor pionera en la lucha contra la "corrupción transnacional". Así, ya desde 1977 está vigente en los EEUU, la "Foreign Corrupt Practices Act" que persigue penalmente en territorio nacional, entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios llevados a cabo por ciudadanos norteamericanos incluso en el extranjero; y también se dirige esta figura contra la corrupción de funcionarios, políticos o candidatos políticos en el extranjero; más aun, incluso se persigue a extranjeros que hayan cometido estas conductas en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas (principio de los "efectos en el mercado nacional").

Alemania también ha cumplido ya con el compromiso de penar la "corrupción transnacional" que adquirió al suscribir el "Convenio sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos en el tráfico comercial internacional" de 17 de diciembre de 1997 (también suscrito e incumplido hasta ahora por el Perú). En 1998, se ha introducido allá la "Ley de lucha contra la corrupción internacional", que prevé tipos de cohecho activo a funcionarios públicos extranjeros de cualquier país del mundo (no solamente de los países signatarios del Convenio), con el objeto de que este funcionario ayude al interesado a conseguir o mantener un contrato en el tráfico comercial internacional o cualquier otra ventaja injusta.

En cuanto a otros países como España, se introdujo recién en el 2000, en cumplimiento de un Convenio de la OECD que data de 1997, el actual artículo 445 del CP. También aquí el tipo penal vincula el "cohecho activo" del particular extranjero (el funcionario extranjero o de una organización internacional queda impune) a una finalidad económica: "conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales". O sea, también aquí el legislador español ha buscado proteger más bien aspectos referidos a la "competencia internacional", debido a lo cual ha utilizado una terminología algo distinta que en los tipos de "cohecho" y dado pie a problemas interpretativos serios. Con la última modificación del tipo en octubre de 2003, se ha introducido la posibilidad de aplicar "consecuencias accesorias", cuando hubieran participado en la comisión de los hechos una "sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio"; en la doctrina, esto ha sido declarado como un acierto, debido a la naturaleza económica del delito en el que usualmente van a intervenir empresas interesadas.

La lucha frontal contra la corrupción es una obligación de todo Estado, la cual se exterioriza a partir de una serie de medidas que, en el marco de la normatividad, destaca en primera fila la codificación punitiva a partir de los tipos penales que el legislador ha glosado en el Título XVIII del CP - Sección IV Política criminal que no solo se traduce en la sanción de normas jurídico-penales, sino que se extiende también en políticas administrativas, en cuanto a una intensa fiscalización y control de la actuación pública; a lo cual se suma los Códigos de Ética de la función pública, que se han emitido en varias esferas de la administración pública. Deontología, como basilar de una función que ha de estar comprometida únicamente al servicio de los intereses generales, tal como se desprende de artículo 39° de nuestra Ley Fundamental.

Porque si se habla de los daños que son generados por el sistema de corrupción, encontraremos a muchos de los fenómenos más difíciles de superar como la pobreza, hambre, desempleo y subdesarrollo. Todas ellas han devenido en propiedades inherentes del fenómeno de

la "corrupción", flagelo social que se encuentra enquistado en la institucionalidad de muchos países de mundo. Porque es totalmente indesligable tanto la corrupción como los otros problemas que hemos enunciado; pareciera que la primera es la causa principal de que existan las demás. Por esta razón, es que los Estados no se quedan atrás y tratan de complementar medidas que pueda disuadir y eliminar la corrupción. Los Estados nacionales se afanan en articular medidas eficaces, tanto de orden preventivo como represivo, amén de erradicar este cáncer que tanto daño produce al desarrollo de los países, cuyas repercusiones se plasman en el ámbito económico, social, cultural, mellando el sistema democrático en su conjunto. Situación a la cual no es ajeno el Perú.

Dicho lo anterior, habremos de señalar, que el combate a esta fenomenología se subordina a los alcances del "principio de territorialidad", es decir, el Estado peruano solo ha de prevenir y sancionar penalmente, aquellas conductas disvaliosas que se cometan dentro del territorio patrio y, que tengan como protagonistas ("autores"), a servidores y funcionarios comprendidos en los diversos estamentos de la administración pública de nuestro país. Es de verse, empero, que los instrumentos de Derecho Internacional Público: los Tratados y Convenios Internacionales, suscritos y ratificados por el Perú, al amparo del artículo 55° de la Constitución Política, han supuesto una nueva visión de enfrentar los crímenes que atentan contra bienes jurídicos de corte "internacional", teniendo en cuenta que no se puede circunscribir el Derecho penal a un ámbito penal como un país, sino que debe hacerse, como lo hemos dicho varias veces, teniendo en cuenta todo el logro del desarrollo comercial, es decir, tomando los avances del comercio entre las naciones, un comercio que se establece a través de los tratados y de las medidas que imponen los organismo internacionales.

La integración comunitaria de las Naciones por medio de la ONU, si bien se plasma en una específica normatividad, su justificación ha de responder esencialmente a factores de orden económico, o sea, a la necesidad de fomentar las inversiones del sector empresarial en los países de la región, teniendo como plataforma una economía de mercado

abierta, o sea, de relaciones libres, las cuales tienen raíces netamente capitalistas. Para nadie es un secreto, que la era de la globalización trae consigo nuevas y mejores expectativas a los países –en vías de desarrollo– como el Perú, requiriéndose la inyección de fuertes sumas de capitales para la obtención de un crecimiento sostenido y equilibrado, susceptible de generar más riqueza, fuentes de trabajo, mayor presión tributaria, a través de todo un entramado de políticas públicas.

Por su parte, en Latinoamérica, la "Convención Interamericana contra la corrupción" de 29-03-1996, además de ocuparse de la corrupción nacional se refiere también a la "corrupción internacional" en su artículo VII. Los países firmantes se comprometen a luchar contra estos actos de corrupción desde el momento de su ratificación. Por cierto que la propia Convención tampoco hace propuestas técnicamente óptimas: por un lado, solamente se refiere a la "corrupción activa" (los funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales, así radiquen o laboren en el país, que soliciten o reciban el soborno quedan impunes), se exige que la actividad funcionarial esté relacionada con actividades de naturaleza comercial o económica y, por otro lado, tampoco prevé la "corrupción privada".

Asimismo, se entiende por qué el sujeto activo extranjero tenga que estar domiciliado en el país, ni que se excluyan los sobornos de nacionales o extranjeros, cometidos en el extranjero, pero con efectos para la competitividad en el mercado nacional. Pese a que el Perú ratificó la Convención el 24 de marzo de 1997, no ha cumplido hasta ahora con el compromiso internacional. En cambio, Chile sí ha introducido tal tipo penal en los arts. 250bisA y 250bisB del CP, mediante la Ley 19.829 de 8 de octubre de 2002. También Argentina ha incorporado ya hace algún tiempo, mediante la Ley 24.759 de 1997, un tipo penal de "soborno transnacional" en cumplimiento de la referida Convención Interamericana de la OEA muy apegado al texto de la propuesta del art. VIII.

Entonces, las inversiones extranjeras (comerciales. financieras, industriales, bursátiles, etc.), deben estar revestidas de un mínimo

de seguridad jurídica, es la única forma de fomentar la confianza entre los inversionistas, para que de forma masiva puedan colocar sus capitales en territorio nacional. Precisamente, un enemigo de las inversiones extranjeras es la corrupción, que aparece en el aparato público así como en el ámbito privado (empresarial), de forma como algunos se acostumbran a promover los negocios de naturaleza internacional.

Conforme se identifican estos obstáculos y escollos, en el avance del comercio internacional entre las naciones, son ellas mismas que toman la iniciativa, en la imperiosa necesidad de fijar reglas del juego, que hayan de ser vinculantes para todos los Estados miembros; primero, a partir de la sanción de normativas internacionales, que a la postre se conviertan en proyecciones de políticas internacionales, que han de constituirse en el soporte de las legislaciones nacionales y segundo de lo anterior, surge la exigencia que cada país, amolde en su ley positiva dispositivos legales que sean un reflejo de la normativa internacional, como ha sucedido en el caso de la inclusión del delito de cohecho activo trasnacional en nuestra codificación punitiva.

Siendo así, parece que no fue suficiente con la incorporación del artículo 397°-A (cohecho activo transnacional), que penaliza la conducta del extraneus, de quien pretende sobornar a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, mediando el empleo de medios corruptores donativos, promesa o ventaja); pues se excluía del ámbito de punición, al funcionario extranjero (intraneus), es decir, a la otra parte de la negociación ilícita, siempre que este acepte formar parte del pacto sceleris. Consecuentemente, el legislador, con la incorporación del artículo 393°-A. quiere cerrar espacios de impunidad, que si bien encuentra justificación desde un plano de política criminal, puede generar reparos desde un orden dogmático, en el entendido de que el funcionario extranjero ejerce actuaciones funcionariales, en representación de otro Estado, o de un organismo internacional público, por lo que no pertenece a la administración pública nacional.

Constituyendo un objetivo primordial de todas las naciones democráticas del orbe, la construcción de una sociedad justa e igualitaria, resulta indispensable la lucha contra la corrupción y, así, crear las condiciones necesarias e idóneas para poder fomentar la inversión e impulsar la competitividad de las economías nacionales, por lo que aparece en el escenario mundial, la "Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)".

La OCDE importa una integración que se comprende en el fenómeno de la globalización económica y comercial, que aspira a cumplir el objetivo de extensión global previsto en su estructura organizacional, con arreglo a lo reglado en el artículo 1º de la Convención, en cuanto: contribuir a una efectiva expansión económica, tanto en los países miembros, como no miembros en el proceso de desarrollo económico.

La OCDE vendría ser de la sucesora de la OECE, como resultado del Plan Marshall y de la Conferencia de los Dieciséis (Conferencia de Cooperación Económica Europea), vigente entre 1948 y 1960.

Los principales objetivos de la OCDE importan tres planos, a saber:

> Contribuir a una sana expansión económica en los países miembros, así como no miembros, en vías de desarrollo económico.
>
> Favorecer la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria conforme a las obligaciones internacionales; y.
>
> Realizar la mayor expansión posible de la economía y el empleo y un progreso en el nivel de vida dentro de los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y contribuyendo al desarrollo de la economía mundial.

De otro lado, se manifiesta que el objetivo de la Convención contra el Soborno Transnacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es el de penalizar a las empresas y

personas que en sus transacciones comerciales e internacionales prometan o paguen recompensas o gratificaciones a oficiales extranjeros.

En el Preámbulo acotado en la Conferencia Negociadora del 21 de noviembre de 1997, se dice lo siguiente:

> *"Las Partes, Considerando que el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluyendo el comercio y la inversión, que hace surgir serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales:*
>
> *Considerando que todos los países comparten una responsabilidad para combatir el cohecho en transacciones comerciales internacionales;*
>
> *Tomando en cuenta la Recomendación Revisada para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) del 23 de mayo del 1997, (97) 123/ FINAL, la cual, entre otros aspectos, exigió tomar medidas eficaces para disuadir, prevenir y combatir el cohecho de públicos extranjeros en relación con las transacciones comerciales internacionales: en particular, para la pronta penalización de tal cohecho de manera eficaz y coordinada y de conformidad con los elementos comunes acordados que se señalan en el tal Recomendación y con los principios básicos legales y jurisdiccionales de cada país".*

Es así, que en el artículo 1º ("El Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros"), se dispone lo siguiente:

> *"Cada Parte tomará las medidas necesarias para establecer que es un delito punible bajo su ley el que cualquier personal internacionalmente ofrezca, prometa o efectúe un pago indebido u otra ventaja, sea directamente o a través de intermediario, él un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe o deje de hacer, en cumplimiento de sus deberes oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización ele negocios internacionales".*

En la llamada corrupción transnacional, sí existe un acto de "cohecho activo" dirigido a un "funcionario público", pero este es un "funcionario extranjero". Este tipo de cohecho suele quedar impune, dado que las legislaciones penales tradicionales han vinculado el concepto de "funcionario público solamente con funciones nacionales. Pese a todo, ya casi nadie discute la dañosidad de este tipo de corrupción, pues tiene graves implicancias político-sociales. Y es que, si tales conductas son toleradas, las empresas transnacionales tienden a elaborar, desde el principio, estrategias en las que se prevén partidas especiales para actividades corruptoras y aprovecharse de su poder para presionar y chantajear a la clase política de los países huéspedes con el resultado de una espiral de corrupción y graves consecuencias económicas para estos países y sus ciudadanos.

Además, como se ha reconocido, aquí no solamente se afecta al país del funcionario corrupto, sino también al país de quien realizó. El acto de corrupción, pues su industria pierde confianza internacional, con la consiguiente afección del sistema competitivo nacional. Especialmente escandalosa fue la situación en Alemania hasta antes de la reforma, pues incluso el Derecho tributario permitía deducir tributariamente a empresas nacionales que actuaran en el extranjero, aquellos "gastos empresariales" hechos en actividades corruptoras en el extranjero; esta situación ha sido modificada gracias a los correspondientes cambios en la legislación tributaria y la adición específica de un tercer párrafo en el art. 299 del StGB, referido a los actos de corrupción privada cometidos en el extranjero.

Dado que los países menos desarrollados se encuentran presionados por el deseo de atraer capitales, usualmente no reprimen penalmente estas prácticas. Ahora bien, a pesar del avance que implica la introducción de tipos penales para combatir este tipo de corrupción, no obstante se ha criticado, con razón, que se limiten sus alcances tanto al "cohecho activo" (también debería establecerse alguna punibilidad del funcionario extranjero radicado en el país o en su país de origen, si no radicara en el país), y no debería restringirse el alcance del tipo a actividades competitivas, pues no se trata solamen-

te de un delito económico en el sentido de que afecte la "competitividad" de las empresas, sino, sobre todo, "el correcto funcionamiento de la administración pública".

Tanto la "corrupción privada" como la "corrupción transnacional" coinciden en muchos elementos de la conducta típica y, expresa o tácitamente, presuponen su comisión a través de empresas y en el marco de la lucha competitiva entre ellas. Pero mientras que el tipo del primero se orienta claramente a proteger la "lealtad de competencia"; en el segundo, destaca también, con igual o mayor rango que la protección de la lealtad de competencia, la protección del "funcionamiento de la administración pública".

III. SOBRE LA TIPICIDAD OBJETIVA

El art. 397-A, del Código penal, tiene la siguiente redacción:

> *"El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a sus obligaciones para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de lo libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años".*

Si bien la incorporación del artículo 397°-A ("Soborno Transnacional"), vía la Ley N°29316 del 14 de enero del 2009, ha obedecido a la implementación de nuestro país, del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, su fuente en realidad hemos de ubicarla en el contexto de la "Convención lnteramericana de la OEA contra la Corrupción" del 29 de marzo de 1996, en cuyo artículo VII tipifica el soborno transnacional de la siguiente forma: *"Con sujeción a su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurí-*

dico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y en empresas domiciliada en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con un transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno trasnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención".

A nuestro parecer, la tipificación de estas modalidades de soborno trasnacional, obedece estrictamente a un nuevo orden económico, cuya universalidad ha significado la adopción de medidas de política criminal –de alcance internacional–, encaminadas a tutelar el comercio y las negociaciones internacionales, como paradigma del fenómeno de la "globalización económica", que toda nación, que pretenda insertarse en este modelo, tenga la obligación de proteger penalmente dicho ideario económico internacional, que si bien manifestado bajo el revestimiento de un delito de cohecho, su sustantividad material responde a otras aristas, ajenas a la concepción tradicional de estos delitos.

Según la descripción esbozada, lógico sería que el Estado, –al cual pertenece el funcionario (organismo internacional público) involucrado en el soborno–, sea el que persiga y sancione, el injusto funcionarial perpetrado por aquel, en el entendido que la administración de su país, sería el sujeto ofendido; empero, parece que la desconfianza hacia ciertas administraciones gubernamentales así como la configuración de un interés jurídico –de alcance internacional–, ha motivado la penalización por parte del Estado peruano, basado en el principio de territorialidad concatenado con el principio de justicia universal.[966]

---

[966] Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A R.; Derecho penal. Parte general, T. 1, cit., pp. 112-114.

De la norma de la Convención Interamericana contra la Corrupción invocada, se colige lo siguiente: primero, que se establece el principio de "jurisdicción universal", en cuanto a facultar a los Estados parte, para aplicar su jurisdicción, en la persecución, juzgamiento y sanción, a quienes aparezcan como responsables de crímenes contra el derecho internacional, con arreglo al artículo 2° inc. 5) del CP peruano; segundo, a efectos de que dicho delito resulte de aplicación en los Estados Partes como el Perú, dicha figura delictiva debe ser recogida taxativamente en las codificaciones penales internas de cada país, lo que se sujeta de forma estricta al principio de legalidad (*lex scripta*), quiere decir entonces, que cuando un Estado parte no haya tipificado en su legislación penal del delito de soborno internacional, de todas maneras estará obligado a brindar asistencia y cooperación prevista en la Convención, en la medida que sus leyes lo permitan, tal como se desprende del último párrafo del artículo VII de la normatividad internacional.

1. El sujeto activo

El tipo penal regulado en el artículo 397-A dice: "El que, bajo cualquier modalidad...", lo cual nos remite a un delito común, es decir, que puede ser cometido por cualquier ciudadano peruano, ya que no señala una condición especial para el agente, no dice que sea funcionario ni que tenga algún cargo que le pueda distinguir de los demás, sino que al decir "el que" está ampliando la aplicación de la norma a cualquier sujeto.

2. El sujeto pasivo

El sujeto pasivo dentro de este tipo de delitos es el Estado u organismo internacional, a cuyo funcionario se le ofrece alguna ventaja o dádiva, por parte de un particular.

En cuanto a las conductas que se deben imputar a los sujetos activos debemos tener en cuenta que para que se configure el delito de cohecho transnacional activo o soborno transnacional activo es nece-

sario, primero, delimitar el bien jurídico. Este se define como el valor social que el Estado, en este caso, el Derecho penal determina para poder salvaguardar el correcto funcionamiento de las relaciones sociales.

Este bien jurídico será, para este delito, la imparcialidad, objetividad e independencia del funcionario público extranjero tanto del Estado extranjero como del organismo internacional, siempre que el injusto tome lugar en el marco de una actividad económica o comercial internacional, mejor dicho las reglas del mercado internacional, donde las transacciones comerciales han de tomar lugar, de forma leal, transparente, reprobando toda clase de conductas que tiendan a torcer su normal desenvolvimiento; en cuanto a un interés jurídico de alcance internacional, de cuyo cuño se construyen los valores esenciales de la integración de las naciones americanas.

A decir de Manfroni, la penalización del soborno trasnacional puede verse como la protección a la lealtad en las reglas de juego del comercio internacional, lealtad que constituye un nuevo bien que pertenece a la comunidad global pero cuya tutela esté a cargo del Estado que reconoce alguna responsabilidad penal objetiva respecto de los negocios de sus empresas o particulares en el exterior.

Por su parte, Donna dice que el bien jurídico que se protege es la imparcialidad del funcionario público extranjero, al realizar un acto propio de sus funciones, y siempre que se trate de un acto de naturaleza económica, El fin de la norma es castigar a los particulares que corrompan o quieran corromper a los funcionarios públicos de otro Estado. Dentro de esta definición del bien jurídico, discrepamos de tan insigne profesor, ya que no solamente se debe hablar de la lealtad del funcionario extranjero, sino que también es necesario incluir al funcionario del organismo internacional, puesto que muchos de ellos también ingresan dentro del comercio internacional.

Debe anotarse en cuanto al ámbito de protección de la norma, solo ingresa la conducta atribuida a la persona que realice cualquiera de las modalidades que se han detallado en la redacción normativa del

artículo 397°-A; el proceder del funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de un organismo internacional, en cuanto a su aceptación de formar parte del pacto corrupto, suponemos que ha de ser reprimido conforme a la legislación penal del país de procedencia. Consecuentemente, no se tipifica el injusto que corresponde a la otra parte del pacto corrupto.

A nuestro entender, el delito de "cohecho activo trasnacional", importa una figura penal que desborda los marcos de actuación de cualquier injusto penal, que tiene como base la vulneración o la puesta en peligro de un buen jurídico de protección legal nacional, ingresando a un ámbito de esfera funcionarial, propia de las actividades comerciales y económicas que se entablan con otros Estados y organismos internacionales, que a través de corporaciones y empresas, emprenden conductas destinadas a doblegar la objetividad e imparcialidad de los funcionarios que los representan, por medio del donativo, promesa, beneficio o cualquier tipo de ventaja, con el propósito de obtener un provecho para sí o para un tercero.

Aspecto importante a saber, es el concerniente a la modalidad de esta variante de "cohecho activo", si es que es de naturaleza "propia" o "impropia"; según se desprende de la redacción normativa, la actuación de funcionario público del Estado extranjero o del organismo internacional, influenciada por el "medio corruptor", es para que "realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación...". Por consiguiente, comprende ambos supuestos de cohecho, tanto el "propio" como el "impropio", lo cual no se ajusta a los criterios de materialidad sustantiva, al extenderse el ámbito de protección de la norma a actos legalmente funcionales; máxime, cuando la penalidad recae sobre un sujeto particular. Debió haberse fijado la tipicidad objetiva, mediando la exclusiva acriminación del "cohecho activo propio", no solo por motivos dogmáticos, sino también criminológicos: los privados buscarán pactar con los funcionarios internacionales, para la consecución de un negocio o ventaja indebida, de manera que ello importará generalmente, que el funcionario extranjero practique un acto lesivo a sus deberes funcionariales.

El referente legal, propuesto en la CICA, no define normativamente de qué tipo de cohecho se trata, únicamente se hace alusión de que la actuación del funcionario público extranjero implica que aquel realice u omite cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, similar tratamiento observamos en el artículo 2580 del CP argentino.

En lo referente a los sujetos de la relación delictiva, vemos que puede ser cometido por cualquier persona, inclusive por un funcionario servidor público nacional, por lo que no puede ser reputado como un "delito especial propio"; de tal manera, el articulado en mención, extiende la calidad de "autor", a un mayor número de personas, a diferencia del artículo VII de la Convención, al recoger únicamente a los "nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y en empresas domiciliadas".

Otro aspecto a resaltar, es que el artículo 397°-A, que no sólo tiene como receptador del ofrecimiento antijurídico a un funcionario o servidor público de otro Estado, sino también al funcionario de un organismo internacional; mientras que la Convención solo hace alusión al primero de los nombrados. Lo cual resalta acertado, en la medida que funcionarios de organismos internacionales, asumen también funciones en la esfera de actividades comerciales y/o económicas con el Perú.

Puede proceder una codelincuencia, cuando se advierta dos o más personas que compartan el co-dominio funcional del hecho, siempre que actúen dolosamente, mediando el reparto de las tareas propias del conducir delictivo.

Al constituir un delito común, puede admitirse una autoría mediata, cuando el hombre de atrás instrumentaliza al hombre de adelante (ignorancia sobre la naturaleza de las cosas, afectado con una causal de inimputabilidad. etc.), para que este último ofrezca, otorgue o prometa cualquier tipo de donativo o ventaja al funcionario de un Estado extranjero o de un organismo internacional, para que aquel realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obliga-

ciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas.

Así también, una inducción resulta plenamente válido, cuando el hombre de atrás despliega una presión psicológica intensa sobre el hombre de adelante, convenciendo a este último, para que ejecute materialmente la conducta antes descrita: acá, el dominio del hecho lo tiene el autor formal del delito y, no el promotor de la conducta delictiva.

Si bien no se dice en la *lege lata*, resulta posible y plausible que sean personas jurídicas las que en el papel asuman el rol corruptor, son pues las empresas y corporaciones de gran envergadura, las primeras interesadas en efectuar negocios comerciales con los organismos internacionales, y así potenciar su solidez comercial en el mercado.

De hecho que las empresas no hablan por sí solas, sino que son sus representantes y apoderados, quienes asumen la conducción de esta clase de gestiones, negociaciones en este caso, de naturaleza ilícita. Lógicamente, que la atribución de responsabilidad penal, la imputación delictiva no puede recaer sobre las ficciones legales, que son las empresas, sino que han de ser identificados los sujetos que ostentan el dominio social de la societas, quienes al tomar la dirección de la persona jurídica, son los que toman las decisiones que guían el destino de la empresa, que en algunos casos pueden envolver la comisión de hechos punibles.

Por otra parte, entienden Nolasco Valenzuela y Ayala Miranda, que cuando se trata de este delito el bien jurídico es la protección de los negocios internacionales, siendo que señalan lo siguiente: "Para identificar el bien jurídico protegido es importante tener presente la vinculación del soborno o del tráfico de influencias con una transacción de tipo económico, financiero y comercial. De allí que no sería correcto sostener, por carácter transitivo, que se tutela lo mismo que en el cohecho –por decirlo de alguna manera– del funcionario nacional. El soborno internacional no es un delito contra la administración pública porque tratándose de funcionarios de otro Estado o de organismos internacionales, no puede decirse que aquella se vea puesta ni siquiera en

peligro. Antes bien, el ámbito propio de protección de la norma es el de los negocios internacionales."[967]

Al respecto coincidimos con lo sostenido por José Nolasco y Erika Ayala ya que aquí no se trata de sobornar a un integrante de la administración pública del Estado peruano, sino que se ha prohibido que un funcionario perteneciente a otro Estado o a un organismo de derecho internacional público sea sobornado, siendo esto así, no podemos atribuir la titularidad del bien jurídico al Estado peruano respecto de una función ejercida por un funcionario extranjero, siendo que el sujeto activo no necesariamente debe ser un funcionario del Estado peruano, sino cualquier persona, (por lo que hasta podría el sujeto activo ser un funcionario de un tercer Estado), por lo que no es lógico concluir que tratándose de una decisión ajena al Estado peruano, ya que no se trata de corromper lo que se decidirá por un funcionario nacional, sea nuestro Estado el agraviado, mal haríamos en sostener que el bien jurídico son las funciones públicas de un organismo o del Estado peruano; y como desde el origen del tipo penal, como ya se enunció, está el tema del cumplimiento del TLC celebrado con E.E.U.U., lo que se pretende asegurar, se evidencia, es que los acuerdos, negocios internacionales sean negociados, celebrados con transparencia, sin presiones de dádivas o de alguna otra forma de intento de comprar la voluntad del funcionario internacional, para que el acuerdo comercial sea transparente, por lo que es la **negociación internacional, ese proceso de gestión, de toma de decisión** el objeto del centro de atención del tipo penal, el bien jurídico del mismo.

3. Conductas típicas

La modalidad típica en cuestión engloba las siguientes conductas: "Ofrecer, otorgar o prometer directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido".

---

[967] NOLASCO VALENZUELA / AYALA MIRANDA, Lima, passim.

Primero, "ofrecer" supone proponer algo a persona determinada; ofrece, quien promete o se obliga a dar, sin necesidad de ser aceptada por el destinatario. Esto quiere decir que quien se encarga de tratar con el funcionario, lo hace por medio de un ofrecimiento, por lo que esta conducta se consumará con el mero ofrecimiento, es decir, que no se requerirá que el funcionario acepte la oferta del oferente, entiéndase del privado, sino que bastará con que se presente la oferta, pero que debe estar encaminada a que no realice la actividad que le corresponde, al funcionario, o que haga alguna para la cual no se encuentra autorizado.

De común idea, con la nueva formulación dogmática que se expone en la acriminación de los delitos de cohecho (pasivo y activo), estamos frente a un delito de emprendimiento, por lo que la perfección delictiva no requiere la acreditación de una actitud positiva de la otra parte, en este caso de que el funcionario de extranjero o del organismo internacional acepte la oferta del agente y, así realice u omita un acto propio de su cargo o empleo, menos que se concretice el negocio o de que el sujeto activo obtenga una ventaja indebida; importan actos posteriores a la consumación del delito. Sino, tal como lo hemos estados sosteniendo, solo bastará que se ofrezca la ventaja o dádiva, la cual tenga la finalidad de beneficiar al solicitante o a un tercero que se encuentra vinculado al oferente.

Se tiene entonces que el supuesto delictivo *in examine*, es un delito de mera actividad, cuya configuración tiene un forma "monosubjetiva", tiene a quebrar la tesis de la "participación necesaria", que tradicionalmente ha caracterizado estos injustos.

Segundo, por "otorgar" debe entenderse la entrega efectiva del medio corruptor, estamos ante el traslado físico (a veces inmaterial), del donativo, ventaja o cualquier beneficio, de la esfera de custodia del sujeto activo a la esfera de custodia del funcionario público extranjero.

La entrega puede tomar lugar a propia iniciativa del privado (empresario) o a solicitud del funcionario público extranjero; la norma no lo dice de forma expresa, pero podemos inferir a ambas posibilidades.

Alguien puede entregar algo, con solicitud previa o sin ella. Aspecto de facticidad que no repercute en la valoración de la tipicidad objetiva de la conducta, puesto que el centro de atribución de imputación es exclusivamente agente. El análisis se ciñe en el ámbito de organización personal del sujeto activo.

Pueden entregarse una serie de cosas u objetos, no solo dinero, también bienes muebles, títulos valores, etc.; para un sector de la doctrina, el prometer una cosa pueden ser cobijados en este supuesto delictivo.

La identificación de la perfección delictiva hemos de cotejarla con la materialización de la conducta, cuando el agente entrega el donativo al sujeto público internacional, quien puede aceptarlo o rechazarlo; el depósito de una suma de dinero a la cuenta corriente del funcionario público extranjero.

Tercero, por "prometer" entendemos la aseveración de realizar algo de cara al futuro; promesa que debe ser concretada y susceptible de realización en un tiempo de no muy lejana temporalidad.

La perfección delictiva de este supuesto no necesita de su efectivo cumplimiento, bastando para ello con que el agente haya prometido al funcionario público de Estado extranjero o de organismo internacional; tampoco que el sujeto público internacional lo favorezca en su decisión funcional, sea concretando el negocio o promoviendo la obtención de un ventaja indebida; dichas circunstancias fácticas hacen alusión a una etapa posterior a la consumación del injusto.

Cualquiera de las modalidades del soborno activo trasnacional pueden tomar lugar "directa o indirectamente", la primera de ellas se manifiesta cuando el agente, de forma unívocamente demostrativa, sin ningún tipo de tapujos ofrece, entrega o promete al funcionario público de un Estado extranjero o de un organismo internacional, un donativo, promesa, beneficio o todo tipo de ventaja. La proposición de efectuar una negociación ilícita es así indubitable, exteriorizando una actitud decidida del sujeto activo de sentar las bases del convenio antijurídico.

La segunda modalidad, es de verse cuando el agente reviste a la proposición ilegal, mediando una serie de circunstancias, aspectos y otros elementos, tendientes a disfrazar su verdadero propósito: el sujeto activo emplea medios sutiles, susceptibles de esconder su real intensión, que es incidir en la esfera competencial del sujeto activo internacional, para que aquel realice un acto que incida en una actividad económica o comercial concreta, en beneficio del primero.

Los medios corruptores (donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido), pueden ofrecerlo, entregarlo prometerlo el sujeto activo, directamente al funcionario del Estado extranjero o de organismo internacional o valerse de un tercero, de un intermediario; este tercero, al aportar una contribución fáctica, esencial o para la realización típica del delito, responde como un partícipe (cómplice primario), siempre que actúe dolosamente, participación que debe tomar lugar en el decurso del *iter criminis*; así el representante legal de una empresa interesada en suscribir un convenio con un organismo internacional, que a través de su secretaria lleva el dinero al funcionario extranjero que dirige el programa de negociación internacional.

El funcionario público del Estado extranjero o del organismo internacional debe ser competente funcionalmente para tomar decisiones en el ámbito de actividades comerciales y económicas, debe ostentar un puesto de relevancia; si no es así, no se dará el tipo penal *in examine*; si el custodio del agente comercial de negocios del país extranjero se hace pasar por aquel, propiciando que el sujeto activo le entregue un donativo, no se configura el tipo penal contenido en el artículo 397° del CP.

Cuando se expone en la redacción típica, que el beneficio debe ser "indebido", se incide en un plano equívoco de expresión terminológica, pues la entrega, oferta o promesa de donativo, ventaja o beneficio, han de ser siempre "ilegales", por tanto. "indebidos'. La Convención Interamericana contra la corrupción no utiliza dicho término, lo que resulta correcto desde una adecuada técnica legislativa.

Siguiendo el criterio de interpretación fijada en el artículo 394° del CP, cohecho pasivo impropio, la entrega de un regalo, la invitación

a almorzar u otro detalle, no adquieren suficiente relevancia jurídico-penal, al constituir conductas "adecuadas socialmente", por lo que no ingresan al radio de acción del tipo penal.

El agente busca evidentemente una ventaja en términos "comerciales" o "económicos", que puede beneficiarlo directamente o a favor de otra persona: debiendo existir siempre la relación entre el medio corruptor que se entrega al sujeto público internacional y los propósitos perseguidos por el agente.

Finalmente, vemos que el tipo subjetivo del injusto está informado por el dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente ofrece, promete o entrega donativo, promesa, ventaja o beneficio, a un funcionario público de un Estado extranjero o de un organismo internacional, con el propósito de que este último lo favorezca en la obtención de un negocio, en el marco de una actividad económica o comercial, de alcance internacional.

En lo concerniente a la tipicidad objetiva, es de verse que el cohecho activo trasnacional se comprende en aquellos injustos, que significan a su vez, un quebrantamiento al principio de legalidad, en la medida que el sujeto público extranjero ha de realizar un acto en "ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas", dando lugar a un "soborno pasivo propio", no habiéndose tipificado el "soborno pasivo impropio", por lo que si el funcionario de un organismo público internacional recibe una dádiva para efectuar un acto propio de su función oficial, sin faltar a sus obligaciones legales, no será pasible de punición.

Es de verse también que el soborno trasnacional pasivo, puede ser "antecedente" o "subsecuente", dependiendo del momento, en el cual el agente acepte, reciba y/o solicite a dádiva, promesa, ventaja o beneficio; si es que el medio corruptor lo recibe antes de ejecutar el acto oficial (en contravención a sus obligaciones legales), tomará lugar al llamado "cohecho (soborno) pasivo trasnacional antecedente" y, si las dádivas son solicitadas, luego de haber faltado a sus deberes oficiales funcio-

nariales, se configura el "cohecho pasivo trasnacional subsecuente" y, si el funcionario público extranjero infringe sus deberes funcionales oficiales sin recibir nada a cambio (medio corruptor), la conducta no se encuadraría bajo los alcances normativos del artículo 393°-A del CP, al margen de ser susceptible de punición, según la normativa penal del Estado al cual pertenece el funcionario público extranjero, lo que conforme a nuestro derecho positivo vigente, constituye un caso típico de abuso de autoridad.

Queda claro, que autor de esta infracción delictiva, únicamente puede serlo el funcionario o servidor público de un Estado o de un organismo público internacional, mas a ello debe sumarse un aspecto importante a saber; que la dádiva y/o el donativo, los reciba o acepte, a condición de que "realice u omita un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales", es decir, la actuación funcionarial debe estar enmarcada en el ámbito competencial que el sujeto público internacional asume oficialmente como representante de un Estado extranjero o de un organismo internacional, que precisamente confiere la potestad de negociar con la nación peruana, acuerdos y/o negociaciones comerciales internacionales; es de verse, entonces que si la coima que recibe el funcionario extranjero, es para tramitar un documento cualquier o para transportar bienes ajenos, en su valija diplomática, no se podrá afirmar la tipicidad penal *in examine*.

Dicho lo anterior, debe verificarse que el sujeto público internacional se encuentre investido legalmente de una esfera competencial, de la cual se derive la potestad de negociar acuerdos comerciales, convenios internacionales con naciones extranjeras, entre aquellas, el Perú. De no ser así, si el funcionario extranjero asume la negociación de un acuerdo comercial con nuestro país, sin estar investido legalmente con dicha potestad funcional, no se habrá perpetrado el delito *in comento*.

La materialidad del injusto penal puede exteriorizarse a través de una "acción" o de una "omisión"; según lo primero, el agente emprende una determinada actividad lesiva a sus exigencias funciona-

les; mientras que lo segundo implica que el agente deje de hacer algo que la normatividad le exige realizar, por ejemplo, de verificar con rigurosidad los requisitos que se necesita para poder negociar el intercambio comercial de ciertos productos y/o servicios, acá se define la no realización de una conducta que se enmarca dentro de los deberes estrictamente funcionariales, en cuanto a la adecuada protección del bien jurídico tutelado.

Ahora bien, las modalidades típicas, hacen alusión primero a "aceptar –directa o indirectamente–, donativo, promesa, ventaja o beneficio", esto quiere decir que el sujeto público internacional debe dar su conformidad, en cuanto a faltar a sus obligaciones funcionales, a cambio de hacerse acreedor de una dádiva, donativo, promesa o ventaja.

Es decir, acá toma lugar el perfeccionamiento de un acuerdo de voluntades, un pacto ilícito, donde el agente acepta un donativo o ventaja económica que le ofrece el agente corruptor, para que el primero de los mencionados, realice una actuación funcionarial en contravención a sus obligaciones legales (v.gr., a la calificación positiva de una propuesta económica, sin tomar en cuenta indicadores cualitativos y cuantitativos a la vez); cada uno de los participantes se obliga a efectuar su respectiva prestación, lógicamente expresada en términos de ilicitud. Donde la conducta atribuida a la otra parte del convenio corrupto, se desplaza a la tipicidad penal propuesta en el artículo 3970 del CP ("soborno trasnacional activo").

La "aceptación" puede ser expresa o tácita (implícita o explícita), en tanto el agente dé su conformidad de forma verbal, manifestando su compromiso de faltar a sus obligaciones funcionales (legales) o de formar unívocamente demostrativa, mediante gestos y/o actitudes que manifiesten su asentimiento a forma parte del pacto corrupto.

Luego se dice que la aceptación puede ser "directa o indirecta", la primera toma lugar, cuando el funcionario público extranjero directamente entabla la negociación corrupta con el particular y/o funcionario público nacional y, así, se compromete a realizar una actuación funcionarial en contravención a sus obligaciones legales (competen-

cias), teniendo como contraprestación la obtención de una dádiva o beneficio.

Mediante la segunda variante del injusto, la aceptación del donativo toma lugar a través de interpósita persona, es entonces, un tercero que a nombre del sujeto público internacional, acuerda el pacto corrupto con la otra parte de la negociación. A tal efecto, debe comprobarse que efectivamente, este intermediario estaba actuando en representación del sujeto público internacional, pues si aquél tomó su nombre sin su consentimiento, habrá de negarse la tipicidad penal en cuestión, debiéndose descartar también, un presunto delito contra el patrimonio (Estafa), en agravio de la otra parte, pues el bien jurídico protegido por el artículo 393°-A, no tiene nada que ver con el patrimonio, desde una perspectiva individual.

La siguiente modalidad del injusto, importa "recibir-directa o indirectamente, donativo, promesa, ventaja o beneficio"; materialidad típica que se manifiesta a través de una facticidad que determina el ingreso del dinero a la esfera de custodia del funcionario extranjero o de organismo público internacional. Recibir, implica que el sujeto público internacional acepte la oferta corruptora del agente corruptor o, de que este último esté de acuerdo con lo peticionado por el autor del injusto, en cuanto a entregarle una dádiva, promesa, ventaja o beneficio, a cambio de que ejecute una actuación funcionarial en contravención a sus obligaciones legales.

Al momento que el enunciado normativo está haciendo alusión a que el agente ha de recibir el medio corruptor, esto quiere decir, que la negociación entre ambas partes se encuentran definida, de que cada uno de ellos efectuará su particular prestación; el sujeto público extranjero, al recibir la dádiva, se compromete frente al agente corruptor a realizar una acción a favor de sus intereses comerciales, sin necesidad de que deba verificarse dicho dato a saber, para dar por consumada la variante de tipicidad penal.

El agente corruptor, al entregar la dádiva al agente del injusto funcionarial, está incurso en la figura delictiva contenida en el artículo

397°-A del CP - soborno trasnacional activo (modalidad de entrega de dádiva, promesa, ventaja o beneficio), dando lugar a un delito de "participación necesaria".

Se dice en la redacción normativa *in examine*, que la recepción del beneficio o de la dádiva, puede ser "directa o indirecta"; esto quiere decir, que el funcionario del Estado extranjero recibe de propia mano la coima o, en su defecto, emplea a un intermediario interpósita persona, quien a su nombre recepciona la dádiva por parte del agente corruptor. No interesa –en orden a la realización típica–, que el dinero recibido haya de ser aprovechado por el sujeto público internacional o por el intermediario. Lo indispensable es que la dádiva sea recibida, amén de que el agente realice una actuación funcional, infringiendo sus deberes legales.

Dicho lo anterior, para que la intervención del intermediario sea punible, debe actuar a título de dolo, esto es, debe saber que el dinero que está recibiendo, tiene por objetivo que el sujeto público internacional, efectúe una actuación funcionarial en franca contravención a sus obligaciones legales: de no ser así, sería una conducta no ajustable a las normas jurídico-penales.

No puede hablarse en estas circunstancias de una autoría mediata, pues el hombre de adelante no cuenta con las cualidades funcionales para ser considerado autor, por lo que estamos ante un típico caso de autoría inmediata. No obstante, puede que este tercero, reciba la dádiva del agente corruptor, sin actuar con aquiescencia del sujeto público extranjero, es decir toma el nombre de aquel sin su consentimiento y, así engaña a la otra parte de la negociación; situación que incide en negar la tipicidad penal *in comento*, al no existir una materialidad fáctica idónea para afectar al bien jurídico tutelado. A su vez, hemos de rechazar la adecuación típica del proceder conductivo del intermediario, por el tipo penal de estafa, pues dicha figura delictiva no tiende a tutelar negocios jurídicos manifiestamente ilícitos: por tales motivos, dicho comportamiento cae en un manto de impunidad.

La última modalidad del injusto se encuentra descrita de la siguiente forma: "solicitar –directa o indirectamente–", donativo, promesa, ventaja o beneficio"; bajo esta hipótesis, advertimos un mayor adelantamiento de las barreras de intervención punitiva, en el entendido de que no resulta necesario verificar, si la otra parte de la ilícita negociación, presta o no su consentimiento, ello es simplemente irrelevante para dar por consumado el ilícito penal[968].

Es de verse, por tanto, que según esta descripción del injusto, no resulta de aplicación la tesis del delito plurisubjetivo, tal como se propuso, con la dación de la Ley N°28355 de octubre del 2004, en cuanto a la modificación de las tipificaciones penales de cohecho[969], dando lugar a una modalidad monosubjetiva, en cuanto a la incriminación de un emprendimiento delictivo, que para su realización típica, basta con contemplar la conducta atribuida al sujeto público internacional, sin tener que acreditar la aceptación de la otra parte, a entablar la ilícita negociación.

Solicitar supone un acto de petición, de requerimiento, haciendo saber el agente su pretensión de entrega de una dádiva, promesa, ventaja o beneficio, a otra persona; la cual debe expresar unívocamente la intención de recibir una coima a cambio de faltar a sus obligaciones legales; en el caso que nos ocupa, en el marco de negociaciones comerciales bilaterales o internacionales.

La solicitud puede ser "explícita" o "implícita": la primera de ellas, es aquella propuesta que de forma clara y unívoca, exterioriza la intención del agente, de que el potencial agente corruptor, acepte entregarle una dádiva, ventaja o beneficio; en contrapartida, el sujeto público internacional, se compromete a efectuar un acto funcionarial lesivo a sus obligaciones legales. La segunda de las mencionadas, es aquella que

---

[968] Más sí para definir la tipicidad penal del comportamiento del comprador de favores en el sentido de cobijar su conducta bajo los alcances normativos del artículo 397°-A del CP.

[969] Cfr. al respecto, sobre los conceptos generales de los delitos de "cohecho".

viene encubierta por ciertos elementos y/o características, que pretenden ocultar su verdadero propósito, v. gr., acá aparecen las argucias, destrezas y todo tipo de maniobra escondida, que utiliza el autor del injusto, para dar a mostrar su petición al tercero, así cuando el funcionario extranjero indica al otro protagonista del escenario, que el dinero solicitado es para contribuir a una cruzada por la defensa del niño y la mujer; donde este último debe advertir claramente la real intención del agente, de forma contraria, se desnaturaliza la esencia de esta figura delictiva, donde debe primar la voluntariedad y la consensualidad entre los contrayentes. Cuando el agente emplea la coacción, intimidación u cualquier vicio de la voluntad, no podrá afirmarse la tipicidad penal del delito en cuestión, al margen de la concurrencia de tipificaciones penales comunes (extorsión, coacción, etc.)[970]

Luego, se dice que la solicitud puede ser "directa o indirecta"; de forma similar a las variantes típicas anteriores, el agente delictual pueda solicitar al beneficio de forma personal o valiéndose de persona interpósita. Acá, el funcionario extranjero imparte órdenes a su subordinado, para que se acuda a las oficinas de una entidad estatal y así pedir una ventaja económica al funcionario público encargado de las negociaciones comerciales y/o económicas con otro país a cambio de realizar un acto funcional contrario a sus obligaciones legales.

Este tercero, si es que sabe de la naturaleza de la ilícita negociación, ha de responder penalmente como partícipe (complicidad), pero si su intervención toma lugar después de que el sujeto público internacional (post-consumación) recibió el dinero, su conducta será en principio impune; la ocultación del verdadero origen del dinero, daría lugar a un lavado de activos.

Llevado el análisis a las formas de imperfecta ejecución, tenemos primero que las modalidades típicas de "aceptar y recibir", tornan lu-

---

[970] No puede admitirse la tipicidad legal por delito de concusión, pues únicamente aquel que desarrolla actividades públicas nacionales. puede ser autor de este injusto funcionarial.

gar cuando el sujeto público extranjero presta su asentimiento a formar parte de la negociación ilícita, en cuanto a su conformidad de hacer suyo el medio corruptor (dádiva, promesa, ventaja o beneficio), a cambio de ejecutar un acto funcionarial lesivo a sus obligaciones legales y, cuando el medio corruptor ingresa a la esfera de custodia del sujeto público extranjero.

A tal efecto debe quedar claro que el estado consumativo no está supeditado a que el agente logre aprovecharse de la venta, beneficio o ventaja que recibe de mano del agente corruptor; rendimiento que puede reportar una determinada utilidad al autor o a un tercero.

Cuestión importante a saber, es que la identificación del estado consumativo del soborno pasivo trasnacional comporta a su vez la perfección delictiva del tipo penal de cohecho activo trasnacional, según los términos normativos del artículo 397°-A del CP. Por consiguiente, cada uno de los protagonistas de la ilícita negociación (pacto corrupto), ha de responder por su propio injusto, a título de autor.

En lo que concierne a la modalidad típica de "solicitar", se advierte que su perfección delictiva se adquiere cuando el agente emprende la conducta definida en la literalidad normativa, es decir, basta que el autor peticione el medio corruptor al otro protagonista del evento, para así dar por acreditado su estado consumativo. La negativa de la otra persona, a formar parte del pacto delictivo, no enerva la tipicidad penal de la conducta; contrario sensu, si aquel acepta entablar la negociación, habrá de responder como autor del artículo 397°-A del texto punitivo.

Por último, y no por ello menos importante, es de mencionar el proyecto de ley que tiene la finalidad de agregar una serie de modificaciones referente a las consecuencias de la comisión delictiva del delito de soborno transnacional activo. El reciente Proyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (2015), en el Artículo 584° regula el llamado **cohecho activo internacional**: *"El que con cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional*

público, donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas, comerciales o de cualquier otra índole de carácter internacional, es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce e inhabilitación hasta por veinte años conforme a los numerales 2 y 14 del artículo 42".

Como podemos ver, de la lectura del presente proyecto de ley, que hay una adición sobre las consecuencias de la comisión del delito de cohecho transnacional. Ahora se ha agregado la inhabilitación conforme al artículo 2 y 14 del artículo 42 del Código penal. Y, así mismo, se ha aumentado una pena de 6 hasta 12 años de pena privativa de la libertad, modificando los 5 años que inicialmente se impuso en la ley del 2009. Con esto se trata de lograr que la sanción a este tipo de delitos sea mayor, ya que la primera la consideraban muy benigna, puesto que inicialmente no se podía imaginar que podría haber una actividad delictiva internacional como el soborno internacional.

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

El dolo, en su aspecto cognitivo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal; tanto en lo que respecta a la calidad del destinatario de la dádiva como a las funciones que aquel ejerce; de manera que la ignorancia del agente sobre alguno de dichos aspectos, puede dar lugar a un error de tipo.

A parte del dolo, se percibe un ánimo de naturaleza trascendente, en cuanto a la obtención o retención de un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales. Entonces, dentro de este delito solamente cabe el dolo de primer grado, porque el interés de la persona que ofrece, da o promete la dádiva o ventaja tiene la finalidad de beneficiarse con la actividad del funcionario o de la omisión de ella, puesto que se trata de hacer que el

funcionario realice una determinada conducta prohibida o que deje de hacer la que le corresponde, sino que no la haga o la haga para beneficio del propio solicitante o de un tercero que se encuentra en vínculo con el solicitante primario.

Entonces se tendrá que la tipicidad subjetiva es necesariamente dolosa, ya que la persona que solicita al funcionario, ya sea del Estado extranjero o del organismo internacional, deberá tener el conocimiento de lo que está solicitando y, obviamente, la voluntad de hacerlo.

V. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

En este caso habrá que analizar cada una de las modalidades que se presentan, ya que en el primer supuesto –que es ofrecer– se presenta una conducta de mera actividad, es decir, que es suficiente con el ofrecimiento que se hace al funcionario para que se configure el delito, por lo que no cabría la tentativa.

En el caso de otorgar sí es posible que ingrese la tentativa, ya que es un supuesto de resultado, o sea, que se entenderá que para el otorgamiento es necesario que se haya dado la aceptación por parte del funcionario, entonces, el solicitante (el privado) entrega el bien o la dádiva o ventaja que ha ofrecido al funcionario del Estado extranjero o del organismo internacional.

Ahora, en el último supuesto que se refiere a la promesa, no es posible que ingrese la tentativa, porque dentro de este supuesto se puede configurar el delito de soborno con la sola promesa, que no requiere que se acepte ella. Entonces, la promesa por sí sola ya genera responsabilidad penal, sin embargo, es necesario que se pruebe que esa promesa está encaminada a beneficiar al funcionario ante el cumplimiento o el incumplimiento de sus funciones.

CAPÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO
EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 399° DEL CÓDIGO PENAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El delito de negociación incompatible, llamado también delito de aprovechamiento indebido de cargo está ubicado sistemáticamente en la Sección IV llamada: "Delitos de corrupción de funcionarios", junto con los delitos de cohecho[971], tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito; luego de la reforma legal producida en el año 2004 en el Perú, a través de la Ley N° 28355. En otras palabras, para el reformista legal, el delito de negociación incompatible se trata de una forma de corrupción gubernativa que comete intencionalmente el funcionario o servidor público, como una forma de "arreglar" ilícitamente las relaciones contractuales u otro tipo de operaciones comerciales, donde el funcionario intervenga por razón de su cargo.

Como su mismo nombre jurídico lo señala, se trata en realidad de una negociación propiciada por el mismo funcionario público con

---

[971] La superposición de tipos penales dificulta gravemente la delimitación interpretativa entre ellos. Así se tiene, como modalidad de "corrupción de funcionarios" a la "negociación incompatible" (art. 397), donde es punible el "interesarse por cualquier contrato u operación en que se intervenga"; pero existen dos modalidades de "concusión" muy similares: el "patrocinio ilegal" (art. 385), donde la conducta delictiva consiste en el "patrocinio de intereses particulares ante la administración pública"; y la llamada "colusión ilegal" o "fraude al Estado" (art. 384) que engloba los casos de "defraudación a la administración pública" en los contratos, suministros, licitaciones, etc. en los que intervenga el funcionario público, "concertándose con los interesados".

las partes interesadas, que es "incompatible" con los principios institucionales e intereses de la administración pública, y por lo tanto merecedor de una sanción jurídico-penal. Según Soler "...la acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado"[972]. No es necesario que el funcionario tenga la plena potestad para decidir individualmente el negocio como funcionario: basta que concurra a formar la determinación sustancial o a fijar la legalidad de la operación[973].

La Convención Interamericana contra la Corrupción, prescribe en su artículo VI.1 que "La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: [...] c: *La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero*". Y según dicha Convención en el punto 74, señala que en el Código penal peruano encontramos las figuras de la *colusión* (artículo 384) y del *aprovechamiento indebido de cargo* (artículo 397) que suponen la obtención ilícita de beneficios por parte del funcionario o servidor público.

La situación simultánea de parte y de funcionario, es independiente de la existencia de un interés materialmente contrapuesto entre el Estado y el particular. El ejemplo que pone el Profesor argentino Soler es que un sujeto haga suministros, como proveedor, más baratos que los ofrecidos por otros. Ello no obstante, si ese proveedor es al mismo tiempo el funcionario encargado de la proveeduría, el hecho constituye negociación incompatible[974].

---

[972] SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo V, Buenos Aires, 1951, p. 213.

[973] SOLER, tomo V, 1951, p. 214.

[974] SOLER, tomo V, 1951, p. 213.

Por la ubicación sistemática en el Código penal, el delito de negociación incompatible se trata de un delito de corrupción de funcionarios públicos[975]; en otras palabras, *se trata de una forma concreta de desviación de los cauces principistas de lealtad y de buena fe que debe tener todo funcionario o servidor público a la hora de ocupar un cargo público.* En todo caso, si existiese alguna forma de interesarse por parte del funcionario público, este solo puede ser realizado en beneficio del Estado, de la propia administración pública al cual él representa y no en beneficio del propio funcionario público, que es lo finalmente castiga el delito de negociación incompatible, pues se estaría aprovechando del cargo para realizar negocios jurídicos, y verse beneficiado.

Como el delito de aprovechamiento indebido del cargo se trata, en realidad, de una forma de corrupción de funcionarios públicos, su objeto de protección jurídico-penal no es de naturaleza económica-financiera y menos averiguar sobre el *cuantum* y la magnitud del nego-

---

[975] En este punto: CASTILLO ALVA, José Luis; *El delito de negociación incompatible*, Lima, 2015, p. 14 nos dice lo siguiente: "Pese a que el legislador vigente consideró pertinente ubicar al delito de negociación incompatible dentro del título de los delitos de corrupción de funcionarios, junto a los delitos de tráfico de influencias, cohecho y enriquecimiento ilícito, lo cierto es que la ubicación sistemática correcta debería haber sido el agruparlo de las infracciones próximas al delito de colusión, patrocinio otras figuras delictivas que forman parte de la clase de delitos que suponen la afectación de los procesos de contratación estatal, el patrocinio de intereses particulares o el abuso del cargo que su exigencia para pagar o entregar contribuciones o emolumentos debidos".

Por otro lado, ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico*, Lima, 2012, p. 334 afirma lo siguiente: "En cambio, con el delito de negociación incompatible nos encontramos ante un delito de corrupción de funcionario o empleado público, en el que por definición sujeto público muestra un interés ilegal que le dé provecho patrimonial, ya sea orientando los negocios del Estado en los que actúa como negociador para favorecer sus intereses económicos o empresariales o para beneficio de tercero (que puede ser cualquier persona). En ambos casos, con la consiguiente ventaja para el funcionario público pues estamos frente a un delito de corrupción de funcionarios, en el cual existirá siempre un mecanismo corruptor de por medio que explique la conducta asumida por dicho sujeto público y dé sentido motivador a los actos realizados".

cio jurídico. El delito bajo análisis no es de enriquecimiento económico por parte del funcionario, no obstante, que según de la propia literalidad de la norma penal, el *interés* debe dirigirse directamente hacia un negocio jurídico determinado (contrato u operación), en la cual obviamente generará algún beneficio económico al funcionario público o alguna tercera persona vinculada a él; *en todo caso, el negocio jurídico solo se tratará de un marco contextual referencial de la conducta típica, pero no se tratará del fundamento material del injusto típico, que lo será el "aprovechamiento indebido" del cargo por parte del funcionario público bajo la forma de interés en un negocio jurídico,* y lo más interesante de esta figura es que se llega a reprimir penalmente al funcionario aun cuando finalmente se frustre por ejemplo la suscripción o la misma ejecución del contrario u operación.

Algunos autores piensan que el delito negociación incompatible rompe con las todas garantías del Derecho penal de mínima intervención: "En efecto, no se requiere demasiado esfuerzo interpretativo para constatar que los delitos de celebración indebida de contratos reproducen meras infracciones de deberes legales y reglamentarios, por lo demás debidamente reguladas como ilícitos administrativos por la legislación pertinente (Ley 80 de 1993), por lo que el recurso al derecho penal en estos casos aparece totalmente injustificado desde el punto de vista del mandato constitucional de mínima intervención. Se trata no solo de que ya existen mecanismos extrapenales idóneos para proteger la legalidad, objetividad e imparcialidad de la contratación pública (carácter de última ratio del Derecho penal), sino de que la infracción penal se identifica con la infracción administrativa, por lo que tampoco estamos frente a formas especialmente graves de ataque al bien jurídico (carácter fragmentario del Derecho penal)"[976].

Ahora bien, en cuanto al bien jurídico protegido, podemos citar al Profesor Soler, quien sostiene "...que el objeto tutelado por esta figura

---

[976] SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto; "*Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos*", disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_15.pdf.

es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad"[977].

Por su parte, Sancinetti señala que lo que se protege es la transparencia de los actos administrativos y, en ese sentido, la acción prohibida por el tipo penal se configura "... por la manifestación de una injerencia orientada al aprovechamiento de la función pública, sea para beneficio propio o de un tercero. Lo constitutivo es la inserción del interés privado en el proceso formativo o ejecutivo del acto del cargo, violándose así el deber de actuar en interés exclusivo de la administración pública".[978]

Siguiendo en la doctrina argentina, Fontán Balestra nos expone que el bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible es "...genéricamente la administración pública, y específicamente la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado, expuesta a través de su prescindencia e imparcialidad. Es importante señalar que no se trata aquí del perjuicio que pueda resultar para la administración..."[979]

En esta misma línea, Buompadre nos dice que "...en el delito de negociación incompatible, los funcionarios públicos que se desempeñan en la administración pública, lo tienen que hacer con imparcialidad, de manera prístina, transparente y que se prescin-

---

[977] SOLER, ob. cit., pág. 246. Asimismo, afirma SANCINETTI que la utilidad social de este delito se halla vinculada con la necesidad de mantener incólume la imparcialidad en las contrataciones del Estado (conf. SANCINETTI, Marcelo A., *"Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas"*, publ. en Doctrina Penal, Año 9, N° 33/34, Ed. Depalma, enero- junio 1986, p. 71).

[978] SANCINETTI Marcelo A.: *"Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas"*. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Ciencias Penales, Tomo XXXIX, Fascículo III, Setiembre – Diciembre. Madrid, pp. 876-878.

[979] FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Derecho penal. Parte especial*, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, 2002, p. 857.

da por parte del funcionario de todo otro interés que no sea el de la administración"[980].

En la doctrina chilena, por otra parte, encontramos al Profesor Etcheberry quien señala que "El legislador desea proteger aquí la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear a la administración pública. Esta apariencia se ve lesionada si el funcionario se "desdobla", según la expresión de Soler, y representa su propio interés a la vez que el interés público"[981].

En la doctrina penal colombiana podemos citar a Calle Calderón / Sotomayor Acosta, quienes han considerado que en los delitos contra la administración pública el bien jurídico protegido es la función pública ejercida correctamente, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema. La administración pública está al servicio de la sociedad. La protección penal se refiere al deber de la administración y de sus agentes de servir a los administrados. Se protege de la conducta lesiva para el cumplimiento adecuado del servicio público[982].

A su turno, Rodríguez Collao / Ossandón Widow han señalado que "El bien jurídico protegido, al igual que en el resto de las figuras de este grupo, está constituido por la función administrativa, cuyo correcto desempeño exige que se respeten los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones con los particulares. Es evidente que el funcionario público posee una doble personalidad, pues en algunas facetas de su vida actúa como autoridad y en otras, como particular; sin embargo, lo que no debe hacer es confundir

---

[980] BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho penal. Parte especial,* tomo 3, Corrientes, 2003, p. 287.

[981] ETCHEBERRY, Alfredo; *Derecho penal, Parte especial,* Tomo IV, 3ra Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 248

[982] CALLE CALDERÓN, Armando Luis / SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto; *"El delito de interés ilícito en la celebración de contratos"*, en: Revista Estudios de Derecho, núm. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997, pp. 360-363

ambas dimensiones, haciendo primar el interés individual por sobre el general, en abierta contradicción con tales principios"[983].

En esta misma línea de la doctrina colombiana, encontramos a Peña Ossa, quien nos dice que la actividad contractual del Estado se dirige a satisfacer el interés general y no los particulares del servidor público, por lo que el interés indebido es el que constituye el injusto penal, es decir, el contrario a la Constitución y la ley, del primero dimanan los principios de transparencia, selección objetiva e imparcialidad. El interés tutelado es el relativo al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública, en lo que se relaciona con el interés general como guía de la actividad contractual, de tal manera que se garanticen los principios de transparencia y los deberes de imparcialidad y moralidad, que se vulneran con manifestaciones de utilidades o provechos privados, constitutivos de desvío de poder. Se busca evitar que el servidor actúe motivado por razones de orden personal, con desconocimiento del interés general"[984].

En la doctrina nacional, el bien jurídico tutelado en el delito de negociación incompatible definitivamente por la mayoría de la doctrina es la imparcialidad que debe tener el funcionario o servidor público cuando intervenga en las relaciones contractuales u operacionales. Así, según García Cavero "Si bien la doctrina penal concuerda en considerar que el bien jurídico protegido en el delito de negociación compatible es la imparcialidad de la administración pública[985]. La jurispru-

---

(983) RODRÍGUEZ COLLAO, Luis / OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena; *Delitos contra la función pública, El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 408.

(984) PEÑA OSSA, Erleans de Jesús; *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 196-197.

(985) Parece ser que el "principio de imparcialidad en la función pública" es la piedra angular de aquellos delitos contra la administración pública, donde el funcionario le toca actuar, y es lo que más se intenta cuidar y proteger en los tipos penales de la administración pública. Así, en el delito de tráfico de influencias (y también en los delitos de cohecho pasivo), en doctrina, nacional y comparada, así como en nuestra judicatura se mencionan una serie de definiciones respecto del bien

dencia penal ha señalado que: "*El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público) que anteponen sus intereses a la de ella. En rigor se trata de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcionaria frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales*".[986] *En otras palabras, para que se produzca el delito de negociación incompatible debe producirse el conflicto de compatibilidades. Se es funcionario público y, al mismo tiempo, interesado en la negociación.*[987] *Es natural que en el fondo el interés sea económico,* pero ello no es motivo de probanza ni preocupación del tipo porque no se castiga el negocio prohibido sino la incompatibilidad con la función.

Así, según García Cavero "Si bien la doctrina penal concuerda en considerar que el bien jurídico protegido en el delito de negociación compatible es la imparcialidad de la administración pública[988].

---

jurídico protegido (interés jurídicosocial que al Estado interesa salvaguardar) con este delito. Se habla "(...) del prestigio y el correcto funcionamiento de la administración pública, específicamente la administración de justicia jurisdiccional y administrativa (...) [e incluso] la afectación **del principio de imparcialidad** -pero en un contexto mayor de acción delictiva- cuando se produzca un concurso real con el delito de cohecho pasivo (...)". Sin estar de acuerdo con el prestigio como objeto de protección jurídico penal, otro autor menciona que el verdadero bien jurídico protegido en el tráfico de influencias supone "(...) la imparcialidad del funcionario, el carácter público de la función; y, en el supuesto de la "influencia simulada", el patrimonio individual". (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*. Palestra: Lima, 2003, p. 525).

(986) Véase, en este sentido: Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

(987) BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial Astrea, 2012, p. 690.

(988) En efecto, la Ley General de Procedimientos Administrativos, señala en el artículo IV: (PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO) lo siguiente:

También es verdad que vincula esta imparcialidad con la protección del patrimonio estatal. En consecuencia, el deber específico cuya infracción configura el delito de negociación incompatible no puede limitarse al tratamiento igualitario a los administrados, sino que incluye la custodia de los intereses económicos del Estado. Por lo tanto, si el funcionario público ofrece un trato especial a un administrado pero sin poner en peligro los intereses económicos del Estado, no podrá hablarse de un delito de negociación incompatible, sino en todo caso, de una infracción al artículo 1.5 Ley de Procedimiento Administrativo General (principio de imparcialidad). El delito de negociación incompatible se dará solamente cuando la actuación del funcionario público se desdobla al representar tanto al Estado como a los intereses privados. La naturaleza de los intereses privados debe ser conforme a la opinión dominante de la doctrina nacional, de carácter económico".[989]

Por su parte Abanto Vásquez sostiene que "...esta figura supone, en gran parte, una conducta previa al "fraude a la administración pública". En ambos casos, el funcionario a través de una violación de la imparcialidad que debe guiar sus actuaciones cuando intervenga en un contrato u operación económica presentando los intereses de la administración pública[990].

Precisando al respecto Rojas Vargas que "El objeto genérico de la tutela penal es garantizar el normal funcionamiento de la administra-

---

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho administrativo:
   1.5 **Principio de imparcialidad .**- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

[989] Véase, en este sentido GARCIA CAVERO, Percy; Informe sobre la relevancia penal del Acuerdo del Directorio de CONASEV N° 395-202.

[990] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Palestra, Lima 2003, p. 506.

ción 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".[991] Consecuentemente, lo que se incrimina es el peligro determinado por el interés particular que compromete los fines exclusivos de la administración.[992]

Según Castillo Alva, sostiene que "El bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es la transparencia en los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo cada vez que intervienen en los contratos en nombre y/o representación del Estado"[993].

Peña-Cabrera Freyre anuncia que "...nuestra postura es de anclar el objeto de tutela en los principios de imparcialidad y objetividad, que debe revestir la conducta del funcionario o servidor público, cuando asuma una actuación funcional en el marco de la contratación

---

(991) ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley. Lima, 2007. p. 818. El mismo: ROJAS VARGAS, 2012, p. 354 "Así, tendremos que concluir que la figura penal bajo estudio no es un delito que tenga su objeto material de protección en el patrimonio público, sino más bien se orienta a proteger o garantizar la integridad o rectitud del funcionario o servidor público que interviene en razón a su cargo en las negociaciones públicas. Refuerza esta tesis el hecho de que los actos que suponen tipicidad objetiva por negociación incompatible no se localizan en los momentos de la celebración de los convenios ni en la ejecución de los contratos, sino que se refieren a actos previos y anteriores que permitan justamente el interés ilícito del agente público. Asimismo, otro argumento de refuerzo nos recuerda que los delitos de *corrupción de funcionarios no suponen afectación a los intereses patrimoniales del lisiado o en general de la administración pública*".

(992) MANZINI, Vincenzo; Tratado de Derecho penal. Delitos contra la administración pública. T. 8; p. 323. Citado por Castillo Alva José Luis; Negociación incompatible. En delitos contra la administración pública, Jurista Editores 2009. pp. 578-579.

(993) CASTILLO ALVA, José Luis; *El delito de negociación incompatible*, Lima, 2015.

administrativa"[994]. Salinas Siccha considera que el "...delito de negociación incompatible busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes encomendados en razón del cargo que desempeñan, como es el celebrar contratos u operaciones a favor de la administración"[995].

Por lo tanto el objeto a proteger en el delito de negociación incompatible no estará fijado en el interés económico-patrimonial afectado en las arcas del Estado peruano (por ejemplo, para eso estará el delito de peculado o el delito de colusión simple o agravada), sino el objeto está fijado en un interés inmaterial concretizado en el proceso de negociación que realice el funcionario o servidor público en los contratos o en las operaciones que intervenga por razón del cargo.

En consecuencia, el bien jurídico tutelado es genéricamente, la administración pública, y específicamente la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado, expuesta a través de su prescindencia e imparcialidad. El conflicto de compatibilidades de la función pública y el interés privado, es lo que da contenido material al delito de negociación incompatible; dicho conflicto no solo está circunscripto al jurídico-legal (en efecto, la Ley de Ética de la Función pública, en el artículo 8[996] señala algunas prohibiciones), sino que dicha prohibición de incompatibilidad ha sido elevado a nuestra Carta Magna; así, la Constitución Política del Perú señala una prohibición expresa en

---

[994] PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo V, Lima, 2010, p. 569.

[995] SALINAS SICCHA, 2011, p. 563.

[996] El servidor público está prohibido de:
1. **Mantener intereses de conflicto** "*Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimento de los deberes y funciones a su cargo*".
2. **Obtener ventajas indebida**s "*Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia*".

el artículo 92°[997] (modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 28484, 05.04.2005).

La jurisprudencia penal nacional ha señalado que: "*El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público) que anteponen sus intereses a la de ella. En rigor se trata de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcionaria frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales*"[998].

---

[997] Dicho artículo señala lo siguiente: "La función de congresista es de tiempo completo; le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso.
El mandato del congresista es incompatible con el ejercicio de cualquiera otra función pública, excepto la de Ministro de Estado, y el desempeño, previa autorización del Congreso, de comisiones extraordinarias de carácter internacional.
La función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos.
La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones".

[998] Véase, en este sentido: Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. En esta misma línea, puede verse, la Resolución N° 03 de fecha 21 de setiembre 2012, recaído en el Exp. N° 00036-2012-4-1826-JR-PE-01, expedido por la Corte Superior de Justicia de Lima, ha señalado que: "*El delito de negociación incompatible es un delito especial propio y de infracción de deber. El bien jurídico tutelado subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la administración pública del interés privado de sus agentes que anteponen sus intereses a los de aquella. En rigor, lo que se preserva son los deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.)*

Otra jurisprudencia penal nacional ha señalado que "*...si bien el tipo penal del delito negociación incompatible está comprendido entre los delitos contra la administración pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional*".(999)

---

en su actuación funcionarial frente a la administración en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales (...) El fundamento de la participación en el hecho del autor sobre la base de un injusto autónomo, radica en que cada interviniente accede al tipo penal en la medida que su propia conducta suponga una intromisión en una esfera de organización ajena; en este sentido, la relación que normativamente interesa no es la del partícipe y el autor, sino la del interviniente y el hecho, por ende, el fundamento jurídico penal del partícipe subyace en el "acceso propio" a un hecho típico y antijurídico, manifestando así un ataque a la vigencia de la norma idealmente comparable a la que lleva a cabo el autor".

(999) Ejecutoria Suprema de fecha 10 de marzo del 2010, en el Recurso de Nulidad N° 000661-2009, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. En esta línea debemos señalar que en el delito de aprovechamiento indebido del cargo, no se aplica la dúplica del plazo de prescripción, debido a que no incide directamente en el desmedro patrimonial estatal, así se ha señalado en el Recurso de Nulidad N° 117-2012 – JUNIN, de fecha 13 de abril 2013, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, bajo los siguientes términos: *"Que no obstante las circunstancias anotadas, que deberían ser objeto de una evaluación más rigurosa en un nuevo juicio oral, el delito de aprovechamiento indebido del cargo, a la fecha de los hechos -agosto a setiembre de dos mil cuatro-, se encontraba regulado en el artículo trescientos noventa y siete del Código penal, que tenía el siguiente texto: "...El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años...". A la actualidad han transcurrido más de ocho años, por lo que en virtud a la dosimetría punitiva fijada para dicho delito y a lo previsto en el artículo ochenta y parte in fine del artículo ochenta y tres del Código penal, la acción punitiva del Estado se extinguió por el transcurso del tiempo - en efecto, el delito materia del presente proceso, prescribe a los siete años y medio-. Igualmente, no resulta de aplicación la dúplica del plazo de prescripción a que se refiere el último párrafo del artículo ochenta del citado Cuerpo legal, pues el delito de aprovechamiento indebido del cargo no incide directamente en el desmedro patrimonial estatal,* ***sino que se configura cuando se advierten actos que vulneran el ejercicio de la función pública y***

Finalmente, una Ejecutoria Suprema ha dicho lo siguiente: *"El objeto específico de la tutela penal en el delito de negociación incompatible con el ejercicio de funciones públicas radica en brindar protección al ejercicio regular de las funciones públicas, preservándolas, preventiva y conminatoriamente de los actos de corrupción, o garantizar a través de la conminación penal, al respeto del desarrollo funcional de la administración pública; por lo que no se afectó el patrimonio del Estado; entonces, no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción establecido en el último párrafo del artículo ochenta del Código penal, como alega la parte civil"*[1000].

II. ¿EL INTERÉS PARTICULAR DEBE SER SIMPLEMENTE "INCOMPATIBLE" A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

Una problemática interesante en el delito en cuestión, la misma que podemos resumirla en la siguiente interrogante ¿Resulta indispensable que el interés particular mostrado por el funcionario tenga que aparecer como contrapuesto al de la administración pública? Un sector de la doctrina indica que se dará igualmente el delito aunque el interés esté constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquella (p. ej., que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la administración)[1001].

Por otro lado, están quienes sostienen que la sola realización de "incompatibilidad" que muestre un funcionario o servidor público con su real actuación dentro de una relación negocial, que es un interés particular, indebido, del funcionario, reñido obviamente por la ley y sus reglamentos internos, no resultará suficiente de cara a la consumación del tipo penal en cuestión; *pues será, necesario, que se verifi-*

---

van en contra de la observancia de los deberes del cargo, la regularidad, el buen desenvolvimiento, el prestigio y dignidad de la función".

[1000] Ejecutoria Suprema de fecha 26 de marzo del 2014, recaído en el R. N. N.° 1360-2013 – CUSCO, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

[1001] CREUS, tomo II, 1991, p. 310.

que, que dicho interés mostrado es precisamente de carácter prohibitivo, ya que puede ser que un funcionario realice ciertos comportamientos conducentes a mostrar cierto compromiso, inusual hasta cierto punto del funcionario, con un determinado contrato u operación al cual ha sido designado, pero dicho interés tiene como objetivo buscar un beneficio institucional de mediato o inmediato plazo; es decir, en este caso, no habrá perjuicio económico, sino más bien, un beneficio para el propio Estado, por lo tanto el interés mostrado no será de carácter indebido, y no resultará ser una conducta típica del delito en cuestión.

Debemos señalar que el denominado "conflicto de intereses" debe identificarse desde una perspectiva *ex ante* y de modo anterior a la ejecución del acto funcionario, pudiéndose determinar dicho factor distorsionado de manera adecuada. "En otras palabras, y siguiendo a Castillo Alva, dicho conflicto de intereses debe estar en capacidad de ser individualizado y reconocido previamente y de manera clara por el funcionario. Por tanto, si no existe o no concurre dicho conflicto de intereses, habiéndolo no es perceptible, ni es posible individualizarlo de manera adecuada, difícilmente se podrá plantear la configuración del delito"[1002].

Sin embargo, la existencia de un conflicto de intereses o de una situación de incompatibilidad no puede determinar por sí misma, de manera mecánica y automática, la comisión del delito de negociación incompatible. Puede haber, sin mayor problema, conflicto de intereses entre un funcionario público y un tercero que participa de cualquier manera en el proceso de contratación estatal y no por ello producirse la comisión del delito en mención[1003].

La pregunta que también debe resolverse es si es exigencia de que el autor pertenezca al mismo sector de la administración pública que realiza el proceso de contratación. En este punto, cabe aclarar que, en

---

[1002] CASTILLO ALVA, José Luis; *El delito de negociación incompatible*, Lima, 2015, p. 27.

[1003] CASTILLO ALVA, 2015, p. 28

numerosos precedentes jurisprudenciales de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires (Argentina) se ha adoptado un criterio amplio de la figura de negociaciones incompatibles, entendiendo que también pueda ser cometido por un funcionario que no contrata consigo mismo, siempre que vuelque sobre el negocio un interés ajeno al de la administración pública[1004].

La Corte Suprema de Justicia, tomando en cuenta los criterios glosados por el Tribunal de Contrataciones del Estado, respecto a un caso de impedimento de una empresa, formada por familiares directos de un congresista de la República, ha estimado respecto a los límites funcionales del delito de negociación incompatible que: *"[La] restricción para ser postor está relacionado con el ámbito de la jurisdicción o sector al que pertenece las funciones del congresista -el Gobierno Regional del Callao no está supeditado ni forma parte del ámbito de la jurisdicción del Congreso-. En tal virtud, vista la decisión del órgano administrativo competente para su calificación, es de concluir que los cargos derivados de esos hechos: negociación incompatible y falsificación, de documentos, carecen de relevancia penal*[1005]*"*.

Técnicamente sería mejor llamado delito de "aprovechamiento indebido del cargo", en vez de delito de "negociación incompatible"; pues aquel *nomen juris* implicaría necesariamente un proceso de *negociación* iniciado entre el funcionario público y aquella persona –que incluso puede ser el propio Estado peruano– que debe intervenir en un contrato u operación. Y tal como está regulado en el artículo 397° del Código penal, no es necesario que el funcionario público haya llegado efectivamente a un acuerdo con la otra persona en todos los términos del contrato u operación. Lo que así existe es un indebido aprovechamiento del cargo por parte del funcionario público, y en el marco de

---

[1004] Buenos Aires, agosto 18 de 2005.-Tribunal: Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, sala 1ª Fecha Resolucion: 18/08/2005 Partes: ÁLVAREZ, José A., LOSTRI, Hector y otro.

[1005] Véase la Ejecutoria Suprema del R.N. N° 2106-2009 del 16 de junio de 2010 de la Sala Penal Permanente (Ponente: San Martín Castro).

ese cargo que ostenta, se logra interesar directa o indirectamente –para fines personales o de tercero pero vinculado al funcionario– en un negocio jurídico.

En ese sentido, está clara la posición del legislador patrio en todos los delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública: no está permitido que el funcionario público abuse de sus atribuciones legales y reglamentarias (por ej. abuso de autoridad en todas sus modalidades), tampoco está permitido que el funcionario público se deje doblegar en sus deberes de imparcialidad y objetividad por terceras personas (por ej. cohecho, tráfico de influencias), tampoco está permitido que el funcionario sustraiga los bienes y efectos del Estado (por ej. el peculado en todas sus modalidades), tampoco está permitido que el funcionario realice actos de deslealtad cuando el Estado está en una de las partes dentro del marco de los negocios jurídicos (por ej. colusión), finalmente tampoco está permitido que el funcionario ni siquiera asome algún interés en un negocio jurídico en general (por ej. aprovechamiento indebido del cargo).

Debe identificarse desde una perspectiva ex ante y de modo anterior a la ejecución del acto del funcionario, pudiéndose determinar dicho factor distorsionador de manera adecuada. En otras palabras, dicho conflicto de intereses debe estar en capacidad de ser individualizado y reconocido previamente y de manera clara por el funcionario. Por tanto, si no existe o no concurre dicho conflicto de intereses, y habiéndolo no es perceptible, ni es posible de manera adecuada individualizarlo, difícilmente se podrá plantear la configuración del delito.

En otras palabras, para que se produzca el delito de negociación incompatible debe producirse el conflicto de compatibilidades. Se es funcionario público y, al mismo tiempo, interesado en la negociación[1006]. Es natural que en el fondo el interés sea económico, pero ello no es motivo de probanza ni preocupación del tipo porque no se casti-

[1006] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Manual de Derecho penal. Parte especial,* Editorial Astrea, 2012, p. 690

ga el negocio prohibido sino la incompatibilidad con la función[1007]. El funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado. Sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal para obtener provecho o para procurarlo a terceros, tornándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional[1008]. Lo que interesa no es a quién beneficia la actuación ilegal del funcionario público, sino que esta se haya producido en contra del deber de actuar a favor de los intereses de la administración pública[1009].

III. LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE COMO DELITO DE INFRACCIÓN DEL DEBER

El delito de negociación incompatible se trata de un delito "especial propio"[1010] y de "infracción del deber", esto último se sustenta en que los roles funcionales se encuentran previstos no al interior del Código penal o ley penal especial sino en normas extrapenales genéricas o específicas[1011], y su concepto penal de deberes o funciones se

---

[1007] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública*, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1997, p. 221. En este mismo punto: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial*, tomo V, Lima, Idemsa, 2010, p. 572 afirma: "(...) Elemento en cuestión que no condiciona la realización típica, **a un efectivo aprovechamiento del sujeto activo, en cuanto a la obtención de una ventaja económica o de otra índole, debemos recordar que el tipo de negociación incompatible con el cargo es de peligro y no de resultado, por lo que no se trata de un delito de enriquecimiento**".(negritas nuestras).

[1008] ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, Lima, 2007, p. 825.

[1009] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; Delitos contra la Administración pública, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 450.

[1010] Porque la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, es decir, solo lo pueden cometer ciertos sujetos cualificados (el funcionario o servidor público en el delito de negociación incompatible) que ostentan un estatus jurídico especial, que se encuentran delimitados en el tipo penal y que no tenga correspondencia con un tipo legal común.

[1011] Los deberes y roles funcionales se encuentran en la Constitución, leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas, entre otros.

construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas, ya que tiene la finalidad de delimitar los parámetros de las funciones públicas y administrativas; y por lo tanto de la consecuente responsabilidad penal, civil o disciplinaria.

La jurisprudencia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia, en principio, ha señalado que el delito bajo comentario se trata de un delito especial, siguiendo un criterio formal de la teoría de la intervención personal. Así, ha señalado que:

> *"El tipo penal exige la concurrencia de alguna calidad o cualidad especial, por ello constituye un* ***"delito especial propio"****. Como ya se anotó, solo podrán cometer este delito los funcionarios y servidores públicos que reúnen las características de relación funcional exigidas por el tipo penal (razón de su cargo), esto es, que tenga facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operación pública".*[1012]

Luego, y siguiendo un criterio material de la teoría de la intervención personal, la Corte Suprema de la República ha dicho en este tema lo siguiente:

> *"Tercero. Que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código penal, exige como conducta típica que el sujeto activo debe interesarse por un contrato u operación en que interviene en razón o por su cargo, siendo este interés de manera directa o indirecta; sin embargo, no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público, si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo. Cabe precisar, además, que nos encontramos ante un* ***delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos,***

[1012] Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

> ***neminen laede, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común -al menos parcialmente- con un beneficiario;*** *es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tiene un contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, son titulares de un estatus especial".*[1013]

Finalmente, en un fallo judicial -confuso en su argumentación- también expedido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, ha dicho lo siguiente:

> *"En cuanto al tipo penal de negociación incompatible,* ***es un delito especial propio y de infracción de deber,*** *esto último se sustenta en que los roles funcionales se encuentran previstos no al interior del Código penal sino en normas extrapenales (leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas, etc.). El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la administración pública del interés privado de sus agentes (funcionarios o servidor público) que anteponen sus intereses a la de ella, en rigor lo que se trata es de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad etc.) en su actuación funcionarial frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales".*[1014]

[1013] R. N. N° 722-2013 -TACNA- de fecha uno de agosto del dos mil trece, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

[1014] Véase, en este sentido: Sentencia emitida en el Expediente N° 036-2012 - Sala Penal de Apelaciones de Lima (21/09/2012). Por otro, citaremos la Investigación N.° 037-2014 (12/09/2014) de la Fiscalía de la Nación, en la parte pertinente,

IV. SOBRE EL DERECHO PENAL COMPARADO

El Código penal español reprime el delito de negociación, en el artículo 439º, bajo los siguientes términos: "*La autoridad o funcionario público que debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad,* ***se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones,*** *incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años*". Como puede verse, en el Código español, el verbo rector no es el interés del funcionario el punto central de la tipicidad, sino más bien el "aprovechamiento" del funcionario dirigido directamente a los negocios o actuaciones comerciales.

En el Código penal de Francia (1810) tenemos la siguiente redacción legal «G:P- de Francia (1810), art. 175: "*Todo funcionario, oficial público o agente del gobierno que, ya abiertamente, ya por actos disimulados, ya por medio de otras personas, hubiese tomado o recibido un interés cualquiera con "motivo de las actas, adjudicaciones, empresas o arriendos cuya administración o vigilancia estuvieren en todo o en parte en su poder en el momento de celebrarse será condenado a un minimun*

---

señala: "*Para poder imputar el delito de negociación incompatible materia de investigación, no basta con que tenga el status de funcionario público, y, por tanto, se encuentre impedido, al igual que la generalidad de los funcionarios públicos, de contratar con el Estado, sino que es necesario que posea adicionalmente una competencia específica para intervenir en un contrato u operación vinculado a la administración pública, esto es, que pueda desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto. Ello, por cuanto, como ya se ha señalado, el funcionario al que se refiere el* ***tipo penal es portador de un deber especial de corte institucional, consistente en privilegiar en los referidos contratos u operaciones en los que intervenga por razón de su cargo -como parte estatal-, los intereses de la administración pública, anteponiéndolos a cualquier tipo de interés privado, sea suyo o de tercero.*** *Es la infracción de dicho deber, a través de una injerencia incompatible con el rol funcionario del agente, la que fundamenta la responsabilidad por el delito materia de análisis*".

de seis meses o un maximun de dos años de prisión y sufrirá además multa cuyo maximun será la cuarta parte de las resoluciones y de las indemnizaciones, y cuyo minimun será la dozava parte las mismas. Se le declarará además incapacitado durante toda su vida para ejercer ningún cargo público. La presente disposición será aplicable a todo funcionario o agente del gobierno que hubiere tomado un interés cualquiera en un negocio cuyo pago o liquidación estuviere a su cargo".

Por su parte, en el Código penal de Italia (1930), tenemos la siguiente redacción legal: "G.P. de Italia (1S30), art. 324 (derogado por Ley 86 del 26 de abril de 1990): *"El oficial público que, directamente o por interpuesta persona o mediante actos simulados, toma un interés privado en cualquier acto de la administración pública en la cual ejerce su propio oficio, es castigado con reclusión de 6 meses a 5 años y con la multa de 2000,000 liras a 4'000.000".*

Asimismo, en el Código penal de Portugal (1982), se reprime el delito de negociación incompatible bajo el siguiente tenor legal: (art. 427) *"El funcionario que, con intención de obtener para sí o para un tercero participación económica ilícita, lesionare en un negocio jurídico los intereses patrimoniales que corresponde, en razón de sus funciones, administrar, fiscalizar, defender o liquidar, será penado con prisión de hasta 4 años y multa de 30 a 90".*

En el contexto Latinoamericano, podemos mencionar al Derecho penal de Chile, que contempla el delito de negociación incompatible en el artículo 240° de su Código penal. Debemos advertir que la última modificación a este delito es realizada en el año 2009 por la Ley 20.341 iniciada por moción parlamentaria. El propósito de esta ley, entre otros, fue aumentar la sanción prevista para el delito de negociaciones incompatibles. De esta forma se sustituyó el inciso primero del artículo 240° por el siguiente: *"El empleado público que directa o indirectamente* ***se interesare*** *en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio a máximo y*

multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado el negocio".

En el Código penal de Colombia se encuentra regulado en el artículo 409°, el delito de interés indebido en la celebración de contratos, en los siguientes términos: *"El servidor público que se* ***interese*** *en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años".*

El Código penal argentino reprime, por ejemplo, el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, en el artículo 265°[1015], donde el verbo rector "interés" está focalizado directamente en términos de "beneficio particular o de tercero"[1016]. Así dicho artículo señala: *"Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado,* ***se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero,*** *en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo".*

[1015] Esta norma penal de negociación encuentra su antecedente más remoto en el Proyecto Tejedor, que seguía al Código español, donde se encontraba el origen de estas figuras bajo el título "Fraudes y exacciones", el cual preveía un delito definido en términos bastante semejantes a los del artículo vigente. En el Proyecto de 1891 se daba a esta figura el nombre de fraude, mientras que ahora es conocido como negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.

[1016] NÚÑEZ señala que lo punible no es un acto de fraude patrimonial o su intento, sino en sí mismo, por los peligros que implica, el simple acto del agente de tomar interés ajeno al de la administración pública. Así, ha definido al interesarse "... como un interés ajeno al que representa en razón de su cargo..." (conf. Núñez, Ricardo, "Tratado de Derecho penal", t. VII, 1992, Ed. Lerner, p. 128).

V. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente directa se halla en el artículo 345 del Código penal de 1924 "el funcionario o empleado público que directa e indirectamente se interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos p) del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta noventa días.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación adjudicación o participación intervienen y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias".

La fuente legislativa extranjera se halla en los artículos 175 del Código penal francés de 1810 y 324 del Código penal español de 1850 o sirvieron de matrices para las fórmulas peruanas de 1863, 1924 y 1991 argentina de 1922 (actualmente vigente) y colombiana de 1936 y 1980.

VI. TIPICIDAD OBJETIVA

1. DESCRIPCIÓN LEGAL

El delito bajo comentario se encuentra regulado en el Artículo 399° del Código penal, el mismo que ha sido modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

> ***"Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo***
>
> *El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa."*

Debemos señalar que el Artículo 399° del Código penal fue a su vez modificado mediante la Ley N° 28355 del 06-10-2004, el mismo que señala lo siguiente: *"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código penal".*

En principio esta figura ha sido tratado por el Código de 1924, derogado, en el artículo 345, en dos partes, la primera como negociación incompatible del funcionario, y la segunda, similar comportamiento, cometido por peritos, árbitros y contadores[1017].

En el texto original del Código penal de 1991 se reprimía dicho delito en los siguientes términos: *"El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años".*

Antes de la reforma legal producida en el año 2004, el delito de negociación incompatible estaba regulado en el artículo 397° del Código penal (versión original del Código), en los siguientes términos: *"El funcionario o servidor público que indebidamente o en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años".*

Como puede verse, en cuanto a la conducta típica se ha conservado la misma estructura fáctica, sin embargo, el cambio se ha producido en la consecuencia jurídica, ya que antes la pena mínima era de dos, ahora es de cuatro años de pena privativa de libertad, y la pena máxima antes era de cinco, ahora la pena máxima es de seis años. Como la

[1017] Véase, en este sentido: PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública*, Lima, p. 218.

pena mínima ahora es de cuatro, el objetivo del legislador reformista era que el juez penal, como medida cautelar, aplique prisión preventiva en todos los casos, pues la prognosis de pena (cuatro años como mínimo en el Nuevo Código procesal penal del 2004) era favorable para su aplicación; y en cuanto a la determinación judicial de la pena, el juez penal podrá aplicar pena efectiva porque el marco penal (superación de cuatro años de pena privativa de libertad como mínimo) también lo permite.

Antes de la reforma legal producida en el año 2004, el delito de negociación incompatible era una modalidad de cohecho, lo cual no resultaba pertinente, pues el hecho presupone una "contraprestación", mientras que la negociación incompatible no debería exigirla.

Por su parte, el Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal, del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[1018], en el Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios, se regula bajo el rubro "Corrupción de funcionarios" (Sección IV), el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en el artículo 454°en los siguientes términos: *"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del artículo 35 del Código penal".*

2. SUJETO ACTIVO

Se trata de un delito especial, ya que solo puede ser cometido por un sujeto especialmente calificado, como es un funcionario o

[1018] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 258.

servidor público que intervenga en los actos preparatorios o ejecutivos de un contrato administrativo u otra operación. Pero, además, se exige una vinculación funcional específica, puesto que el contrato u operación tiene que pertenecer a la competencia funcional del autor; o sea, tiene que ser un negocio en el que el funcionario deba –o por lo menos pueda– formalmente, desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto.[1019]

Resulta evidente que en los delitos de negociación incompatible como cualquier otro delito contra la administración pública, pueden intervenir múltiples personas, ubicados en distintos puestos o momentos, en el evento delictivo, incluso personas que no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, pero que coadyuvan a la realización del acto incompatible. En tal sentido, estas personas que colaboran –dolosamente– en la realización del delito de negociación incompatible; y si bien no tienen la calidad especial de funcionarios o servidores públicos, son igualmente responsables porque tienen la calidad de cómplices extraneus (artículo 25° del Código penal), y prestaron colaboración en la realización del delito de negociación incompatible.

La jurisprudencia penal peruana ha señalado que: *"El tipo penal exige la concurrencia de alguna calidad o cualidad especial, por ello constituye un "delito especial propio". Como ya se anotó solo podrán cometer este delito los funcionarios y servidores públicos que reúnen las características de relación funcional exigidas por el tipo penal (razón de su cargo), esto es, que tenga facultades y competencias internas que le permitan intervenir en cualquiera de las fases de la contratación u operación pública"*[1020].

[1019] CREUS. Carlos. *Derecho penal. Parte especial.* Tomo 2, 6° edición, actualizada y ampliada. 1° reimpresión. Editorial *Astrea, Buenos* Aires, 1998, p. 301.

[1020] Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

3. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo en forma general será el Estado peruano, concretamente la administración pública, como bien jurídico protegido.

4. CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica, según el artículo 399° del Código penal, son las siguientes:

4.1. El verbo rector "interesarse"

En el interesarse, tal como se configura en el delito de negociación incompatible, hay una ***pretensión de parte*** que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes de cargo y que asume dadas las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son las de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta que el funcionario se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que el delito se entienda consumado[1021].

No bastaría –según Abanto Vásquez– con parcializarse, es decir, con asumir una postura de excesivo celo en favor de la parte que se representa (la administración pública), pues incluso si esta postura llevara al fracaso del contrato o de la operación (con el consiguiente perjuicio para la administración), solo habría falta administrativa[1022].

[1021] CASTILLO ALVA; José Luis; "Negociación incompatible", en: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director), Delitos contra la administración pública, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 592.

[1022] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, Pág. 510. Según este autor el "interesarse" puede ser interpretado en dos sentidos distintos: como la "obtención de interés" o como "actuación interesada" (actuar con "tendencia beneficiante"). Solo esta última puede ser interpretada correctamente, pues el verbo rector no se refiere a ninguna conducta de resultado" (p. 510).

El verbo rector del artículo 399° es "interesar". El interesarse es participar en un contrato o negocio que interviene por razón del cargo, como necesario y favorable, anteponiendo una pretensión propia o particular, beneficiándose "a sí mismo" o a un tercero. Es decir, interviniendo como funcionario y al mismo tiempo, como beneficiario o parte; bien sea directamente o a través de un tercero en cualquier contrato u operación. Esta última es la forma más usual empleado por el agente[1023].

El término interesarse, puede entenderse como "volcar sobre el negocio de que se trata una pretensión de parte no administrativa, querer que aquel asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros"[1024].

Según Villavicencio Terreros, en el Informe de Adecuación (en el punto 76) de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción (Lima, mayo del 2000), la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el caso del aprovechamiento indebido de cargo (artículo 397 del Código penal) el interés del funcionario o servidor público puede materializarse a través de acciones u omisiones.

El concepto de "interés" no se reduce exclusivamente al aspecto económico-patrimonial (aunque esta es la postura mayoritaria en la doctrina argentina[1025]); el interés particular puede manifestarse en un hecho cualquiera de injerencia aprovechadora; careciendo de significado con el fin perseguido se logre o no[1026]. En tal sentido, según Peña

---

[1023] HUGO ALVAREZ, Jorge B.; *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública,* Lima, 2002, p. 187.

[1024] BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho penal. Parte especial,* tomo 3, Corrientes, 2003, p. 290.

[1025] Así da cuenta CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte especial,* tomo II, Buenos Aires, 1991, p. 310.

[1026] HUGO ALVAREZ, 2002, p. 198.

Cabrera Freyre "...el interés indebido no tiene que ser necesariamente de orden económico, de obtener una ventaja en términos pecuniarios, puede ser de cualquier índole, v. gr., la consecución de un puesto laboral para un familiar, de participar en un proyecto de inversión privada, de ser incluido en un proyecto político".[1027]

Por el contrario, Portocarrero Hidalgo señala que "es natural que en el fondo el interés es económico, pero ello no es motivo de probanza ni preocupación del tipo porque en él no se castiga el negocio prohibido sino la incompatibilidad con la función"[1028]. Para el profesor Creus el "...interés no es necesario que sea contrario al del Estado, sino únicamente que se produzca dicho interés particular del agente, siendo tal interés de naturaleza económica. Y en ese sentido, se precisa que "se daría igualmente el delito aunque el interés está constituido por una pretensión que beneficie rotundamente a aquella (p. ej., que el funcionario intervenga con su interés particular para otorgar, simultáneamente, ventajas a la administración)".[1029]

Nótese que la descripción típica es solo que el funcionario se interese indebidamente por los contractos, al margen de la persona u otras personas que estén involucradas en la relación contractual con el Estado. En consecuencia, no expresa el tipo penal en comentario, que el funcionario o servidor público llegue efectivamente a un acuerdo contractual con la otra parte suscribiente, porque si lo hace estaría realizando otro delito contra la administración pública, que es de colusión (artículo 384° del Código penal), y que es mucho más grave en términos de sanción penal.

Una Ejecutoria Suprema ha establecido que no basta ser miembro del Comité Especial y responsable del área de abastecimiento, para

---

[1027] PEÑA-CABRERA FREYRE, tomo V, 2010, p. 573.

[1028] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública*, Lima, p. 221.

[1029] CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, 6ta edición actualizada y ampliada. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 300.

atribuir responsabilidad penal por negociación incompatible. En efecto: "De lo actuado no se aprecia material probatorio suficiente, *en vista de que el solo hecho de formar parte del Comité Especial Permanente y a la vez responsable de las áreas de Abastecimiento, Patrimonio Fiscal y de Planificación, Presupuesto y Desarrollo Institucional, no resulta suficiente para atribuirles responsabilidad por delito de negociación incompatible, pues no se cuenta con elementos de la prueba que acrediten que tales procesados se hayan interesado en forma directa* –poniendo de manifiesto sus pretensiones particulares– o en forma indirecta o acto simulado, tampoco se ha establecido con suficiencia que el proveedor haya estado ligado a los procesados".[1030]

Nuestra Corte Suprema, a través del Incidente N° 37-2005-LL Caso CONAPA, Resolución de la Primera Sala Penal Especial, ha señalado lo siguiente: "En el comportamiento típico el verbo rector es "interesarse" directa o indirectamente o por acto simulado, la acepción del término interesarse es el de "**injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcio-**

[1030] Ejecutoria Suprema del 17/06/2008, R.N. N° 3866-2007-PUNO. VOCAL PONENTE: ZECENARRO MATEUS, *Gaceta penal*, tomo 10, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2010, p. 182. Sobre este punto, véase la Ejecutoria Suprema de fecha 20 de enero de 2010, recaído en el R.N. N° 5083-2008-LIMA, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, en la cual sobre el delito de negociación incompatible, se absolvió a los imputados, porque el hecho no se subsumió en tipo penal, porque no había el "interés" en el funcionario: *"Que en relación al extremo absolutorio, la sentencia recurrida se encuentra regulada a la ley. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trecientos noventa y nueve del Código penal, requiere para su configuración que el funcionario público se interese en forma directa o indirecta, en provecho propio o de tercero, en cualquier contrato u operación en que interviene,* ***estos elementos de tipo penal no concurren en el presente caso pues la conducta realizada por los encausados Manrique Villalobos y Walde Salazar fue de incumplir con sus deberes funcionales, al no exigir la satisfacción de los requisitos para realizar una filmación en la ciudadela de Macchu pichu, lo que a la postre ocasionó el fatal resultado. Lo que no se evidencia es que haya existido un interés por parte de estos de obtener un provecho para sí o para otro, por lo que la absolución dictada se encuentra conforme a lo actuado***".

nales (...) interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trata una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o terceros (...)"[1031].

La jurisprudencia penal ha señalado que: *"Interesarse indebidamente conlleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de un funcionario público, quien muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la administración*[1032]*. El momento del interés indebido es irrelevante, toda vez que la gestión se puede dar en cualquier etapa del iter contractual del proceso de convocatoria, contratación, licitación, adjudicación, etc. esto es, en las etapas previas, durante la celebración del contrato e incluso en su ejecución. Así mismo, el carácter del interés no solo implica una mera infracción del deber especial positivo (actuación contra la ley, omisión o abstención de la exigencia legal, etc.) sino un peligro para los intereses económicos: patrimonio, servicios, obras, bienes, entre otros, de la entidad u órgano del aparato estatal"* [1033]

Asimismo, en otra jurisprudencia se ha dicho que: *"Si bien el encausado, médico especialista del hospital, era propietario del "Centro Quirúrgico Oftalmológico" y en calidad de servidor público se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el hospital nacio-*

[1031] Extraído de: NOLASCO VALENZUELA, José / VELARDE LÓPEZ, Juan Manuel / AYALA MIRANDA, Erika / LOPEZ ESPINOZA, Reiser; Manual de litigación en delitos gubernamentales, Ara Editores, Lima, 2011, p. 356 (las negritas son del texto).

[1032] En relación al interés, CASTILLO ALVA sostiene: "El interés prohibido por la norma necesariamente es un interés privado actual que se vincula a un contrato o una operación concreta. No se pune el interés indeterminado o genérico. Quedan excluidas del ámbito de protección de la norma intereses futuros, los intereses hipotéticos y los que todavía no son objeto de tratamiento por la administración". CASTILLO ALVA, José Luis. "Negociación incompatible". En: Delitos contra la administración pública. Luis Miguel Reyna Alfaro (Director) Jurista Editores, Lima, 2009, p. 197.

[1033] Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

nal y su centro oftalmológico, también lo es que en la celebración de ambos convenios el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal, debido a que la decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido".[1034]

Respecto a la negociación incompatible y su relación con el marco de atribuciones del funcionario o servidor público la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

> *"El delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término "interesar", que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer* o *importar* y *por ello* se *destina nuestra voluntad* a *conseguirlo u obtenerlo;* es *decir este importar* o *interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor* o *favor de otros, no* es *suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario* o *servidor público,* ya *que* es *necesario que el agente cuente con las facultades* y *competencias para intervenir en los contratos* o *las operaciones,* es *decir posea el poder* y *la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no* es *tanto la calidad de funcionario* o *servidor, sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo".*[1035]

En este punto, la doctrina ha señalado que en el *interesarse,* tal como se configura en el delito de negociación incompatible, hay una

---

[1034] Ejecutoria Suprema del 25/10/2002, R.N. N° 4832-2001, extraído de AREQUIPA. SALAZAR SANCHEZ, Nelson; *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia Penal,* Lima, 2004, p. 513.

[1035] Véase la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente recaída en el R.N. N° 253-2012 del 13 de febrero de 2013 y en sentido semejante la Sala de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente 00066-2011-10-1826-JR-PE-03.

pretensión de parte que excede lo estrictamente administrativo y funcional, propio del cumplimiento objetivo de los deberes de cargo y que asume dadas las circunstancias una connotación particular de favorecimiento y patrocinio de fines que no son las de la administración pública. La pretensión de parte no quiere decir ni equivale a que el funcionario público de manera efectiva y real sea una parte en el contrato o en la operación, sino que actúa como si fuera parte. Basta 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[1036].

[1036] CASTILLO ALVA; José Luis; *"Negociación incompatible"*, en: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director), Delitos contra la administración pública, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 592. En la Exposición de Motivos de un Proyecto de Ley N° 03872, que buscaba modificar el anterior artículo 397° del Código penal, el mismo que regulaba el delito de negociación incompatible, y el Proyecto de Ley iba en relación a la imprecisión que mostraba la frase "interés", y lo trataba de ser más concreta bajo los siguientes términos: *"El texto vigente del artículo 397° del Código penal es el siguiente:: "Artículo 397°.- El funcionario o servidor público que, directa o indirectamente o por acto simulado, se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años". El Artículo 397° de nuestro Código penal vigente, describe el delito de negociación incompatible con el cargo público, reprimiendo el interés doloso que pone el funcionario o servidor público en la celebración o ejecución de cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. Al respecto, no obstante estar convencido de que el interés a que se refiere el ilícito penal antes descrito no tiene porqué confundirse con la sana y normal preocupación de todo funcionario diligente y responsable en el logro de los fines y objetivos institucionales; no podemos dejar de prestar atención a una sabia e importante observación del Dr. Juan Portocarrero Hidalgo, autor de la obra Delitos contra la administración pública, en el sentido de que "la ley no precisa cual es el interés específico del agente". En efecto, la disposición penal antes glosada no establece taxativamente cual es el interés específico que mueve al agente a perpetrar este delito. No precisa si este interés es económico. Este interés solo puede ser leído, entre líneas, por doctos sobre la materia. Y, aun cuando dicho interés no es materia de probanza ni de preocupación del tipo -penal- porque en el no se castiga el negocio prohibido sino la incompatibilidad con la función, tal como lo sostiene el Dr. Portocarrero citando a Manzini, consideramos necesario introducir alguna precisión respecto a la causa motivadora de tal doloso interés. En tal sentido, el Proyecto, en sujeción*

Interesarse en forma directa es hacerlo en el contrato u operación a través de otras personas (el caso típico de testaferros), pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos los que participan o tienen de hecho niveles de injerencia[1037]. La jurisprudencia penal ha señalado que: *"Estando al marco de imputación que delimitó el interés en "directo", se tiene en cuenta que tal interés significa que el agente público por razón de su cargo funcionarial actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de tercero"*[1038].

Sancinetti sostiene que el "interés que la figura requiere del funcionario público no se refiere a la concreción de este en un beneficio para sí y un perjuicio al Estado, sino más bien a un actuar interesado en el que el funcionario persigue un interés con independencia del resultado final. Ello es así en la medida en que... la actuación parcial del funcionario se verifica... en una injerencia orientada a obtener un beneficio condicionando la voluntad de la administración por la inserción del interés particular".[1039]

Si bien el verbo rector de este delito es el "interés", dicha frase debe ser interpretado de modo sustancial y no formal; es decir, que el

---

al principio de legalidad que inspira al Derecho penal y la búsqueda permanente de una mayor claridad de la norma, propone que en el nuevo texto del Artículo 397° del Código penal el interés del autor del delito esté precedido por la frase en provecho propio o de un tercero".

[1037] ROJAS VARGAS, 2007, p. 823.

[1038] Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

[1039] SANCINETTI, Marcelo; *"Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas"*, 1986, Doctrina Penal, Ed. Depalma, pp. 74/75. Es necesario que este interés se manifieste en un hecho cualquiera de injerencia aprovechadora que demuestre que la ejecución de ese contrato u operación le importa al funcionario (ver HEGGLIN, María F., *"La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal"*, Nueva Doctrina Penal, 2000/A).

funcionario público no debe actuar con ***desinterés,*** por el contrario, debe actuar con interés muy marcado: el de proteger los intereses de la administración o, si se quiere, el interés económico administrativo. La exigencia del requisito del "interés" se hace patente cuando se comprueba que necesariamente a todo funcionario que por razón de su cargo o de sus funciones debe intervenir en la celebración de un contrato se le exige legalmente que se interese en el mismo, esto es, que realice todos los actos necesarios con miras a garantizar que se cumpla a cabalidad los términos y exigencias legales. Tan es así que el funcionario que no se interese por el trámite y resultado del contrato que tiene a su cargo estará incumpliendo, él sí, los deberes propios del cargo, evento en el cual podría inclusive verse comprometido en algún tipo de responsabilidad[1040].

El delito no se comete cuando el funcionario, por ejemplo conoce de la relación parental (v.gr., hermanos) entre un alto funcionario de la entidad estatal y el contratista. El hecho de que una persona conozca o pueda conocer una situación de probable nepotismo no supone que automáticamente comete el delito de negociación incompatible. Al respecto, Castillo Alva sostiene que "es necesario que el funcionario obre y, por tanto tenga conocimiento e influencia en el proceso de contratación específico del interés indebido del autor. Aquí el elemento decisivo, más que el conocimiento de alguna irregularidad administrativa, es el actuar premunido de un interés no debido o el conocimiento que el autor lo tiene y pese a ellos se le presta ayuda"[1041].

Corredor Beltrán señala que se sanciona ya no el interés ilícito, sino el indebido, por lo que la conducta alcanza una mayor cobertura en cuanto ya no se sanciona al funcionario que se interesa en cualquier contrato u operación desde la perspectiva de la ilicitud, sino que basta con que su entrometimiento sea indebido, es decir, desconociendo los

---

[1040] SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto; "*Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos*", disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_15.pdf.

[1041] CASTILLO ALVA, 2015, p. 105.

fines que tiene la función pública, lo que se pretende sancionar es la conducta de los servidores que no pretenden sino buscar la satisfacción de sus personales propósitos. Interesarse guarda relación con la atención o el énfasis parcializado que presta o pone el servidor público en aras a la obtención del beneficio para sí o para un tercero. Es posible que la falta de parcialidad se muestre a favor de la administración, lo que no obsta para que se estructure la conducta, pues no solo se busca proteger los intereses de la administración, sino fundamentalmente la rectitud que en el proceso de contratación debe estar presente, igualmente otros principios como la honestidad, el equilibrio económico etc. Si bien dentro de la descripción típica no se emplea el término "indebido" tal omisión o falta de técnica no impide interpretar la norma de conformidad con lo que indica el epígrafe"[1042].

El verbo "interesarse" –que es lo que va a diferenciar del verbo "coludirse" que es propio del delito de colusión– implica necesariamente una manifestación de voluntad del funcionario público o servidor público de realizar determinados actos (de comisión activa) de gestión y hasta de dirección, destinados a viabilizar la suscripción de un contrato u operación[1043]. Ahora bien, este tipo de gestión debe ser de forma relevante en términos de proyección, de cara a buscar la lesividad del

---

[1042] CORREDOR BELTRÁN, Diego; *"Celebración indebida de contratos"* en Lecciones de Derecho penal. Parte especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 312-313.

[1043] Aunque debemos tener en consideración que un interés de tipo irregular, es decir, indebido no solo está en función a los estándares del ordenamiento jurídico, sino también –y esto lo ha demostrado la práctica forense, judicial y sobre todo del Ministerio Público– debe valorarse y/o medirse en términos generales, casi mediadamente cercanos o próximos al delito de colusión (sobre todo la "simple") aunque sin confundirse uno del otro– como aquella capacidad voluntaria –real o remota– que muestra –de manera dolosa– el funcionario/servidor público de tener –mediata o inmediatamente– algún tipo de "contacto" u "acercamiento" –por ej. correos electrónicos, llamadas telefónicas, mensajes de celulares o afines, testigos presenciales o de referencias, etc.– con las otras personas –naturales o jurídicas– que intervienen o en su momento intervendrán en un determinado proceso de contratación u otro tipo de operación de carácter estatal.

bien jurídico protegido (por ej. poner en riesgo abstracto los principios de lealtad, transparencia y por supuesto, el buen funcionamiento de la administración pública); es decir, el interés del funcionario o servidor debe revestir de una auténtica relación de causalidad, que vaya más allá de todo riesgo razonable que implica la actuación funcionarial, con miras obviamente a concretar en el futuro un determinado negocio jurídico, un "contrato" u "operación", en la cual el funcionario debe intervenir por razón de su cargo que ostenta.

Sobre el término interesarse, debemos señalar que una Ejecutoria Suprema ha dicho que el ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible no comprende conductas omisivas. En efecto, dicha Ejecutoria Suprema se expresa, parte pertinente, así:

> *"Que el ámbito de la aplicación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo abarca todos los procedimientos de un proceso de contratación pública que concluye con el consentimiento y otorgamiento de la buena pro, en los que se han de observar los aspectos técnicos contemplados en las bases administrativas; que en el presente caso, el proceso de selección fue realizado por la comisión de recepción y apertura de sobres y otorgamiento de la Buena pro de la obras y estudios, designada mediante resolución de Alcaldía Número cero sesenta y dos quien noventa y siete guion ALC/ MSI, que otorgó la buena Pro a la empresa Constructora Hualcán Sociedad Anónima, según acta de Evaluación de Propuestas y adjudicación, y mediante Resolución Directoral número ciento veintitrés guión noventa y siete guión cero cuatro guión DM/MSI emitida por el Director Municipal de la Municipalidad Distrital de San Isidro, conforme se indica en el Informe Especial de la Contraloría General de la República, lo que acredita que ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación, sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado.* ***Que para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la trasgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe***

> ***una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la trasgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité especial omite un acto de función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible.***"[1044]

En esta misma línea, podemos mencionar otra Ejecutoria Suprema en materia penal, que expresa lo siguiente:

> *"Para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible, debe establecerse si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública a través de una omisión. No existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no del aludido delito".*[1045]

4.1.1. El interés del funcionario o servidor público debe ser de manera indebida

En los tres supuestos antes analizados se trata de un interés de forma indebida. La clave del delito de negociación incompatible está precisamente en desentrañar el término "interesarse" para precisamente marcar la línea fronteriza con otras figuras delictivas que se encuentran en el mismo rubro de delitos cometidos por funcionarios públicos.

En ese sentido, cuando el funcionario o servidor público se interesa (dolosamente) en un contrato u otro tipo de operación, se trata de una acción *netamente unilateral* por parte del funcionario o servidor público, no esperando a los efectos de la tipicidad de la con-

---

[1044] Ejecutoria Suprema de fecha 10 de Marzo del 2010, recaído en el R. N. N°661 2009- LIMA, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

[1045] Ejecutoria Suprema de 10 de marzo de 2010, Corte Suprema de Justicia de la República.

ducta, que la otra parte contractual acepte o reciba la contraprestación estipulada; en otras palabras, no es un convenio bilateral la negociación incompatible como sí existe por ejemplo en el delito de colusión simple o agravada (artículo 384° CP), por ahí el verbo rector es "coludirse". Se trata de un delito unipersonal y no de aquellos delitos llamados de participación necesaria, donde se encuentran algunos delitos contra la administración pública (cohecho, tráfico de influencias).

Ahora bien, la frase "indebida" es sumamente amplia y marca un nivel de lícito e ilícito, que deberá cerrarlo el juez penal en cada caso concreto. En todo caso, el término "indebido": ¿A qué se refiere concretamente?; ¿a algo que está fuera de los cánones del sentido común, reprimidos por la sociedad? o ¿a algo que no está permitido por la ley en sentido general o reglamentaciones internadas de cada institución? Definitivamente si queremos ser estrictos con el principio de legalidad, la interpretación que realice el magistrado tendrá que partir de criterios exclusivamente legalistas y obviamente reglamentaristas, con ello, no queremos dejar de decir que solo se aplique las normas del Derecho administrativo y del Derecho constitucional; sino todas aquellas normas jurídicas (civiles, laborales, societarias, comerciales, tributarias, etc.) que sirvan para una mejor interpretación de lo que es "debido" o "indebido" para el funcionario o servidor público, en el marco del proceso de negociación contractual o cualquier tipo de operación.

En tal sentido, puede haber situaciones en las cuales el funcionario, de acuerdo a la normativa o estatuto de la institución pública o a las órdenes de sus superiores jerárquicos, tenga que intervenir en determinadas relaciones contractuales, y esto implique reuniones permanentes con algunos empresarios extranjeros y nacionales. La pregunta sería: ¿Hasta qué punto sería debido o indebido que un funcionario se interese de un contrato estatal? Quizá el funcionario se esmera en querer brindar lo mejor de sí, y para ello, se interesa de forma inconsciente, para cerrar el contrato encomendado y que sea el Estado el único beneficiado.

En nuestro concepto, el término interesarse en el delito en comentario, debemos de enmarcarlo *de modo contextual-real y no literal-formal.* Digo contextual-real porque si el funcionario o servidor público tiene proyectado realizar una exitosa negociación, donde el único beneficiado será el Estado, y para ello necesita realizar varias acciones "interesadas", como por ejemplo hacer visitas a los respectivos domicilios de los empresarios; ello no puede ser considerado como un "interés indebido", porque el contexto real demuestra que el interés es irrelevante a los efectos de la lesividad del bien jurídico; en cambio, si el interés del funcionario es personalísimo, donde el único beneficiado será él y su familia por ejemplo, ello sí constituirá en "indebido".

La frase típica "interesarse" debe entenderse como una conducta que va en contravención a los parámetros de la legalidad y el orden jurídico; pues así lo tiene señalado una Ejecutoria Suprema. En efecto: *"Se imputa al procesado haber nombrado como asesor legal de la Municipalidad a su hermano, pese a estar impedido por cuanto el encausado se encontraba ocupando el cargo de Alcalde; que a la fecha de tales constataciones, la conducta incriminada al acusado no constituyó delito de negociación incompatible con el cargo, toda vez que la condición requerida por el tipo, en cuanto a que la acción del agente sea indebida,* ***no se dio porque dicho accionar no estuvo prohibido expresamente por ninguna norma legal****, que si bien la Ley 26771 "Ley contra el Nepotismo" estableció la prohibición de nombramientos y contrataciones de personal en el sector público por razón de parentesco, a la contratación efectuada por el procesado"*[1046].

El interés –en la negociación incompatible– para ser típico penalmente tiene que ser "indebido", contrario al ordenamiento jurídico; precisamente debemos de recordar que el término "indebido" fue introducido mediante la Ley N° 27074 de fecha 26-03-1999 y su dación

---

[1046] Ejecutoria Suprema del 12/03/2003, R.N.. N° 7466-2001-PUNO, extraído de SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 479. (las negritas son nuestras).

tenía como objetivo "limitar" aquellas conductas de funcionarios o servidores públicos que siendo interesadas a primera vista en relación a determinados contratos u operaciones no formarían parte de la tipicidad objetiva del artículo 399 del Código penal, desde que se trata de comportamientos que deben ser necesariamente contrastados con todo el sistema legal y reglamentario donde precisamente se desempeña el funcionario/servidor público.

Si bien se ha dicho que en el delito de negociación incompatible su estándar probatorio resulta ser mínimo en relación al delito de colusión (simple y agravada), la única forma de poder limitarlo es a través de la debida conservación del principio de la unidad del ordenamiento jurídico. Y aun cuando no estuviera expresamente la frase "indebido" en el interés para el delito de negociación incompatible, igual se tendrá que aplicar el artículo 20, inciso 8 del Código penal, que regula una causal de eximente penal, por el ejercicio regular de un derecho, cargo, o actuaciones amparados en una ley u oficio (exención en virtud de actuaciones de acuerdo a derecho). Por ejemplo, si un funcionario público, del sector del Agricultura (Gobierno Regional), logra vender mediante contrato, el mismo que ha sido todo un proceso que ha demorado muchos meses hasta su suscripción, unas tierras eriazas –de libre disponibilidad– que son de propiedad exclusiva del Estado peruano, y logra venderlo a determinadas personas que van a ejercer un proyecto empresarial en dichas tierras; en tal supuesto, el mencionado funcionario público no cometería la tipicidad del artículo 399 del Código penal, desde que tiene un amparo jurídico en virtud de la ley de la materia, por lo tanto el interés es totalmente "debido", es "lícito" a todas luces, el Derecho penal no puede tratar de prohibir conductas que el Derecho administrativo fomenta.

4.2. Las modalidades específicas, según el Código penal, de negociación incompatible

La conducta típica del delito en cuestión tiene varios requisitos a cumplirse, que son los siguientes:

4.2.1. El interés, indebido, del funcionario o servidor público de manera directa sobre contratos u otra operación

Aquí el interés que muestra el funcionario servidor es en forma personal, es decir, sin valerse de otras personas, sobre un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata. El interés del sujeto activo debe ser de forma ilegal, indebida, porque si es de forma debida, el delito no se presenta.

Interesarse en forma directa es hacerlo en el contrato u operación a través de otras personas (el caso típico de testaferros), pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos los que participan o tienen de hecho niveles de injerencia[1047]. La jurisprudencia penal ha señalado que: *"Estando al marco de imputación que delimitó el interés en "directo", se tiene en cuenta que tal interés significa que el agente público por razón de su cargo funcionarial actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de tercero"*[1048].

La doctrina penal está de acuerdo que el interés –tal como lo indica la ley penal– debe estar dirigido hacia cualquier contrato u operación. No se castiga la realización del contrato o la operación, sino el abuso y el interés privado que promueve el funcionario. Es claro que el delito de negociación incompatible solo se realiza en función a las relaciones contractuales en las que precisamente se interesa el funcionario. El mismo Castillo Alva señala que: "Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el delito de negociación incompatible no solo se configura resolviendo, individual y colectivamente, la contratación dictámenes, asesorando, preparando el expediente, aprobando o ratificando una

---

[1047] ROJAS VARGAS, 2007, p. 823

[1048] Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

propuesta o a través de una intervención favorable v. gr., participar de la votación de aprobación del contrato o intervenir el cronograma de pagos. También se configura con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o anulación, etc. No es necesario que el funcionario firme personalmente algún documento. La forma cómo puede aparecer y revelarse el interés del funcionario es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto..."[1049]

Agrega Castillo Alva lo siguiente: "Tampoco es necesario que el funcionario tenga poderes de decisión, ya sea general o específica, para la concreción del contrato o la operación. Solo basta que intervenga en razón al cargo, como, por ejemplo, ejerciendo una función consultiva, de colaboración, de asesoría, de instrucción o, incluso, de control"[1050].

En consecuencia, resulta totalmente relativo el hecho que el funcionario público se haya "comunicado", "contactado" o "presionado" con otras personas u otros funcionarios en el proceso de contratación; basta que el funcionario encause su conducta más allá de lo "debido" como presumiblemente ha ocurrido de los hechos investigados, poniendo en peligro la imparcialidad y objetividad de la administración pública, en la contratación pública que entabla con los particulares.

4.2.2. El interés, indebido, del funcionario o servidor público de manera indirecta sobre contratos u otra operación

De igual forma el interés que muestra el funcionario/servidor es en forma impersonal, es decir, aquí el autor tendrá que valerse de otras personas, para lograr la ejecución de un determinado contrato o varios contratos u otro tipo de operaciones comerciales donde el Estado es una de las partes que contrata.

En este punto Castillo Alva sostiene que "se produce cuando se utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares. No interesa si son funcionarios públicos o particula-

---

[1049] CASTILLO ALVA; "Negociación incompatible", cit., pp. 596 y 597.

[1050] CASTILLO ALVA; "Negociación incompatible", cit., p. 590.

res. No es necesario que los terceros reciban una determinada utilidad o ventaja. Dichos intermediarios –en especial los particulares– poseen la condición de cómplices y no de autores, por más importancia y peso que tenga su aporte. A ello se agrega que interesarse indirectamente también comprende el hecho de que se posea un interés de obtener un beneficio indirecto".[1051]

"Interesarse –según Rojas Vargas– en forma indirecta es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas (el caso típico de testaferros), pudiendo ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos los que participan o tienen de hecho niveles de injerencia, quienes se ubican en el ámbito de los actos de dominio y control del sujeto del delito para sus fines ilícitos".[1052]

En este punto, Salinas Siccha afirma que: "el provecho que pretende obtener el contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él"[1053]. Abanto Vásquez ha sido claro cuando sostiene que: "Entender que el "interés" del funcionario solamente debería referirse a él mismo, llevaría innecesariamente a hacer inaplicable el tipo penal precisamente en los casos más frecuentes y de mayor entidad, en los cuales el funcionario actúa para favorecer empresas con las cuales tiene vínculos que no pueden probarse"[1054].

[1051] CASTILLO ALVA; "Negociación incompatible", cit., p. 606. En este mismo sentido: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; Derecho penal- Parte Especial, tomo V, Lima, Idemsa, 2010, p. 575.

[1052] ROJAS VARGAS, Fidel; Delitos contra la administración pública, Lima, 2007, p. 823.

[1053] SALINAS SICCHA, Ramiro; Delitos contra la administración pública, Lima, 2009, p. 537.

[1054] ABANTO VÁSQUEZ, 2001, p. 450.

4.2.3. *El interés, indebido, del funcionario o servidor público, por acto simulado, sobre los contratos u otra operación*

En este supuesto se trata de una intervención interesada del funcionario o servidor estatal; sin embargo, la diferencia con los dos supuestos anteriores, no es la forma o manera personal o por tercera persona, de ese interés indebido; sino en la forma de cómo se ejecuta ese interés indebido, a través de acto simulado, que se trata de un acto ficticio.

Interesarse solo mediante acto simulado es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales, es negociar los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o en una diversa gama de actos ficticios y con empresas inexistentes[1055].

4.3. Los objetos materiales del delito: los contratos u operaciones

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho privado y en el público. Así, el Código Civil en el artículo 1351 señala que: *"El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial"*. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco es relevante la materia o el carácter del mismo[1056].

El contrato es un acto jurídico mediante el cual una parte se compromete para con otra a cumplir una obligación. En los contratos también dos o más partes pueden estar comprometidas a cumplir una obligación, de ahí que los contratos tengan unas características especiales, en este caso el contrato puede ser unilateral o bilateral, unilateral, bilateral, gratuito, oneroso, principal, accesorio, real, solemne, consensual, conmutativo, entre otros.

[1055] ROJAS VARGAS, 2007, p. 823.

[1056] SALINAS SICCHA, 2011, p. 558.

La jurisprudencia penal ha señalado que: *"En este delito no es punible la intervención del agente público en los actos de administración, sino aquellos actos irregulares dentro del marco de un proceso de contratación pública que pongan de manifiesto un interés indebido a favor propio o de un tercero. Y es que a diferencia del contrato privado, la administración actúa unilateralmente a título singular (subastas, licitaciones, adjudicaciones, servicios personales, etc.) y como persona pública".*[1057]

La Corte Suprema de la República –citando al Tribunal Constitucional–, sobre el concepto legal de contratación con el Estado, ha dicho lo siguiente:

> *"La sentencia del Tribunal Constitucional, expediente número cero, cero, cero, uno siete, dos mil once- PI/TC, LIMA. Fiscal de la Nación, del tres de mayo de dos mil doce, abordó el tópico de los fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción señalando que:* ***la contratación estatal tiene un cariz singular a diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones)*** *Expediente número veinte - dos mil tres. Fundamento II) De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública - que se derivan de la citada disposición constitucional- la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores (...) En conclusión,* ***su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción (...) la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son***

[1057] Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis *(artículo setenta y seis de la Constitución)".*[1058]

En cambio, las "operaciones" son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos –licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargados de bienes, expropiaciones, etc.-[1059].

El legislador nacional cuando hace mención a la palabra "operación" está haciendo uso de una técnica legislativa que no se aprecia, por ejemplo en el delito de colusión de subsidiariedad, y cuyo ámbito de comprensión cubre una serie de actos que por sí solos no pueden llegar a configurar legalmente la noción de contrato público. En efecto, el concepto "operación" hace alusión a todas aquellas disposiciones de naturaleza económica en las que la entidad pública actúa a título propio o singular, sin que en ellas concurran dos o más voluntades Así, por ejemplo: las subastas de objetos secuestrados, las expropiaciones, incautaciones, comisos, etc.[1060]

Ahora bien, no importa la etapa en que se encuentra el contrato o la operación, estas podrían haberse ya pactado o estar en el proceso de ejecución. Pero obviamente, si el contrato ya se ejecutó, si ya se extinguió la relación jurídica, no será posible la comisión del delito.[1061]

[1058] R. N. Nro. 722-2013 –TACNA- de fecha uno de agosto del dos mil trece, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

[1059] SALINAS SICCHA, 2011, p. 560.

[1060] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico*, Lima, 2012, p. 279. El legislador al incluir el concepto "operación" en la redacción del tipo penal de negociación incompatible, receptó de dicho modo la fórmula de la figura penal del mismo nombre del Código penal de Argentina, cuyo artículo 265 contiene las mismas especificaciones e igual redacción.

[1061] ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 516.

La Corte Suprema, en relación a los contratos u operaciones en el marco del delito de negociación incompatible, ha dicho lo siguiente:

> *"**QUINTO.**- Que, los hechos incriminados fueron tipificados como delito de negociación incompatible con el cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código penal - modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco que sanciona al funcionario o servidor público que en forma directa o indirecta o por actos simulados se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código penal. **SEXTO.**- Que, en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, el agente -siempre es funcionario o servidor público- de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros; en este sentido, concurren como elementos de la tipicidad objetiva los siguientes: el verbo rector **interesar**, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación, revocatoria o ejecución del contrato u operación; en provecho propio o de **terceros**, es decir, que el provecho que pretende obtener el agente del contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales, no siendo posible que sean extraños a él; 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**; en consecuencia, es de recibo lo que señala Salinas Siccha, en el sentido que, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos adminis-*

trativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica".[1062]

Tan relevante es que haya, previamente, un contrato u operación de carácter estatal en la negociación incompatible, que su ausencia hace atípica la conducta del funcionario/servidor público. En efecto, una Ejecutoria Suprema ha dicho, en relación a este hecho, lo siguiente:

"Que respecto al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, debemos relievar que la descripción típica de este delito se configura cuando un funcionario o servidor público, aprovechando de su cargo se interesa directa o indirectamente en forma simultánea en cualquier contrato u operación similar en que es parte el Estado. El acto material del sujeto activo, se concretiza en que se interese en cualquier contrato que interviene en función a su cargo, esto es, en el marco de la contratación pública, en que el Estado contrata servicios, bienes, obras u adjudicaciones en que interviene terceros, y el funcionario se interesa por dichos contratos u operaciones. ***En el presente caso no se trata de ningún contrato u operación semejante que el Estado haya celebrado, pues el sujeto agente está actuando en el ámbito de la administración de justicia, como servidor judicial, cuya imputación central es haber falsificado la firma del juez en la resolución y oficio en que se dispone la entrega de un vehículo que estaba incautado en el proceso judicial, supuesto de hecho que es ajeno a la actividad contractual que realiza el Estado;*** *por lo que, los hechos descritos no configuran los elementos típicos del delito anotado".*[1063]

[1062] Véase, el R. N. Nro. 1328-2011- PUNO- de fecha nueve de mayo de dos mil doce, expedido por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.

[1063] Ejecutoria Suprema recaído en el R. N. N° 832-2010 (17/05/2010).

4.4. La intervención del funcionario o servidor público, en los contratos u otra operación, tiene que ser por razón de su cargo

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor solo aquel que por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adquisición, de bienes y servicios, etc.). Por ejemplo, aquel que ha sido designado por el Alcalde de una Municipalidad, para que forme parte del Comité de Adquisiciones de bienes muebles.

Reiteramos, un elemento sumamente relevante para efectos de la tipicidad es el referido a la vinculación funcional, y la jurisprudencia penal ha señalado que *"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 la competencia del agente, así como 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. Esto es, que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, en razón de su cargo, es decir, que debe el funcionario formalmente poder desplegar una actividad que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto".*[1064]

Asimismo, otra jurisprudencia penal nacional ha dicho lo siguiente: *"Si bien el encausado, médico especialista del hospital, era propietario del "Centro Quirúrgico Oftalmológico" y en calidad de servidor público se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el*

[1064] Véase, en este sentido: Sentencia de Segunda Instancia de fecha 31 de enero del 2013, en el Expediente: 00066-2011-10-1826-JR-PE-03, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

hospital nacional y su centro oftalmológico, también lo es que en la celebración de ambos convenios el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal, debido a que la decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido".[1065]

La frase "por razón de su cargo", contiene el posesivo "su", apócope de suyo, suya: indica que se refiere a las funciones que tal funcionario le confiere la ley. Estas funciones provienen de las normas jurídicas que rigen el cargo, los actos administrativos, etc.[1066]. Se trata, en otras palabras, de una relación funcional-institucional específica que tiene el sujeto activo con algún *supuesto fáctico* perteneciente a la administración pública. En este caso, los contratos u otras operaciones estatales, donde sus miembros tendrían que velar por la correcta negociación y ejecución de las relaciones contractuales, donde el Estado como parte del mismo, no salga perjudicado; pero que a la vez es un *supuesto jurídico,* porque está estatuido por normas jurídicas y reglamentos que rigen el actuar del funcionario en el proceso contractual.

Según Salinas Siccha no es suficiente para la configuración del delito de negociación incompatible que el sujeto activo del delito tenga la sola condición especial de funcionario o servidor público. Es necesario que el sujeto público cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación[1067].

No es necesario que el funcionario o servidor público esté administrando, percibiendo o custodiando algunos caudales o afectos del

---

[1065] Ejecutoria Suprema del 25/10/2002, R. N. N° 4832-2001 AREQUIPA. SALAZAR SANCHEZ, Nelson; *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal,* Lima, 2004, p. 513. (El subrayado es nuestro).

[1066] HUGO ALVAREZ, 2002, p. 184.

[1067] SALINAS SICCHA, 2011, p. 565.

Estado, porque ello sería constitutivo de un delito de peculado simple o agravado doloso (artículo 387°) o peculado culposo (artículo 387°, último párrafo) de acuerdo al caso; sólo será necesario, para la tipicidad objetiva, que el funcionario, en virtud del encargo específico por mandato de la ley u orden superior, esté interviniendo en los procesos de negociación estatales.

Constituye una exigencia típica del artículo 399° que el funcionario o servidor se interese en contrataciones u otro tipo de operaciones, siempre y cuando dicha conducta sea en el marco de su función específica. Efectivamente, el citado artículo, señala que: *"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene* ***por razón de su cargo****..."*. En esta lógica, una Ejecutoria Suprema ha dicho que: "Si bien el encausado, médico, especialista del hospital, era propietario del "Centro Quirúrgico Oftalmológico" y en calidad de servidor público se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el hospital nacional y su centro oftalmológico, *también lo es que en la celebración de ambos convenios el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal,* debido a que la decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido"[1068].

Reiteramos, un elemento sumamente relevante para efectos de la tipicidad es el referido a la vinculación funcional, y la jurisprudencia penal ha señalado que *"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 la competencia del agente, así*

[1068] Ejecutoria Suprema del 25/10/2002, R.N. N° 4832-2001-AREQUIPA. extraído de SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 513.

como 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. Esto es, que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, en razón de su cargo, es decir, que debe el funcionario formalmente poder desplegar una actividad que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto".[1069]

Aquí el legislador nacional ha querido delimitar el supuesto típico en comentario, en el sentido que será autor solo aquel que por razón de cargo, intervenga en los procesos de negociación con los interesados, ya sea en procesos de adjudicación, remate, arrendamiento, adquisición, de bienes y servicios, etc.). Por ejemplo, aquél que ha sido designado por el Alcalde de una Municipalidad, para que forme parte del Comité de Adquisiciones de bienes muebles.

El verdadero desvalor penal de la conducta radica en que el agente delictivo lleve a cabo conductas de interés que nacen en "razón de su cargo" (criterio de vinculación funcional), algo que debe ser interpretado, cuanto menos, de dos formas:

a) Una primea posición indica que debe haber un **abuso del cargo funcional**: es decir, que el funcionario público desconozca las funciones de sus subordinados, que asuma competencias impropias o imponga su criterio u opinión respecto de alguna decisión que incida en el proceso de contratación o cualquier otra operación comercial en la que el Estado actúa como interesado (esta conducta no tiene que ser, necesariamente, directa respecto de la contratación u operación comercial, como bien señala el tipo penal); aquí no debemos ceñirnos a la literalidad

[1069] Véase, en este sentido: Sentencia de Segunda Instancia de fecha 31 de enero del 2013, en el Expediente: 00066-2011-10-1826-JR-PE-03, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima.

de la norma penal desde que ella no lo menciona de manera expresa ("el abuso del cargo"), sino más, que ello se lograría desprender desde una interpretación teleológica, buscando la finalidad de la norma.

b) Una segunda posición indica que el legislador no solo previó el único escenario en el que un determinado funcionario tenga competencia directa sobre algún proceso de contratación u operación comercial, sino que incluso prevé actos indirectos y simulados. En este sentido, nada impide que la frase "en razón de su cargo" *también explique el actuar del funcionario interesado que sin tener competencia actual en algún contrato u operación lleve a cabo gestiones que a la postre viabilizarán contrataciones públicas de su interés.* En este supuesto, claro está, habrá que probar además el interés futuro del funcionario.

4.4.1. Sobre la competencia funcional como requisito para configurar por "por razón del cargo"

Para que se configure el tipo objetivo del delito de negociación incompatible debe producirse el conflicto de compatibilidades, lo que ocurre cuando el funcionario o servidor que actúa como parte estatal y, por tanto, con el deber de interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado, sin embargo orienta su interés en función personal para obtener provecho o para procurarlo a terceros, demostrando una injerencia que resulta incompatible con su rol funcional; de modo que el interés personal entra en colisión con el interés de la administración pública.[1070]

Una jurisprudencia penal señala la necesidad de que el agente sea designado expresamente como responsable de conducir el proceso de contratación pública. Así: *Si bien el delito de negociación incompatible está comprendido entre los delitos contra la administración pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público,*

[1070] ROJAS VARGAS; op. cit., p. 825.

sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios o servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo (principio de taxatividad). El sustento de la prohibición se halla en el irregular desempeño funcional, por lo que el tipo penal comprende a aquellos funcionarios o servidores públicos designados como miembros de un comité especial de contratación pública mediante resolución expresa, los que son los responsables de conducir el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro. En el presente caso, ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación, sino en la ejecución y recepción de la obra, atribuyéndoseles una conducta omisiva (haberla recibido sin constatar el metraje realmente ejecutado).[1071]

Acorde con ello, la Corte Suprema de Justicia en la Ejecutoria Suprema de fecha 13 de febrero de 2013, recaída en el R.N. N° 253-2012-Piura, ha establecido que: *"(...) no es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo".*

En otra jurisprudencia penal nacional se ha dicho lo siguiente: *"En cuanto al delito de negociación incompatible, se tiene que el encausado era Regidor de la Municipalidad Metropolitana y no de los municipios distritales ni funcionario de la Empresa Nacional de Administración de Peajes –EMAPE– que suscribirían los convenios sobre publicidad exte-*

[1071] Ejecutoria Suprema de 10 de marzo de 2010, Corte Suprema de Justicia de la República.

rior con la empresas vinculadas a su persona, por lo que no puede ser sujeto activo del mismo"[1072].

En resumen, para poder imputar el delito de negociación incompatible, no basta con que tenga el estatus de funcionario público, y, por tanto, se encuentre impedido, al igual que la generalidad de los funcionarios públicos, de contratar con el Estado, sino que es necesario que posea adicionalmente una competencia específica para intervenir en un contrato u operación vinculado a la administración pública, esto es, que pueda desplegar una actividad funcional que integre los niveles decisorios o sirva para completar legalmente el acto.

VII. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de negociación incompatible se trata de una infracción de ejecución dolosa[1073], admitiéndose claro está el dolo directo[1074]. En este punto, la Corte Suprema de la República ha señalado clara-

---

[1072] Ejecutoria Suprema del 08/08/2001, R.N. N° 1054-2001 LIMA. URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA José / SALAZAR SANCHEZ, Nelson; *Jurisprudencia Penal*, Lima, 2005, p. 636.

[1073] Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: "*Imputación Subjetiva. El tipo penal exige que el agente actúe con dolo, no se sustenta en lo meramente sabía o podía conocer sino debía saber del conocimiento concreto de todos los elementos objetivos del tipo dentro del marco de su posición de deber institucional de funcionario público. Asimismo, el dolo es entendido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal, el cual se encuentra regulado en los artículos 11 y 12 del Código penal*".
Como es sabido, el dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo. Por tanto, en el dolo están presentes dos elementos: el cognoscitivo (que se refiere al conocimiento que debe haber tenido el autor para obrar con dolo) y el volitivo (referido a la voluntad del agente para desarrollar la conducta).

[1074] El **dolo directo de primer grado** se presenta cuando la realización del tipo es precisamente la que el autor persigue. Ejemplo: el que fuerza con violencia a una mujer a realizar el acto sexual y lo logra.

mente esta única posibilidad en el delito bajo comentario en el siguiente fallo:

> *"3.1 El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código penal (vigente al momento de los hechos), es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo penal, los cuales pasamos a detallar: a) intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional, es decir, el funcionario servidor público posee facultades o competencia para intervenir en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ellos supone que: i) es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; ii) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; b) indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración el interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión directa (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), indirecta (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por acto simulado (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); c) el objeto de interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa(económica, cultural, servicios, etc.); y, d)* ***requiere el dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en la hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia engaño a la administración pública***".[1075]

[1075] R. N. Nro. 2770-2011 -PIURA-, de fecha doce de setiembre de dos mil doce, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El dolo, propio de la negociación incompatible, es necesario el conocimiento de que se está interviniendo en un contrato u operación estatal de manera directa o indirecta, ya sea en provecho propio o de un tercero y que se realiza ejerciendo el cargo de funcionario público, pues si, por ejemplo, este interviene en el contrato u operación cuando se encontraba suspendido o inhabilitado por la razón que fuere para ejercer el cargo, difícilmente concurre el dolo (conocimiento) referido al actuar en razón al cargo.

Castillo Alva indica que "el dolo directo de primer grado implica que el autor persigue la acción típica, el resultado o ambos a la vez. El factor predominante es el factor volitivo sobre el cognitivo. Aquí cobra relevancia lo que el sujeto persigue, la meta o fines que pretende alcanzar. Hay una relación directa del autor con las consecuencias principales"[1076].

En el dolo directo de segundo grado, el autor tiene que saber con seguridad que su conducta (activa u omisiva) realiza los elementos objetivos del tipo. Hay una previsión cierta del resultado típico. Predomina aquí el elemento cognoscitivo. El autor prevé la consecuencias que pese a no perseguirlas –no quererlas o desearlas– seguramente se producirán, o que son ciertas o necesarias a la acción emprendida. Las consecuencias secundarias son el contenido del conocimiento y se perciben como dependientes de la voluntad, aun cuando no se deseen o el autor obre en contra de sus intereses. No es necesario, por tanto, que el autor vea con buenos ojos el advenimiento del resultado, es posible que en su interior quiera que mejor no se produzca el desenlace.

El comportamiento se convierte en prohibido cuando el funcionario obra movido por un interés no administrativo o no estatal. En este caso actúa en una desviación de poder. No es necesario que el dolo abarque la conciencia de la afectación del patrimonio de la administra-

[1076] CASTILLO ALVA, 2015, p. 106.

ción, ni la intención especial que se está obteniendo una determinada ventaja o beneficio o que se está actuando con ánimo de lucro. Tampoco se castiga una especial o determinada forma de interés, v. gr., el patrimonio.

Por el contrario, este delito no admite la comisión imprudente o culposa de acuerdo al artículo 12º, segundo párrafo, del Código penal.

El dolo en la negociación incompatible no tiene porqué abarcar un perjuicio económico a la administración pública; no es condición típica que el delito llegue a causar o pretenda causar un perjuicio. El móvil de lucro es perfectamente posible en estos delitos, sin perjuicio para nadie: por ejemplo, si el proveedor (al cual el funcionario público está ligado) obtiene un contrato de licitación con el Estado a precios totalmente ventajosos, beneficiándose tanto el proveedor (al cual, reiteremos, está vinculado el funcionario) como el propio Estado, no causa perjuicio alguno a las partes, sin embargo, esta situación no deja de ser típica, pues ya se ha producido la "incompatibilidad" en el ejercicio del cargo.

El funcionario debería conocer –y tener la voluntad– que con el solo hecho de realizar instrucciones a su personal de confianza sobre las diversas operaciones que deberían de realizar con el Estado, era un acto "incompatible" con la función pública asignada.

Sin embargo, el tipo penal en cuestión prevé la acreditación de algunos elementos subjetivos distintos del dolo, ya que prescribe lo siguiente: *"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa,* ***en provecho propio o de tercero...***". En ese sentido, el sujeto activo no solo tendrá que conocer y querer efectivamente todos los elementos objetivos del tipo penal (porque si no es así, habrá error de tipo, artículo 14º, primer párrafo, del Código penal), sino también se tendrá que acreditar, en el proceso penal, el *móvil de lucro* del agente en la ejecución de la conducta típica: el proceso de negociación y ejecución de los contratos u otro tipo de operaciones comerciales, que por razón de cargo, intervenga el funcionario o servidor público. En otras

palabras, se admite aquí la verificación de los elementos subjetivos distintos al dolo[1077].

Según Villavicencio Terreros, en el Informe de Adecuación (en el punto 78) de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción (Lima, mayo del 2000), la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el caso del aprovechamiento indebido de cargo (artículo 397 del Código penal), hace referencia a que la actuación del funcionario público se desarrolle *con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero.* Esta formulación parecería exigir la inclusión de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. En las figuras nacionales de colusión y aprovechamiento indebido de cargo, el beneficio para el interesado o para terceros aparece como una consecuencia objetiva derivada de la acción típica, no requerida expresamente por el tipo.

En este punto, una Ejecutoria Suprema tiene señalado que pese a haberse generado pérdidas para la empresa estatal, sin embargo el interés del funcionario no estuvo orientado a obtener provecho personal o para tercero. En efecto: "Se debe referir que el Alcalde, si bien realizó

[1077] Generalmente el desvalor de acción en los delitos dolosos se agota con la presencia del dolo, sin embargo algunos tipos legales requieren en el agente otros elementos subjetivos diferentes al dolo para la realización del tipo. El principal supuesto lo tenemos en los *tipos de tendencia interna trascendente (delitos de intención)*, que son delitos cuya parte interna requiere de una intención especial, que se trata de una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización del tipo objetivo. Se trata de un fin ultratípico. Por ejemplo, en los delitos de hurto (artículo 185°) y robo (artículo 188°) se exige al agente que desarrolle la conducta "para obtener provecho" o "para aprovecharse" del bien mueble. A estos delitos de intención se los identifica, generalmente, cuando el legislador emplea la expresión "para".
En ese sentido, véase: Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: "***Provecho de tercero.***- *La actuación ilegal del agente público no solo exige que el beneficio sea a título personal o de tercero sino lo relevante es que su actuación objetivamente haya infringido los deberes especiales positivos que favorecen los intereses de la administración pública o entidad del Estado en el proceso de contracción pública*".

actos tendientes a que la empresa se integre a otras entidades con la finalidad de participar en la licitación internacional en el entendido que con tal fusión, se iba a beneficiar a la Municipalidad Distrital, hecho que finalmente no sucedió, no se advierte ni existe prueba objetiva que demuestre palmariamente que este se haya interesado en tal accionar en provecho propio o de tercero, pues si bien se han generado pérdidas, en desmedro de la empresa estatal, la misma que manejaba fondos públicos al constituir el tipo penal de negociación incompatible, *pues no se advierte beneficio propio o de un tercero que haya surgido justamente de un acto simulado de interés por parte del sujeto activo*".[1078]

En casi pocos delitos de corrupción de funcionarios, o en general delitos cometidos por funcionarios en agravio del Estado peruano, no se prevé expresamente la forma de lucro o enriquecimiento económico del sujeto activo, como sí por ejemplo se prevé el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo. Así, por ejemplo, en el delito de cohecho o en el tráfico de influencias o enriquecimiento ilícito no se prevé de manera expresa formas de aprovechamiento indebido del sujeto funcionarial, aunque en la realidad, muchos de sus actos de los delitos antes mencionados, el móvil de su conducta sea el lucro personal.

VIII. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

En este punto diremos que el delito de negociación incompatible se trata de un delito de peligro, o llamado delito formal[1079], y no de un

---

[1078] Ejecutoria Suprema del 18/03/2009, R.N. N° 1174-2007-CUSCO. VOCAL PONENTE: NEYRA FLORES, José. *Gaceta penal*, tomo 13, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2010, p. 103. (las cursivas son nuestras).

[1079] HUGO ALVAREZ, 2002, p. 184. En esta misma línea: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 513 "El interesarse" siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la administración pública. Si en los hechos, el funcionario hubiera favorecido intereses propios o de terceros que resultaron favorables económicamente a la administración pública habría coincidencia de intereses, pero no tipicidad de la conducta". En esta línea: ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 518 "Es difícil aceptar la existencia de TENTATIVA, pues si se tratara de actos

delito de resultado lesivo, desde que no se exige o prevé expresamente un perjuicio a los intereses económicos del Estado peruano, como sí pasa, por ejemplo, en el delito de colusión agravada (artículo 384º, segundo párrafo). El tipo penal de artículo 399º se consumará a nuestro entender cuando el sujeto activo *solo se interesa* de manera indebida de los contratos u otro tipo de operaciones.

En este punto, la Corte Suprema de la República ha dicho lo siguiente:

> *6.1.3 El delito sub examine como ilícito penal de peligro que no requiere perjuicio*
> *Conforme se reseñó precedentemente, en el rubro referido a los aspectos dogmáticos y jurisprudenciales del delito sub examine, específicamente en el Acuerdo Plenario número uno- dos mil diez, la doctrina mayoritaria nacional definió que se trata de un delito de peligro, que no exige para su consumación el desmedro patrimonial; en efecto,* ***no se requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado, por tanto, tales alegaciones en torno a la existencia o no del perjuicio patrimonial, no resulta atendible,*** *y menos aún enervan la configuración del delito anotado.*[1080]

---

ejecutivos tendentes a lograr algún beneficio en el contrato u operación que el funcionario dirige a nombre de la administración pública, ya se habría manifestado el interés privado y se podría hablar de consumación..."
Véase, en este sentido: Sentencia de fecha 8 de febrero de 2013, en el Expediente: 00183-2011-4-1826-JR-PE-02, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima: "***Consumación del injusto penal.***- *El delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita la producción del 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. No cabe la tentativa*".

(1080) R. N. Nro. 722-2013 –TACNA- de fecha uno de agosto del dos mil trece, expedido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Según el profesor argentino Creus "...tan típica es la conducta de quien, siendo funcionario y actuando en la operación, despliega después en ella la conducta de interesarse, como la de quien, siendo ya parte privada en el negocio, adquiere luego la calidad de funcionario con facultades decisorias o de complementación legal respecto de aquél, y no aparta de él su interés particular y tampoco elude su actuación funcional en él (no se inhibe de actuar como funcionario)".[1081]

En otras palabras, para que se produzca el delito de negociación incompatible debe producirse el conflicto de compatibilidades. El funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado. Sin embargo dicho sujeto especial orienta su interés en función personal para obtener provecho o para procurarlo a terceros, tornándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional[1082].

Carece de significado (típico) que el fin perseguido se logre a no, es decir, si en realidad se llegó a lucrar o no. No se exige que el sujeto activo efectivamente se haya beneficiado con la operación contractual, basta probar el solo interés del funcionario o servidor público. Por lo tanto las formas imperfectas de ejecución delictiva (tentativa) serán casi imposibles. Este sentido, Peña Cabrera Freyre señala que "...no se requiere la concreción de la contratación pública, menos que el agente obtenga un provecho o el tercero vinculado a aquél; si es que se verifica que la obtención de la Buena Pro al postor, ha provocado una merma al patrimonio público, mediante una convergencia criminal entre el funcionario público encargado de llevar a cabo la licitación pública y los particulares, se configura el tipo penal de colusión ilegal".[1083]

Un caso de la jurisprudencia penal peruana ha señalado, en este punto, que: "El auto impugnado señala que el Ministerio Público ubica los hechos de aporte causal al hecho principal (interesarse en el contra-

[1081] CREUS, tomo II, 1991, p. 312.

[1082] ROJAS VARGAS, 2007, p. 825.

[1083] PEÑA-CABRERA FREYRE, tomo V, 2010, p. 576.

to) *en un momento posterior a los actos atribuidos a los encausados en calidad de autores, lo que contraviene las reglas de complicidad en el delito de negociación incompatible, en tanto esta no puede darse después de consumado el delito, sino en la etapa de preparación y de ejecución*; que, sin embargo, de la formalización de la denuncia y auto apertorio de instrucción, se advierte que la imputación contra la encausada –a título de cómplice– recae en que como integrante del Comité Especial incurrió –con los otros integrantes– en irregularidades durante los procesos de selección y contratación, como la indebida adjudicación de puntajes a los postores, los que finalmente resultaron ganadores de dicho proceso, por lo que su participación no se habría concretado a un acto posterior a la de los atribuidos a los autores del delito de negociación incompatible".[1084]

Como es sabido, el delito de negociación incompatible se consuma al "interesarse", situación que puede prolongarse en el tiempo con las características de los delitos permanentes. En otras palabras, el momento del interés indebido que pudiera haber realizado el agente público, en este caso, resulta irrelevante, toda vez que la gestión (privada, incompatible con la administración pública) se puede dar en cualquier etapa del iter contractual de proceso de convocatoria de contratación, licitación, adjudicación, etc., esto es, en las etapas previas, durante la celebración del contrato, e incluso en su ejecución[1085]; máxime si tenemos en cuenta que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita la producción del resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente.[1086]

[1084] Ejecutoria Suprema del 04/02/2010, R.N. N° 4276-2008-LIMA. VOCAL PONENTE: PRADO SALDARRIAGA, *Gaceta penal*, tomo 16, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2010, p. 188. Las cursivas son nuestras.

[1085] Véase, en este sentido: Sentencia de Segunda Instancia de fecha 08 de Febrero del 2013, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en el Expediente N° 183-2011.

[1086] Véase, en este sentido: Sentencia de Segunda Instancia de fecha 08 de febrero del 2013, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en el Expediente N° 183-2011.

Es necesario resaltar que, en virtud de lo anterior, el delito solo se configura con la realización del acto indebido, aunque el ánimo de obtener provecho para sí o para un tercero exista con anterioridad[1087]. Por consiguiente, no realiza conducta punible del servidor público que simplemente promete a un licitante, por ejemplo, que hará todo lo posible porque le adjudiquen el contrato, mientras tal promesa no se concrete en un comportamiento que quebrante el procedimiento adecuado para la toma de decisión. Antes de la realización de dicho acto podrá haber inclusive manifestación de los deseos pero no delito, ni siquiera tentado; entender que en tal momento ya hay delito es tanto como entender consumado el falso testimonio cuando el testigo el día antes de rendir su declaración ante la autoridad, manifiesta a otra persona su interés en mentir durante la misma[1088].

B. ¿EN QUÉ MOMENTO DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES COMIENZA HACER PUNIBLE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE?

En este apartado comenzamos con la siguiente interrogante: ¿En qué periodo temporal del "contrato" u "operación" ya constituye la consumación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo? Desde el punto de vista del *iter criminis* solo podrán ser acreditativos para el comienzo de la ejecución punible (y esto de la mano con el artículo 16 del Código penal) de un acto de incompatibilidad funcional aquellos que tienen que ver con los objetos materiales del presente delito, es decir, tenemos que referirnos a los "contratos" y "operaciones", en ese sentido, sería solo en dos extremos de los actos jurídicos, en primer lugar, no podrían ser reprobables

[1087] SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto; "*Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos*", disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_15.pdf.

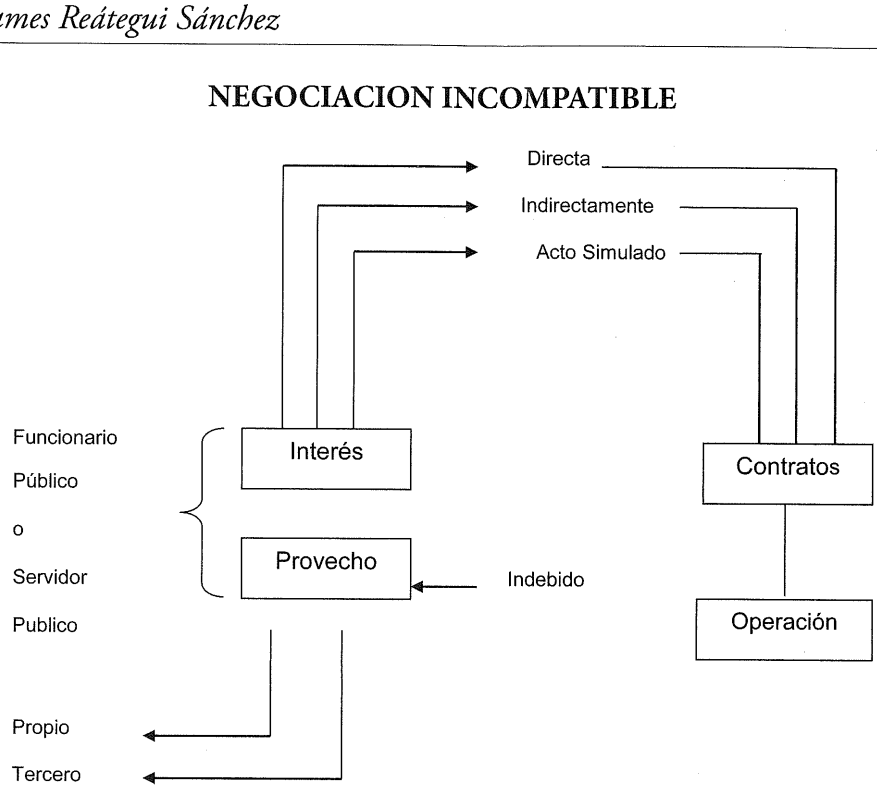
[1088] SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto; "*Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos*", disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_15.pdf.

penalmente aquellos actos que tienen que ver con las tratativas que realizan los funcionarios públicos en contra de los intereses de la administración pública; lo contrario sería sancionar meros actos de preparación –subjetivos– que son por lo general impunes para el Derecho penal, máxime si tenemos en cuenta que la estructura de este delito es de naturaleza de peligro abstracto.

En todo caso, como segunda cuestión, lo que sí debe estar sancionado, de cara al delito en cuestión, es en todo el proceso o etapas que tienen que ver con la *suscripción del contrato u operación en la cual el funcionario o servidor público debe intervenir por razón del cargo, y obviamente en todo lo concerniente a la ejecución del propio contrato u operación, que involucra actos de adendas en el propio de contrato.* Castillo Alva refiere que "La intervención con el contrato o en la operación debe producirse cuando el funcionario interviene o coparticipa por razón de su cargo dentro de la administración pública. Ello quiere decir que si la intervención se produce cuando este ya no es funcionario o cuando perteneciendo a la administración pública ya no cuenta con las competencias que le pueden hacer influir o intervenir, el hecho será atípico"[1089].

Asimismo, tanto antes de la celebración de los contratos o de las operaciones como durante su desarrollo se dará el tipo penal en cuestión. En tal sentido, se da por entendido que si el Estado o la entidad pública en sentido amplio ya contrató o se llevó a cabo la operación, se cierra el ámbito de posibilidades para el despliegue comisivo de la conducta típica de interesarse por parte del sujeto activo del delito.

[1089] CASTILLO ALVA, 2015, p. 140.



IX. PROBLEMAS DE APLICACIÓN CONCURSAL ENTRE EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y EL DELITO DE COLUSIÓN

Uno de los problemas de aplicación judicial que enfrenta a diario el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo está en encontrar puntos de diferencia con el delito de colusión (artículo 384º del Código penal), porque ambos ilícitos tienen *zonas comunes en cuanto a su tipicidad penal se refieren* (por ejemplo: ambos son delitos de infracción al deber, cometidos por funcionarios o servidores públicos; ambos se tratan de afectaciones al patrimonio del Estado, de manera concreta o potencial, y ahora en la colusión se incorpora un resultado lesivo). Por ello la diferencia entre ambas figuras, aunque parezca paradójico, habría que encontrarlo también en la misma conducta típica de cada ilícito penal.

La tipificación del tipo de colusión ilegal (art. 384 del CP) y su similitud con el tipo penal de negociación incompatible (art. 399 del CP), vienen produciendo gran confusión en los operadores de justicia penal que se enfrentan a la labor de subsunción del tipo penal. Este problema resulta más álgido si se tiene en consideración que los marcos punitivos se encuentran claramente diferenciados (en la colusión la pena privativa de libertad fluctúa entre los tres a los quince años de pena privativa de libertad, en la negociación incompatible la pena privativa de libertad fluctúa entre los cuatro a los seis años).

Frente a esta similitud, corresponderá al operador de justicia penal determinar, (i) si se tratan de delitos compatibles, en cuyo caso podría un solo hecho motivar la formulación de imputación por los dos tipos penales; o, (ii) si se tratan de delitos incompatibles, no sería posible atribuir los dos tipos penales cuando se trata de una sola conducta. La solución a esta controversia pasa por establecer el tipo de relación existente entre ambos tipos penales.

¿Qué criterios deben tomarse en consideración para distinguir entre los delitos de colusión desleal y negociación incompatible y evaluar su concurrencia?, de ser así *¿se trataría de un concurso ideal de delitos o un concurso real de delitos, o se trata de un concurso aparente de leyes?, porque definitivamente existen zonas* limítrofes entre ambas figuras delictivas.

Como es sabido, en la colusión desleal, llamado ahora colusión simple o agravado, el funcionario o servidor público se ha *concertado* con los terceros-interesados para defraudar los intereses de la administración pública (se trata de un delito de participación necesaria en la modalidad de encuentro); o se ha interesado para promover un beneficio personal o de tercero. Mientras que en el delito de negociación incompatible el funcionario o servidor público se *interesa* en determinadas relaciones contractuales u operacionales, constituyendo, por ende, un acto de *motu propio* del funcionario o servidor público; es decir, la diferencia estaría en la *forma o los medios de afectación* del interés patrimonial del Estado: en uno es a través de la concertación

entre dos personas, y el otro es a través del interés unilateral del sujeto especial.

En realidad, la situación está en saber si ante una misma e idéntica realidad fáctica de imputación contra un funcionario o servidor, estamos ante un concurso "ideal" o un concurso "real" entre las calificaciones jurídicas de delito de colusión desleal o un delito de negociación incompatible. Según el Código procesal penal de 2004, cuando el Fiscal Penal de Investigación Preparatoria decide iniciar la respectiva Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, puede realizar tipificaciones jurídicas *alternativas* al hecho fáctico incriminado (véase el artículo 336, numeral 2, letra b); puede imputar por un lado, delito de colusión simple o agravado, y a la vez, puede imputar negociación incompatible, incluso puede haber continuidad delictiva sobre los hechos, por ende puede haber delito continuado (artículo 49° del Código penal). Sin embargo, dicha alternatividad "procesal" habría que engarzarlo en las relaciones concursales que prevé nuestro texto sustantivo penal: reiteramos, en concurso real o concurso ideal.

En tal sentido, si existe una unidad de acción fáctica –y la condición es que se dé en un espacio y tiempo más o menos cercanos– habrá un concurso ideal o formal de delitos entre colusión y negociación incompatible; sin embargo, todavía quedará pendiente si es que en una misma modalidad conductual puede cobijar una colusión y negociación incompatible a la vez, porque a nuestro entender tienen más elementos objetivos "distantes" que "cercanos", en esta línea, solo puede legitimar adecuadamente la "unión" entre ambas figuras delictivas en un mismo cauce procesal la llamada alternatividad en las tipificaciones que ofrece el Código procesal penal de 2004 (véase el artículo 336, numeral 2, letra b); porque según creemos entender, las tipificaciones alternativas previstas en nuestro nuevo proceso penal se sustentan en la eficacia de acumular imputaciones fácticas y jurídicas en contra de un mismo imputado, seguido en el marco de un mismo proceso, aun cuando dichas tipificaciones alternativas no se sustenten en las clásicas relaciones concursales que prevé nuestro Código penal, pues estas recién serían aplicadas en la parte decisoria del proceso penal.

Por el contrario, si existen varios hechos cometidos en tiempo y en espacio distintos por el mismo funcionario o servidor público, los mismos que no pueden ser unidos –objetiva ni subjetivamente– en una misma e idéntica modalidad conductual, definitivamente estaremos ante un concurso real o material de delitos (artículo 50° del Código penal) entre la colusión –simple o agravada– y el delito de negociación incompatible, por la autonomía entre los comportamientos existentes, por lo tanto en la determinación judicial de la pena, la solución es la sumatoria de penas en la sentencia condenatoria entre ambos marcos penales (concretos).

En el plano doctrinal, Castillo Alva sostiene que por lo general, un acto de colusión supone un previo interés indebido en el contrato estatal u operación, pues lo lógico es que si hay un acuerdo ilícito este acuerdo presupone que el funcionario se ha interesado indebidamente en el contrato estatal[1090]. Es difícil imaginar un acuerdo ilícito que no suponga por parte del funcionario un interesarse previamente, de manera indebida, en el contrato estatal. Normalmente la colusión se consuma cuando el funcionario ha mostrado antes un interés indebido en el contrato u operación. Excepcionalmente puede presentarse un caso de colusión, sin necesidad de que se presente la negociación incompatible, cuando por ejemplo, un miembro del comité especial conoce de antemano el resultado de un proceso de contratación y se colude con el tercero, pero en ningún momento se interesa de manera indebida en el proceso de contratación estatal específico.[1091]

En el caso de la consunción del marco penal más grave (colusión) ya tiene en cuenta el injusto menor (negociación incompatible); de allí que quede excluida la aplicación de otra norma. El principio de consumación toma en cuenta no una relación lógica, sino una cercana relación criminológica entre las figuras penales involucradas y los marcos penales que media entre ellos. Así como, los actos preparato-

[1090] CASTILLO ALVA, 2015, p. 136.

[1091] CASTILLO ALVA, 2015, p. 137.

rios automáticamente punibles, o como la tentativa, que se dirige a un determinado resultado, están ya reprochados y castigados por la punibilidad del delito consumado aun cuando ellos no sean perpetrados por la misma acción[1092]. Puede entenderse que el delito de negociación incompatible es un acto previo respecto al delito de colusión, que dado el sentido del injusto y la gravedad de la pena de la colusión, queda claro que consume o aborde plenamente el injusto de la negociación incompatible[1093].

Por otro lado, en el plano jurisdiccional, puede citarse el Pleno Jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con respecto al Tema 1° (*"Criterios para distinguir entre los delitos de colusión desleal y negociación incompatible"*) donde cabe señalar una primera posición, en el sentido que parte por reconocer la ausencia de nexos comunicantes entre los tipos penales de colusión desleal y negociación incompatible que permitan calificarlos como tipos penales autónomos y, por lo tanto, permitan sostener la posibilidad de formular imputaciones conjuntas.

Una segunda posición, asume el planteo de la imposibilidad de proponer imputaciones conjuntas por delitos de colusión desleal y negociación incompatible, en cuya virtud debe optarse por establecer cuál de los tipos penales resulta aplicable al caso concreto, permitiéndose, en todo caso, la formulación de imputaciones alternativas.

El marco contextual de ambos delitos está referido a cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte. La conducta típica en la colusión es la concertación subrepticia por la cual se busca defraudar al Estado. La colusión tiene un carácter bilateral (concertación entre el funcionario público y el privado interesado). En la negociación incompatible la conducta típica es solo interesarse. La negociación incompatible tiene un carácter unilateral.

[1092] CASTILLO ALVA, 2015, p. 137.

[1093] CASTILLO ALVA, 2015, p. 138.

Por el principio de especialidad, la conducta tipificada en el delito de negociación incompatible es más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva. Entonces, en aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio, o no existan indicios para suponer que el interés indebido privado se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible el que subsidiariamente sea aplicado.

En esta línea de pensamiento, una reciente Ejecutoria Suprema de fecha 09 de abril del 2014, recaído en el Recurso de Nulidad N° 1083-2013-Lima, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, ha dicho en relación al concurso de delitos existentes entre la colusión y la negociación incompatible, lo siguiente:

> *"...En efecto, el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código penal sanciona al funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, mientras que el delito de negociación incompatible, previsto a la fecha de los hechos, en el artículo trescientos noventa y siete del Código penal, sanciona al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, de lo que se advierte, y así incluso lo ha precisado el Fiscal Supremo en su dictamen, que dichos tipos penales comparten un mismo escenario de proceder conductivo, esto es, la contratación estatal, con la particularidad de que el delito de negociación incompatible supone un adelantamiento de las barreras de la intervención punitiva, erigiéndose como un tipo penal de peligro, mientras que el delito de colusión es un tipo penal de resultado, pues en este se exige, según la redacción jurídica de dicho delito en el año dos mil tres, la producción de un perjuicio efectivo al erario nacional. En consecuencia, siendo que la tesis de la acusación fiscal establece*

que la imputación en contra de los encausados Anchante Anyarín y Balta Izaguirre conllevó un perjuicio patrimonial al Estado por la suma de ocho mil nuevos soles, entonces, la conducta incriminada se situaría específicamente en el delito de 'colusión, toda vez que no solo se sobrepasó la barrera de adelantamiento punitivo en el caso concreto, sino porque además, el delito de negociación incompatible estaría subsumido en el de colusión, que sería un tipo penal más amplio. En consecuencia, nos encontramos ante un concurso aparente de leyes, el mismo que se presenta cuando una conducta cometida aparece comprendida en varios tipos penales, pero su contenido de injusto está definido completamente por uno solo de dichos tipos penales [VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho penal. Parte general, Editorial Grijley, Primera Edición, dos mil seis, página setecientos once], ello en virtud, al principio de consunción, que se verifica cuando el precepto más amplio o complejo absorbe a los que castigan infracciones consumidas en aquel, es decir, cuando el contenido del injusto y de la imputación personal de un delito están incluidas en otro, o que es lo mismo decir, cuando un tipo penal más grave incluye a uno menos grave. En dicho sentido, el Fiscal Supremo en su dictamen señaló: "...el delito de negociación incompatible (...) se erige como un delito de peligro, mientras que la figura contemplada en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código penal es de resultado, ello explica la mayor penalidad del delito de colusión en la medida que la afectación denota un plus de antijuridicidad penal... . Por tanto, estando a los fundamentos expuestos, debe absolverse a los encausados por el delito de negociación incompatible, ciñéndose el presente pronunciamiento, en este extremo, al delito de colusión".

X. LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

La complicidad constituye una forma de participación reconocida en el Derecho penal peruano, regulado en el artículo 25 del Código penal que señala: *"El que dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no* se *hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.* A *los que de cualquier otro modo,*

hubieran dolosamente prestado asistencia se *les disminuirá prudencialmente la pena".*

La complicidad constituye un incremento de riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico. En materia de negociación incompatible, es esto, en el marco de contrataciones parcializadas, pueden constituir manifestaciones de actos de cooperación, por ejemplo, los actos de los intermediarios del funcionario o los trabajadores de la empresa favorecida, los facilitadores o terceros negociadores que sirven a tales intereses.

En la negociación incompatible es cómplice primario la persona que actúa como intermediario interesándose o conociendo el interés del otro, en el contrato u operación, salvo que se trate de funcionario público que obra en ejercicio de funciones y tiene una injerencia directa en la negociación o la celebración de los actos jurídicos. También es posible la complicidad por coacción, siempre que esta no revista gravedad. La parte beneficiada por el contrato en la medida que haya coordinado, se haya puesto de acuerdo o simplemente si está al tanto de las gestiones del funcionario puede ser considerada como cómplice.[1094]

El cómplice tiene que conocer que el funcionario público se interesa, de manera directa o indirecta, en un proceso de contratación específico y que este interés, es además, indebido. No basta con verificar de manera objetiva un aporte causal del supuesto cómplice y que con su conducta ha facilitado o ayudado a la comisión del delito de negociación incompatible o de cualquier otro delito. Resulta indispensable probar y justificar el comportamiento doloso del cómplice de manera adecuada y suficiente. Se habla aquí la necesidad de verificar un doble dolo en el cómplice.

[1094] CASTILLO ALVA, 2015, p. 121.

El artículo 24 de nuestro CP vigente consagra la inducción, cuando prescribe: *"El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponda al autor"*. El instigador forma parte accesoriamente en un acto ajeno y no posee, ni detenta, el dominio del hecho, el cual es ejercido, según el caso, por el autor, coautor o autor mediato. De no existir una disposición como el artículo 24, la instigación a un delito sería impune.

Instigar es determinar o motivar, dolosamente, a otro a la comisión de un delito doloso. Por tanto, instigador es quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión dolosa de un ilícito penal. La doctrina, de manera unánime, reconoce en la instigación la necesidad de una influencia espiritual, psicológica o meramente psíquica, sobre el instigado (autor), como mecanismo generador de la decisión criminal, siempre que el autor no haya adoptado la decisión de cometer el hecho.

En el delito de negociación incompatible puede ser considerado instigador el tercero (empresario o agente público) que determina o hace surgir la decisión criminal de interesarse en el funcionario, ya sea a través de actos de persuasión, presión o entrega de dádivas, supuesto último que dará lugar a la configuración del delito de cohecho.[1095]

XI. LA PRESCRIPCIÓN EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

La prescripción desde un punto de vista general es la institución jurídica mediante la cual –por el transcurso del tiempo– la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma.

[1095] CASTILLO ALVA, 2015, p. 130.

La prescripción desde una perspectiva procesal, sea que se declare de oficio o a petición y en función al tipo legal perseguido, dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentre en la determinación de la prescripción y en la suspensión e interrupción de la misma, debe tomar en cuenta la acusación fiscal, la denuncia formalizada del fiscal provincial o el auto de apertura de instrucción que calificó el marco temporal de los hechos como delito de negociación incompatible[1096].

Si se toma como referencia el primer párrafo del artículo 80 del Código penal, 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, al que como plazo extraordinario debe agregarse una mitad, conforme al artículo 83 in fine del Código penal.

XII. LA PRUEBA EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

La prueba en la negociación incompatible debe dirigirse a acreditar, de manera esencial y relevante, el interés indebido, que tiene el funcionario en el proceso de contratación. La actividad probatoria no puede encauzarse a recoger de manera simple y básica, las irregularidades administrativas cometidas en el proceso de contratación. Debe recordarse que los fines de un proceso penal son distintos a los de un proceso administrativo; en el primero se trata de probar rigurosamente, la comisión de un delito, con todos sus elementos configuradores, objetivos y subjetivos, mientras que en el proceso administrativo, disciplinario o sancionador, lo que se prueba es la comisión de un ilícito administrativo. En muchas ocasiones las violaciones a la ley administrativa, o a la normativa de las contrataciones públicas, no sirven o sencillamente no son suficientes para acreditar el injusto penal.

[1096] Véase la Ejecutoria Suprema del RN N° 2068-2012 del 19 de abril de 2013 de la Sala Penal Transitoria.

El verbo típico interés (indebido) debe ser probado de manera estricta, recayendo dicha obligación en el representante del Ministerio Público. El interés privado que promueve y patrocina el funcionario público constituye el núcleo del injusto del delito de negociación incompatible.

Desde el punto de vista probatorio, en el delito de negociación incompatible se utilizan una serie de criterios, tanto de prueba directa como de prueba indiciaria, para fundar la responsabilidad penal del funcionario público, entre los que pueden contar:[1097]

i. Las irregularidades administrativas como la infracción de la Ley de Contrataciones del Estado, la festinación de algunos trámites obligatorios, entre otros aspectos.

ii. Uno de los indicadores que acreditan la comisión de delito de negociación incompatible es, por ejemplo, efectuar la contratación directa y sin limitación previa de ciertos funcionarios, v.gr. consultores en la ejecución de la obra.

iii. También el infringir lo establecido en el artículo 19° de la ley de Contrataciones del Estado (Decreto legislativo N° 1017) al permitir el fraccionamiento del contrato.

iv. Iniciar el proceso de contratación estatal sin autorización del jefe de la entidad pública competentes de la entidad.

v. El nombrar el Comité Permanente especial de los procedimientos de Adjudicación Directa y de menor Cuantía, no habiéndose designado miembros suplentes según lo previsto por el artículo cuarenta y uno del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

vi. El presidente del comité especial comunica a la autoridad máxima de la entidad estatal la imposibilidad que el citado Comité se reúna por falta de quorum, debido a que dos de sus miembros no pueden concurrir por enfermedad, por lo que se solicita la can-

[1097] CASTILLO ALVA, 2015, pp. 152-159.

celación de los cuatro procesos de selección que se encontraban publicadas en el proceso de selección que se encontraban publicados en el Sistema de Información de Contrataciones del Estado SIACE, desconociendo en forma dolosa que tal circunstancia no constituye fuerza mayor ni caso fortuito, únicas causales previstas en el artículo cuarenta y siete del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado para nombrar un nuevo comité.

vii. La enfermedad sobreviviente de los dos miembros del comité especial y la imposibilidad de concurrir a la apertura de sobres acreditada mediante certificados médicos emitidos por un Centro de Salud que registran una fecha posterior a la reunión fijada por el comité especial se desecha ya que, pese a la supuesta enfermedad que padecían, concurrieron a laborar en forma normal a su centro de trabajo según se aprecia de sus respectivas tarjetas de control de asistencia.

viii. La cancelación de los procesos de selección por parte de la autoridad máxima de la entidad estatal mediante un acto administrativo (v.gr., Resolución de Alcaldía).

ix. La designación de un nuevo Comité Especial Permanente por parte de la autoridad máxima de la entidad estatal en la que se ordena que tal acto administrativo se publique en el Sistema de Información de Contrataciones del Estado - SIACE; sin embargo, la nueva convocatoria y sus bases no se publicaron en el registro electrónico del indicado Sistema, ni en el de la Comisión de Promoción de la Pequeña Empresa y Micro empresa - Prompyme. Dicha omisión intencional limitó a que los postores a quienes se les dirigió las invitaciones resulten los adjudicados con la buena pro, esto es, la deliberada omisión perjudicando a otros posibles ofertantes que no tuvieron conocimiento de la nueva convocatoria.

x. Al no efectuar la publicación electrónica los miembros del segundo comité especial no efectuaron observación alguna ni dejaron constancia de ello, por el contrario, pese a conocer que se trataba de un requisito legal prosiguieron con el proceso de selección en

clara contravención con lo previsto por la Directiva número 001-004/CONSUCODE/PRE, modificada por la Resolución número cero159-2004/CONSUCODE-PRE, vigente desde el 1 de julio de 2004, cuya legalidad también se aprecia del artículo cincuenta y nueve del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de manera que su inobservancia acarrea vicio que impide la suscripción de contrato.

xi. Realizar un proceso de contratación vulnerando las normas de austeridad presupuestal, no contar con un Informe Técnico y/o evaluación de la Subgerencia de Recursos Humanos o con el conocimiento de las áreas involucradas como establece el Reglamento Interno de Trabajo y Directivas. En este caso la persona no contaba con capacitación técnica relacionada al área, el cargo o experiencia.

xii. No se cuenta con Informe Técnic o y/o evaluación de la Subgerencia de Recursos Humanos o con conocimiento de las áreas involucradas, como establece el Reglamento Interno de Trabajo y Directivas internas de trabajo; tampoco se tomó en cuenta el cuadro de perfiles del cargo por nivel ocupacional, el funcionario no contaba con capacitación técnica relacionada al área, tampoco con título del Instituto Superior Tecnológico relacionado al cargo, ni con experiencia de dos años.

xiii. Se realiza el nombramiento en el área de asesoría jurídica a la conviviente del gerente general de la entidad pública sin que reúna el perfil del cargo, cuente con estudios universitarios de especialización en temas jurídicos o en asuntos de asesoría jurídica, tampoco tenía experiencia en cargos profesionales similares-; también se inobservó el plazo mínimo de un año que debía transcurrir entre cada ascenso y no se tuvo en cuenta que el ascenso no debía superar más de cuatro categorías.

xiv. El no realizar alguna solicitud de cotización, ya que más bien se aparentó la participación de otros postores. Luego se verificó que estos no presentaron sus cotizaciones en el proceso de adjudicación.

xv. Cuando se eligió a un tercero como proveedor, este no era proveedor formal de la entidad pública, al no figurar ni estar inscrito como proveedor.

xvi. Se generaron órdenes de servicios subsiguientes dirigidas al mismo proveedor que mantenían un orden correlativo.

xvii. El funcionario tenía entre sus atribuciones el de "realizar verificaciones específicas sobre información que los encargados han ingresado al módulo informático y al registro de procesos de selección", y al haber cumplido con su labor podría haber corregido a tiempo la deficiencia.

xviii. Se presentó documentación falsa en las cotizaciones, órdenes de compra y facturas, las que se verificó que contenían deficiencias en cuanto al rubro de la empresa, domicilio, entre otros factores.

xix. Las empresas que supuestamente enviaron sus cotizaciones no estaban registradas en la base de datos de contribuyentes de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

xx. El hecho de que se hayan falsificado firmas y sellos de otro funcionario de la entidad para lograr concretar y culminar el proceso de contratación.

xxi. El haber permitido el cambio de postor, considerando irregularmente como ganadora a una persona que no participó en el proceso de contratación, así como, haber suscrito el contrato después de seis meses del proceso de adjudicación.

xxii. En dos procesos de adjudicación directa se otorga la buena pro a dos empresas que se encontraban en sexto lugar y tercer respectivamente, sin que se haya respetado el orden de prelación. Se incumple, así, el procedimiento establecido mediante D.S. N° 00- 2004/MINDES, que señala: "(...) transcurrida la fecha fijada para la suscripción de contrato sin la concurrencia de los postores ganadores, se dejará sin efecto el otorgamiento de la buena pro, lo que se notificará al postor. La entidad comunicará a los postores que ocuparon los siguientes lugares en el orden de prelación". En un caso la resolución de un contrato no se comunicó a Consucode

el supuesto incumplimiento del proveedor y se celebró contrato con otra empresa.

xxiii. Los imputados adelantaron la recepción de los sobres que contenían las propuestas técnicas y económicas para el día dieciséis de julio de dos mil siete. Incluso la empresa ganadora ese mismo día realizó la entrega oficial de evaluación de la propuesta de los demás postores y envió la primera entrega, correspondiente al ítem ocho de las bases que aún estaban en proceso.

xxiv. El comité especial evaluó la propuesta técnica y no la económica; además, dejó de lado al postor que alcanzó el mismo puntaje en la evaluación técnica y cuya propuesta económica era menor en seis mil trescientos dieciocho nuevos soles.

xxv. El comité especial permitió la participación en el acto de evaluación de un tercero, quien opinó a favor de la empresa favorecida, La evaluación supuestamente técnica de un funcionario municipal –que no debió estar presente– solo se efectuó en base al documento de laboratorio presentado por la empresa ganadora, no a un análisis independiente, imposible de ser comparado con otros de las demás empresas postoras, precisamente porque no se exigió como requisito.

xxvi. Otras infracciones administrativas comunes son el no haberse realizado el estudio de mercado, la falta de verificación de las propuestas y de la documentación presentada por los postores.

CAPÍTULO VIGÉSIMO SEGUNDO
EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 400°
DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

El tipo penal de tráfico de influencias se conoce desde el Derecho romano, concretamente cuando uno de sus amigos del emperador Alejandro Severo vendía privilegios e influencias ante este: Al descubrirlo el emperador, lo condenó a morir ahogado por el humo; de allí el nombre de *"venta de humo"*, como ya lo referimos. Ahora bien, en lo que respecta al comportamiento típico del delito en mención, este consiste a lo que tradicionalmente se conoce como *"venta de humo"*: es decir el hecho de vender algo inmaterial. Consiste en la *"afirmación"* o *"atribución"* de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de esta influencia.[1098] Así se tiene que el tipo penal no exige que la influencia realmente exista, puesto que expresamente se refiere a una *influencia real o simulada.*

Esta modalidad delictual ha sido considerada, siguiendo la posición doctrinaria más avanzada y moderna, como un delito de *pacto sceleris*, pues su existencia requiere de presencia de dos personas: un vendedor de humo (intermediario o traficante de influencias) y comprador de humo (interesado o beneficiario con la influencia)[1099]. Para

---

[1098] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano.* Ed. Palestra, Lima, 2003, p. 528.

[1099] NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente; *"La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes Nº 29703 y 29758. La vendita di fumo en el pacto sceleris"*, en Gaceta Penal, tomo 26, Agosto, 2001, p. 14.

unos, este delito es una suerte de acto preparatorio elevado a la categoría de delito independiente del cohecho o del tráfico de influencias[1100]. Con este precepto, lo que el legislador quiere es adelantar las barreras de protección penal, tratándose de un delito de peligro abstracto, de un delito mutilado en dos actos, que se caracteriza en que la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto –delito de dos actos–, siendo un tipo incongruente por no corresponderse la parte subjetiva de la acción con la objetiva, por exceso subjetivo.

La figura del "tráfico de influencias" se acerca al injusto típico del "cohecho" pero no es idéntico a este: con este tipo penal se buscar abarcar penalmente la "compraventa" de la influencia que se tenga o pueda tener en funcionarios públicos; o sea, se adelantan las barreras del Derecho penal para reprimir conductas que pudieran influir efectivamente en el ejercicio funcionarial. En otras palabras, muchas veces se producen actos previos al "cohecho" que, desde la perspectiva penal, pueden tener igual contenido de injusto que este y, sin embargo, quedar impunes. El caso más evidente es el del llamado "tráfico de influencias", el cual ocurre cuando se ofrece en venta la "influencia" que se pueda tener en el funcionario público que tiene a su cargo un asunto de interés para el potencial comprador. Como los tipos de "cohecho" no abarcan estos casos, en muchos países se han introducido ya desde hace algún tiempo (Francia, Austria, España, Perú, Argentina) tipos penales que describen esta conducta y la sancionan penalmente.

El delito de tráfico de influencia lo que reprime, en realidad, son supuestos de intermediación previa de un acto de cohecho pasivo, in-

[1100] De la misma manera: NÚÑEZ PÉREZ; *"La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La vendita di fumo en el pacto sceleris"*, cit. p. 14, nos dice que: "Normalmente este delito aparece en la estructura del iter criminis como una conducta previa de los futuros cohechos, por lo que no estaría mal señalar que la compra y venta de influencias son como actos preparatorios de los proyectos de soborno".

termediación que realiza una persona "extraña" a la administración pública, pero dotado de un alto grado de influencia hacia determinados funcionarios o servidores públicos que ha de conocer, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Se dice, con razón, que el tráfico de influencia se trata de un supuesto de intermediación punible, porque entre el "interesado" y el "funcionario" o "servidor público" que está conociendo o ha de conocer su caso judicial o administrativo, está precisamente el "traficante", porque si no estuviese el traficante en esa posición intermedia, y el interesado "influye" directamente al funcionario o servidor público que esté conociendo o ha de conocer su caso, dicho funcionario sería un cohechante pasivo siempre y cuando acepte o reciba dolosamente algún medio corruptor, y el interesado sería un cohechante activo, siempre y cuando ofrezca dolosamente dichos medios corruptores.

En ese sentido, en el tráfico de influencia intervienen tres personas ubicados en momento y en espacio distintos: en primer lugar, el *interesado* que es la persona que tiene un caso dentro de la administración pública, ya sea judicial o administrativo; en segundo lugar, el *traficante*, que es la persona que se ofrece a interceder ante un funcionario o servidor que precisamente está conociendo el caso del interesado, a cambio obviamente de medios corruptores; y en tercer lugar, el *funcionario o servidor público* que ha conocido o esté conociendo un caso judicial o administrativo. De los tres sujetos descritos, solo será procesado y eventualmente sancionado por el tráfico de influencias como autor, el traficante. El interesado y el funcionario público serán considerados "terceros" ajenos al proceso penal, solo serán citados eventualmente como testigos de los hechos, salvo que el interesado haya influenciado psicológicamente al traficante, con lo cual el interesado será considerado como instigador (art. 24º del Código penal) del hecho cometido (tráfico de influencia) por el autor principal, que será el traficante. Y el tratamiento penal del funcionario público, en nuestro concepto, será irrelevante, desde que la ubicación temporal, y por ende del acto funcional, del sujeto especial (funcionario) se da en un estadio posterior a la consumación, que más bien sería un

acto de agotamiento. En realidad, tanto el interesado como el mismo traficante (al menos desde la tipicidad del 400°, primer párrafo) son sujetos extraños a la administración pública, y que lo único que permite, o mejor dicho, que legitima que el tráfico de influencia esté como delito cometido en contra de la Administración Pública, es que el traficante influya hacia un funcionario o servidor público.

Como puede observarse, desde el punto de vista jurídico-penal, la administración pública está blindada internamente tanto para sujetos especiales (cohecho, colusión desleal, concusión, negociación incompatible, etc.), como externamente, es decir, para aquellos sujetos extraños a la administración que desestabilizan deliberadamente el normal y correcto funcionamiento de la misma, que los funcionarios judiciales o administrativos tienen que resolver los casos desprovistos de cualquier influencia "extraña" o "ilícita", solo debe recibir la influencia de su discrecionalidad funcional, basado en la Constitución y en la ley; de no ser así, se estaría configurando el delito de tráfico de influencia.

En la administración pública como organización duradera en el tiempo, sus integrantes pueden hacerse algunos favores al interior de la misma, claro siempre que ello no afecte el normal funcionamiento de la administración; estos comportamientos pueden ser tolerables por la sociedad, como conductas socialmente adecuadas; sin embargo, nos preguntamos lo siguiente: ¿En qué casos puede verse afectado la administración pública? Cuando pidiendo un favor (el interesado) el otro sujeto acepta (interceder ante un funcionario o servidor) realizar el favor al interior de la administración solicitando "algo a cambio" por ese favor, solicitando ilegalmente algunos de los medios corruptores descritos en el artículo 400° del Código penal: "donativo", "promesa", "ventaja" o "beneficio"; es ahí donde, a nuestro juicio, esa conducta que era en sus inicios tolerable socialmente (haciendo un favor), se convierte luego en intolerable socialmente (pidiendo medios corruptores).

En términos tradicionales, se ha entendido al delito de tráfico de influencias como un negocio en el cual una de la partes se compromete

con la otra, mediante pago, a influir sobre un funcionario público, en asuntos de su competencia, para obtener de este algún beneficio a favor de quien paga la influencia. Es un acuerdo de voluntades sobre un servicio que promete el traficante y por el cual recibe dinero, dádiva o promesa remunerativa. En el delito en comentario necesariamente concurren dos personas, pero solo uno responde penalmente como autor.

Asimismo, tenemos que por razones de política criminal, nuestro legislador ha criminalizado el delito de tráfico de influencias como un delito de peligro, toda vez que resultaba necesario anticipar la punibilidad a un estadio previo a los actos de cohecho o corrupción de funcionarios, reprimiéndose de esta manera desde la fase de preparación cualquier intento de inferencia en la función jurisdiccional y administrativa, sin que se exija la materialización efectiva del acuerdo entre el traficante y el interesado.[1101]

En consecuencia, no se ha considerado oportuno destipificar la "venta de humo" pues, desde una perspectiva de prevención general positiva, esta modalidad fraudulenta de tráfico mantiene importancia en el ámbito social. Así mismo se esclarece la idea de que el núcleo de la conducta es la solicitud o recepción de una ventaja a beneficio de cualquier orden, asociado con la "contraprestación" real o ideal del ofrecimiento de interceder ante el funcionario que haya conocido, conozca o vaya a conocer un asunto administrativo o judicial. La sesión temporal de estos dos actos no es regida: observando lo que señala Hurtado, los dos actos pueden ser sucesivos o simultáneos, lo importancia es que exista una conexión lógica entre ellos[1102].

Asimismo, quisiéramos señalar que el Proyecto de Código Penal del 2015, expedido por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso Nacional, en el artículo 587°, reprime el delito de tráfico de

---

[1101] SAN MARTÍN CASTRO, César / CARO CORIA, Dino Carlos / REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir*, Ed. Jurista, Lima, 2002, p. 27.

[1102] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

influencias pasivo, que resultaría toda una novedad en nuestro sistema penal. Lo reprime de la siguiente manera: "*1. El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, solicita, recibe, hace dar o prometer, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con inhabilitación conforme a los numerales 2,4 y 14 del artículo 42 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa; 2. Si el agente es un funcionario o servidor público, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, con inhabilitación no mayor de doce años conforme a los numerales 1, 2, 14 del artículo 42 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa*".

En esta misma línea de análisis en el artículo 588 del mismo Proyecto de Código penal también se reprime el delito de tráfico de influencias activo, que sería un símil a nuestro actual artículo 400° del Código penal. Así se encuentra redactada: "*El que, mediante cualquier modalidad, da o promete a un particular, funcionario o servidor público, en forma directa o indirecta, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido, para este o para un tercero, con la finalidad de que este en ejercicio de sus influencias reales o simuladas, interceda ante un funcionario o servidor público para que este realice, retarde u omita un acto relacionado a sus funciones, en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días multa*".

Rojas Vargas[1103] apunta a que el objeto de la tutela penal es el de preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública, específicamente en su ámbito jurisdiccional y de justicia

[1103] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administrativa pública*, 2007, Lima, p. 786.

administrativa, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descrédito con el comportamiento típico del agente.

Por su parte Abanto Vásquez[1104] sostiene que el bien jurídico no puede ser el "prestigio" o el "buen nombre" de la administración pública, ya que ella no responde a las exigencias de un Estado social y democrático y de Derecho. Y que más bien existe un atentado, aunque lejano, contra la *imparcialidad* del funcionario, el *carácter público* de la función y, en el supuesto de la "influencia simulada" el "patrimonio individual". Por ello, bajo "tráfico de influencias" se entenderá a continuación la oferta remunerada de influencia, o sea, el "puro" tráfico con influencias, el cual además es entendido como delito común. El tráfico con influencias ficticias deberá ser excluido porque, tal como considera correctamente la doctrina penal de los países expuestos, en realidad, constituye un delito contra el patrimonio (estafa)[1105].

Peña Cabrera Freyre observa que el "...bien jurídico protegido, constituye el normal desenvolvimiento de la administración pública, de conformidad a los parámetros de objetividad, imparcialidad e independencia de la actividad pública, de acuerdo con un criterio teleológico y hermenéutico a la vez; de identificación únicamente en el caso de la modalidad de la influencia "real", pues en la "simulada" no hay idoneidad alguna de poner en peligro la imparcialidad de la actuación funcional"[1106].

En esta misma línea ubicamos a Herrera Guerrero que nos dice: "...el bien jurídico protegido es la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones públicas dentro de un marco de un bien jurídico más general de correcto funcionamiento de la administración

---

[1104] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, pp. 524 y 525.

[1105] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública,* Lima, 2014, p. 815.

[1106] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal. Parte especial,* tomo V, Lima, 2010, p. 581.

pública"[1107] (...) "Si consideramos como bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la Administración pública en su vertiente de imparcialidad, advertimos que las influencias simuladas no pueden siquiera poner en peligro este bien en cuestión (...) La comisión de la segunda modalidad "influencias simuladas", no lesiona bien jurídico institucional alguno. Ante la ineficacia de las influencias, jamás existirá peligro –siquiera abstracto- para el funcionamiento de la Administración pública. Se trataría de un supuesto de "venta de humo", en el que el tercero interesado que "compra" las influencias es víctima de una "estafa"[1108].

Reaño Peschiera indica que "...el objeto de protección ha de concretarse en la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas, interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin duda este bien jurídico es tutelado a través de un delito de peligro abstracto en el que la criminalización del tráfico de influencias importa el adelantamiento de la barrera punitiva a un estadio previo a la lesión del bien jurídico, pues su consumación no exige la materialización de la intercesión".[1109]

Una posición amplia es la defendida por el Salinas Siccha cuando sostiene que el bien jurídico específico en el delito de tráfico de influencias, reales o simuladas, "...es el prestigio y buen nombre de la administración pública. No cabe obviarse que la conducta del traficante de invocar influencias reales o simuladas y ofrecerlas para solucionar

---

[1107] HERRERA GUERRERO, Mercedes; "*La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas*", en: Actualidad Penal, N° 26, Agosto, 2016, p. 138.

[1108] HERRERA GUERRERO; "*La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas*", cit., p. 138.

[1109] REAÑO PESCHIERA; *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "Caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿Comprador de humo, víctima o partícipe?*, cit., p. 294.

problemas judiciales o administrativos de terceros desacredita abiertamente el prestigio de la administración pública que no es otra cosa que el Estado mismo. Le desacreditan ante el conglomerado social hasta el punto que se pueden hacer creer al ciudadano de a pie que aquellos ámbitos de la administración pública solo funcionan por medios de actos de corrupción. Lo que es peor, se deja el mensaje que al interior de la administración pública trabajan funcionarios públicos corruptos, y por tanto, influenciables. En ambos supuestos, ya sea la influencia invocada por el agente real o simulada, la afectación al bien jurídico específico 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 afectación a la imagen de la administración es similar"[1110].

Debemos coincidir con lo expresado por el Profesor Rojas Vargas cuando dice lo siguiente: "Admitir que la imparcialidad o la objetividad de la administración constituyan el bien jurídico puntualmente protegido significará aceptar que el delito tiene naturaleza lesiva y no de peligro y, por otra parte, implicará identificarlo con el objeto específico de tutela de los delitos de cohecho pasivo y activo"[1111]. "Aceptar la imparcialidad como bien jurídico específico –apunta Rojas Vargas- del delito de tráfico de influencias implicará sobredimensionar innecesariamente la interpretación del tipo penal y la evaluación del supuesto de hecho con base a la influencia efectiva que en el caso sub examine habríase producido por acción de Vladimiro Montesinos, cuando ello es ya materia superflua para definir la consumación del delito incluso el título de participación por determinación o complicidad primaria que le han sido atribuidos sucesivamente, a lo largo del proceso penal al procesado".[1112]

[1110] SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2016, pp. 687-688.

[1111] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, 2012, Lima, p. 347.

[1112] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, 2012, Lima, p. 347.

Continúa Rojas Vargas diciendo que "la tesis del prestigio o buen nombre de la administración de justicia, en tanto ámbito o sector de la administración de justicia, o si se quiere su credibilidad, resulta a la lectura, a mi entender, más coherente y que concretiza el bien genérico normal o regular desenvolvimiento de la administración pública. La perturbación remota o lejana del bien jurídico específico como es fácil advertir, al producirse externamente a la administración pública, requiere de un cierto grado de divulgación de la calidad negociable de la administración pública puntual (ámbito preciso de la reparación publica bajo cuestión objeto del tráfico de influencias). Que en ello en realidad sea así o constituya una presentación burda e inexacta de la realidad brindada por la información que el traficante trasmite al interesado, es un dato irrelevante"[1113].

En el delito de tráfico de influencias, tal como está redactado en el Código penal, nos encontramos ante un tipo de los llamados *pluriofensivos,* con el que se trataría de proteger, no solo la transparencia e independencia de la función pública, sino también la situación de igualdad de los ciudadanos frente a esta. Asimismo es protegido el valor de la incorruptibilidad funcional, que resulta lesionada por el ejercicio de la acción del tráfico de influencias determinante de una resolución facilitadora por medio de un beneficio económico.

El Tribunal Constitucional con relación al objeto de protección del delito materia de comentario, ha dicho lo siguiente: *"Al respecto, desde el Derecho penal se ha entendido que la tipificación de actos de tráfico de influencias supone una* ***suerte de adelantamiento de la corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa*** *[SAN MAR-*

[1113] ROJAS VARGAS; Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, 2012, Lima, p. 347. Desde esta perspectiva, según este autor "Es muy difícil admitir, desde una perspectiva racional *ex ante* o *es post* que la influencia simulada pueda poseer eficacia para alterar o indisponer el bien jurídico genérico o especifico protegido con la norma penal que regula el delito de tráfico de influencias".

TÍN y otros. Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 27]. 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."*[1114]

Aunque, a nuestro juicio, la que mejor expresa con meridiana claridad en el objeto de protección penal en este delito, ha sido aquella Sentencia de fecha 21 de mayo 2007, expedido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, en el Exp. N° 06-2006 A V. (en el caso Eduardo Alberto Palacios Villa, Ponente, Dr. César San Martín), donde ha dicho lo siguiente: "con el funcionamiento de la administración pública, con la necesidad de que esta 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". En otras palabras, el principio de igualdad –como criterio rector dentro de un proceso judicial o administrativo principalmente– es la que mejor responde a los objetivos político-criminales y represivos del tráfico de influencias; porque mientras los defensores e interesados de la otra parte procesal del caso realizan sus reales esfuerzos dentro de los cauces naturales y obviamente legales-reglamentarios para convencer al funcionario o servidor que para decida sobre determinada manera (alcanzándole por ejemplo en la audiencia judicial programada la última tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema respecto del caso precisamente a decidir); el traficante, conjuntamente con el interesado muchas veces, utilizan mecanismos facilistas y conductas inapropiadas para "llegar" a dicho funcionario o servidor del caso (por ej. a sus familiares, cónyuges, amistades, etc.), y convencerlo de que falle o decida

[1114] Exp. 00017-2011 PI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 03 de mayo del 2012.

de determinada manera, obviamente a favor de sus intereses, con lo cual trastoca en menor medida la "imparcialidad y objetividad" de las decisiones funcionales respecto del caso, la "transparencia" en los procesos de la decisión funcional, o quizá también la "tranquilidad" en los procesos o fases de la formación progresiva de la decisión funcional, pero lo que definitivamente se lesiona de manera directa, de manera mucha más evidente y palpable es el correcto posicionamiento que deben tener todas las partes involucradas en un procedimiento judicial o administrativo (el principio constitucional de igualdad).

Respecto a las influencias simuladas y su legitimidad en su represión penal, en la Casación N.° 374-2015, LIMA, de fecha trece de noviembre de dos mil quince, Caso "Aurelio Pastor", en el Considerando Décimo quinto, se ha señalado lo siguiente: *"De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la administración pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la administración pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal (principio de* ultima ratio)".

Recientemente el Acuerdo Plenario N° 3-2015 de la Corte Suprema, respecto al tema de la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas, ha dicho en relación al bien jurídico en este delito, en el Considerando 14 lo siguiente: "(...) 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 es el prestigio y buen nombre de la administración pública (...)".; "(...) 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 pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva solo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el poder judicial y sus jueces".

Ya en el Considerando 16 y 17 del mencionado Acuerdo Plenario se analiza la legitimidad penal de las influencias simuladas: "(...) El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva ex ante en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública. (...) 17° "En consecuencia, 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. Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad". Con este pronunciamiento de carácter judicial vinculante están dado legitimidad de carácter lesivo[1115] a las conductas defraudatorias-simuladas por parte del traficante hacia el interesado en relación a la influencia, y se deja de lado el tema económico-patrimonial que podría ser afectado el interesado para ser ahora considerado como un tema de interés institucional-estatal.

[1115] Es más se ampara en el Considerando 13 de dicho Acuerdo Plenario, en el principio de lesividad para el caso de las influencias simuladas: "Un delito para ser tal debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal". cuya literalidad señala: "La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley" (...)".

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Descripción legal del artículo 400° del Código penal

Artículo vigente según el Decreto Legislativo N° 1243, publicada el ***22 de octubre 2016****, cuyo texto es el siguiente:*

> **"Artículo 400. Tráfico de influencias**
>
> *El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según 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 e 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".*

Evolución legislativa

Tráfico de influencias. Texto original del Código penal de 1991:

Artículo 400.*- El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa

o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal."

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 29703, publicada el ***10 junio 2011****, cuyo texto es el siguiente:*

"Artículo 400.- Tráfico de influencias

El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código penal.

Esta figura delictiva fue puesta de relieve con el Código penal de 1924 (como art. 353-A) por el Decreto Leg. de 12-06-1981; las fuentes legales extranjeras que influenciaron en el modelo peruano las podemos encontrar en los artículos 204, 346 de los códigos penales italiano de 1889 y 1930, respectivamente, en el artículo 147 del Código penal colombiano de 1980 y el artículo 404 bis c) del Código español de 1973.

Una fuente que merece resaltar es la legislación española que lo regula desde hace poco tiempo, a partir de la Ley de 1991 introdujo esta tipología delictiva, cuya sistematización es asumida en el Código de 1995, que se encuentra inserta en el Cap. VI (*"Del tráfico de influencias"*) del Tít. XIX (*"Delitos contra la administración pública"*), la incriminación se realiza de una manera amplia y profusa en los contornos

generales y específicos del delito de tráfico de influencias, que se pueden sintetizar en tipos legales del delito.

2.2. Legislación comparada

La técnica que empleó el legislador español, a diferencia del nuestro, es mucho más acorde para una correcta comprensión y aplicación de las normas penales. Permite pues, tener una mejor sistematización en la descripción de las conductas punibles, de acuerdo a la calidad del sujeto activo. El codificador español ha preferido separar la figura básica en dos tipos distintos según si el sujeto activo es un funcionario (*art. 428 influencia propia*) o cuando es un particular (*art. 429 influencia impropia*); solamente el tipo adicional del artículo 430 del Código español es similar al peruano.

El tipo delictivo se encuentra tipificado en el artículo 428 del C.P. de España (1995):

> **"Art. 428º del CP español:** *El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviese el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior".*

El delito del tráfico de influencias impropio, se encuentra tipificado de la siguiente manera:

> **Art. 429º del CP español:** *El que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con este o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para tercero,*

será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrá las penas en su mitad superior".

Esta modalidad delictiva constituye una contrapartida del delito de tráfico de influencias, pues la principal características es la ausencia de la cualidad de funcionario público en el sujeto activo, es decir estamos ante la presencia de un delito común. La presente infracción penal no se encuadra en el ámbito de los delitos consistentes en la infracción de especiales deberes jurídicos propios de los funcionarios. El beneficio económico proviene de la resolución funcionarial que se pretende obtener con el ejercicio de influencia sobre la autoridad, la obtención de tal beneficio solo se logra en virtud de la conducta de resolución debida a persona distinta del autor.

El delito de ofrecimiento de ejercer influencia ante funcionario público, se tipifica de la siguiente manera:

"Art. 430 del CP español: *Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año".*

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 18), que en el punto de tráfico de influencias, señala expresamente:

"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un benefi-

cio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido".

2.3. Sujeto activo

El artículo 400°, en el primer párrafo, establece que cualquier persona puede realizar la conducta, por lo tanto se trata de un sujeto activo indeterminado. En efecto, al cometerse en el ámbito privado, los sujetos del tráfico de influencias (traficante e interesado) siempre actúan desempeñando el rol básico de ciudadano, de modo que no ostentan un deber positivo de fomentar la correcta administración pública, sino que únicamente infringen el deber de abstenerse de lesionar la credibilidad que de la sociedad tiene al menos a nivel normativo en la imparcialidad y objetividad de la administración.[1116]

[1116] REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2009, p. 72. Por su parte: HURTADO POZO, José; *"Interpretación y aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias"*, en: Anuario de Derecho Penal 2005 Interpretación y Aplicación de la ley penal, Lima, p. 283 nos señala que: "Debido a la complejidad del tipo legal previsto en el art. 400, su colocación entre las disposiciones relativas a los delitos contra la administración pública no resulta muy coherente. Si se tiene en cuenta que estas infracciones se distinguen según sean cometidas por particulares o por funcionarios, no es claro por qué los comportamientos incriminados en el art. 400 han sido colocados en el segundo grupo, ya que según el texto legal pueden ser cometidos por cualquiera. Dicho de otra manera: en ninguna de las hipótesis contenidas en el art. 400 la comisión del delito supone la violación de un deber especial de función. Sin embargo, si se trata de un funcionario, este no debe actuar en el ejercicio de sus funciones, sino como un particular cualquiera; en caso contrario, incurrirá en un delito contra los deberes de función y, según las circunstancias, en concurso con lo previsto en el art. 400".

Esto confirma la posición que en algunos delitos contra la administración pública, no siempre el funcionario o servidor público estará como "autor" principal.

El artículo antes citado señala claramente que el autor de este delito es propiamente el traficante de influencias, quien como acto ejecutivo simplemente ofrece su intercesión ante un funcionario o servidor público invocando influencias, reales o simuladas, a cambio de lo cual recibe una ventaja u obtiene una promesa disimulada, la que no necesariamente ha de tener una connotación económica.

Como se puede advertir de la redacción típica del citado precepto penal, se está ante la presencia de un delito común, razón por la cual el tipo penal no exige que el sujeto activo ostente determinadas condiciones particulares o especiales, por lo que dicho ilícito puede ser cometido por cualquier persona. En este sentido, generalmente el tipo de lo injusto describe al autor de una manera indeterminada, empleando una fórmula neutra, el anónimo *"el que"* (por ejemplo, los delitos contenidos en los artículos 106°, 108°, 114°, 115°, 116°, 121°, 122°, y nuestro artículo 400° del Código penal, entre otros). Estos son los denominados delitos comunes, pues cualquiera los puede realizar.

Sin embargo, como veremos más adelante, el delito de tráfico de influencias cabe concluir –al menos provisionalmente– que atendiendo al sujeto activo como criterio clasificador y también a las características de la conducta típica, según se trata del primer párrafo o del segundo párrafo del artículo 400°, el tipo penal en cuestión es parcialmente "especial" pero también parcialmente "común".

La ratificación que este delito se trata de uno de naturaleza común o delitos de organización: (Art. 400, primer párrafo; CP), es la Resolución Judicial N| 03 de fecha 25 de marzo 2014, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. Nro. 00087-2013, Caso "Aurelio Pastor Valdivieso"): Considerando Décimo: "a. **Sujeto activo**: Puede ser cometido por cualquier persona y su intervención se sustenta en la *teoría de la intervención delictiva (injusto único de intervención delictiva»).* Tanto el autor como el partícipe ac-

ceden al tipo penal de la parte especial por el aporte al hecho principal común y la vinculación al injusto..."

2.4. Sujeto pasivo

Aquí debemos distinguir dos momentos de agravio: en primer lugar, el sujeto pasivo del delito (como titular del bien jurídico protegido), tanto en el primer párrafo como en el segundo, lo será genéricamente el Estado peruano; por otro lado, el sujeto pasivo de la acción lo será concretamente la institución pública (concretamente la administración pública en el plano de la justicia *jurisdiccional* y en el plano de la justicia *administrativa,* véase el artículo 401° del Código penal), al cual pertenece no el sujeto activo (porque es el traficante), sino aquel funcionario o servidor público el cual está siendo influenciado por el sujeto activo.

2.5. Conducta típica

Los factores comunes a todas estas hipótesis son los hechos de invocar influencias, ofrecer interceder ante un funcionario o servidor público y el objeto del delito ("cualquier ventaja"). Se distinguen por lo siguiente: a) las influencias son reales o simuladas; b) la ventaja es para el mismo autor o para un tercero; c) el funcionario sobre el que se influye conoce o ha conocido el caso; d) la índole de este último es judicial o administrativa[1117].

Entre estos factores intercambiables, dos juegan un papel decisivo: por un lado, el relativo a la naturaleza de las influencias (reales o simuladas); por otro, el referido a que el funcionario ante el cual el agente ofrece interceder esté conociendo el asunto o lo haya ya conocido.

Por la manera en que está redactado el texto se puede pensar, primero, que el agente invoque, reciba y, luego, ofrezca interceder; segundo, que invoque y que al recibir ofrezca interceder; tercero, que en un

[1117] HURTADO POZO; *"Interpretación y aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias"*, cit., p. 272.

mismo lapso –indistinta y estrechamente relacionados– se produzcan los tres actos. En todo caso, lo interesante por ahora es subrayar que la referencia al ofrecimiento de una ventaja permite atribuir al art. 400 el sentido amplio que proponemos: realización sucesiva o simultánea de los actos en cuestión[1118].

De la descripción típica se desprende que los sujetos activos estarían configurados por particulares, sin embargo, no queda absolutamente descartada la posibilidad de la autoría del delito también por funcionarios que, no concretando el tipo de tráfico de influencias propio del funcionario, se limitan a ejecutar la presente modalidad delictiva del ofrecimiento de influencia.

Es un tipo donde se prevén conductas mixtas alternativas que engloban todas las fases por las que atraviesa el intento de acuerdo entre el traficante y el particular; el tipo penal: "solicitar" y "aceptar".

2.6. Las influencias pueden ser "reales" o "simuladas"

2.6.1. Las influencias reales

Debemos recalcar que mediante el Artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el siguiente: Artículo 400.- Tráfico de influencias: "*El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, por el* ***ofrecimiento real*** *de interceder ante un funcionario o servidor público...*"

"Traficar" significa "comerciar, negociar con el dinero y las mercaderías, trocando, comprando o vendiendo, o con otros semejantes tratos". Por su parte, "influencia", es sinónimo de poder, autoridad, dominio, ascendiente, preponderancia o capacidad para determinar o modificar tendencias culturales, opiniones, actitudes, etc. Dejarse influir es sufrir la influencia de alguien y esta influencia constituye un poder para obtener algún resultado.

[1118] HURTADO POZO; "*Interpretación y splicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias*", cit., p. 280.

El núcleo de la acción consiste en influir, que según el Diccionario de la Real Academia significa: *"ejercer una persona o cosa predominio, o fuerza moral"*. La acción la constituye el comportamiento de "*influir*" un funcionario público, "prevaliéndose" del ejercicio de las facultades de su cargo –si es funcionario– o de cualquier otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este o con otro funcionario en la toma de decisión de este en asunto de su competencia.

Buompadre nos dice que la influencia "...es el predominio moral que se ejerce sobre otra persona que posibilita que esta actúe de determinada manera, pero en cualquier caso, debe estar orientada hacia la consecución de un fin determinado, o sea que el funcionario que se ha dejado influir haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones".[1119]

La acción consiste en "influir", entendiendo como tal la efectiva consecución de un cambio de decisión, una alteración de la voluntad de quien la sufre. Por "influir", según la Sentencia de la Sala 2da. Del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994, en el fundamento de derecho 5º señala que. "*la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de esta, que ha de ser un funcionario respecto de una decisión a tomar en el ejercicio del cargo, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis previo a la decisión.*

En otras palabras, las influencias son **reales**, que quiere decir que efectiva y realmente sean existentes, que verdaderamente el sujeto activo tenga el poder sobre la voluntad del funcionario público que ha de conceder el favor. En otras palabras, si el agente invoca influencias reales, significa que tiene la capacidad, es decir, el poder efectivo de influir sobre el funcionario; si, además, su ofrecimiento de interceder ante este es serio, se puede admitir que este comportamiento podría

---

[1119] BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Manual de Derecho penal. Parte especial,* Buenos Aires, 2012, p. 678.

afectar el funcionamiento de la administración pública, en particular si el funcionario o servidor público conoce el caso[1120].

2.6.2. El regreso de las influencias "simuladas" mediante la Ley N° 29758

Cabe destacar que el tipo penal de tráfico de influencias no exige el ejercicio efectivo de influencia sobre un funcionario público determinado, ya que de esperar hasta poder probar la influencia efectiva implicaría una demora innecesaria en la intervención penal que precisamente el legislador quiso evitar.

La influencia simulada, resulta difícil encontrar un bien jurídico concreto que pueda ser materia de protección; se resalta un supuesto de peligro muy remoto tanto para el patrimonio del particular (en el caso en que este acceda a comprar la influencia y el sujeto activo no cumpla su contraprestación) o para la imparcialidad del desempeño funcional (el funcionario público que se va a influir no tiene que conocer siquiera los tratos de los sujetos). Cabe hacer tres precisiones en torno a este supuesto:

- Lo que se sanciona aquí, no es el hecho de que se tenga las influencias, o de que se utilicen las mismas en un sentido reprochable, sino lo que se sanciona es el descrédito al cual se somete a la administración, cuando ante terceros se hace aparecer que basta con que el traficante ponga en movimiento sus influencias.
- Tipificar esta modalidad, llevaría a confusiones con el delito de estafa (art. 196 del CP), en la medida en que el sujeto activo estaría induciendo a error a otra persona, haciéndole creer que tiene unas influencias que en realidad no posee).
- Por último, las influencias pueden ser simuladas, mas no así el pacto o acuerdo que debe existir entre la víctima y victimario,

---

[1120] HURTADO POZO; *"Interpretación y aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias"*, cit., p. 287.

> que ha de ser real; como tampoco la persona sobre la cual, al menos de manera supuesta, se posee la influencia, que ha de existir. Solo siendo verdaderamente influenciable el funcionario público, habrá un verdadero pacto ilícito que agota el tráfico, de tal manera que lo que puede ser simulado es la influencia sobre ellos, pero no su propia existencia, pues que en este último evento lo que se configura sería una estafa.

Dentro de los avances y retrocesos a los que nos tiene acostumbrado el legislador, esto es, de acuerdo con la coyuntura política, el jueves 21 de julio de 2011 fue publicada en el diario oficial El Peruano la Ley 29758, norma que prácticamente ha permitido que la configuración típica del delito de tráfico de influencias regrese a su estado anterior, es decir, conforme se encontraba regulado mediante la Ley N° 28355[1121]. Siendo esto así, debemos establecer las siguientes conclusiones: la derogatoria del tráfico de influencias simulado o irreal, que era un reclamo casi unánime de la doctrina nacional en el sentido de no existir algún bien jurídico que proteger, esta modalidad delictual ha regresado a ser parte de nuestro ordenamiento jurídico penal, sin perjuicio de las críticas expuestas. El legislador ha vuelto a regular esta modalidad de tráfico de influencias[1122]. Por ello se afirma que la lesión económica y la frustración de expectativas que pueden sobrevenir al interesado, esto es, al sentirse estafado por el traficante, constituyen un costo que necesariamente tiene que asumir por haberse involucrado en la ilícita actividad de compra de influencias.

Por otro lado, si bien esta última configuración típica deja de lado la posibilidad de cometer un tráfico de influencias con la sola presencia del traficante, a través de la solicitud de cualquier tipo de

---

[1121] NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente; *"La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La vendita di fumo en el pacto sceleris"*, en Gaceta Penal, tomo 26, agosto, 2001, p. 19.

[1122] NÚÑEZ PÉREZ; *"La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La vendita di fumo en el pacto sceleris"*, cit., p. 19.

ventaja o beneficio que pueda realizar a favor del eventual interesado o beneficiario, tal posibilidad sigue siendo penalmente relevante por medio de las reglas de la parte general del Código penal que nos brinda la tentativa como una excepción a la regla que entiende que este delito siempre requiere una pareja criminal o ser convergente a pesar de existir crítica en la doctrina nacional por negar la existencia de tentativa en los actos preparatorios, que es propiamente la regulación del tráfico de influencias, ya que se ubica en el momento de la ejecución delictual, es decir, en un momento posterior a la etapa de la preparación delictual.

En este punto debemos tener en consideración lo normado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 18), en el punto de tráfico de influencias, señala expresamente la represión de las influencias supuestas. En efecto: *"Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o* ***supuesta...***"

2.6.3. La influencia tiene que ser ejercido mediante el verbo "invocar" o "tener la influencia"

La normativa legal nos señala dos modalidades: "*invocando*" o "*teniendo influencias*". Respecto a la primera modalidad debemos de mencionar que solo adquiere relevancia penal en la medida en que esta sea realizada mediante el uso de "invocar" determinada situación.

Invocar es anunciar, propalar que se tiene una determinada condición o calidad (que, en el caso que nos ocupa, ha de ser en relación con el funcionario que debe conceder el supuesto favor). En el delito de tráfico de influencias se elude textualmente al vocablo "invocando", lo que se conoce como "venta de humo", consistente en la "afirmación" o

la "atribución" de que el sujeto tendría capacidad de influir en un funcionario público, cualquiera que sea el origen de la influencia (amistad, parentesco, favores debidos, etc.).

La influencia presenta las siguientes características:

A) El tipo legal no exige que la influencia realmente exista, ya que se refiere a que la influencia puede ser real o simulada. Resulta totalmente discutible la influencia simulada, pues no se atenta verdaderamente el "correcto funcionamiento de la administración pública".

B) Nuestro tipo legal no exige el ejercicio efectivo de influencias sobre un funcionario público determinado.

C) La técnica utilizada en el tipo penal es un verbo rector de conducta positiva ("*invocar*").

D) No existirá invocación cuando el sujeto activo no ha afirmado tener las influencias sino simplemente se ha ofrecido a corromper a determinados funcionarios que ha acordado con el particular. Se presentará un supuesto de complicidad "cohecho activo" del *extraneus*, y si el sujeto no pensaba corromper al funcionario, sino apropiarse del dinero, se producirá una estafa.

Sin embargo, el término *"influir"* parece muy amplio pues parece abarcar conductas que objetivamente pueden considerarse ajustadas a usos sociales penalmente irrelevantes, vale decir, se tendría que interpretar la norma de acuerdo al carácter fragmentario y de "última ratio" del Derecho penal, que se centra en el concepto de *invocar.*

El término *invocando* debe ser comprendido, en consecuencia, teniendo en cuenta la particular manera como es utilizada por el legislador peruano: el gerundio del verbo *invocar.* Esta forma significa simultaneidad o anterioridad del hecho de invocar respecto al de recibir o hacerse prometer. Es decir, comunica a la acción verbal una dimensión de duración. Esto permite afirmar que la acción de invocar, por ejem-

plo, puede tener lugar con anterioridad, pero también puede darse de manera simultánea a la de recibir, hacer o prometer[1123].

En otras palabras, invocar influencias, en tanto acto dependiente del sujeto activo, es una exigencia objetiva de tipicidad que debe ser satisfecha para obtener el desencadenamiento de la conducta típica a través de una sucesión de actos que ejemplifican la relación causal entre la invocación de influencias y la materialización del medio corruptor[1124]. Se trata así de un componente que articula e integra la consulta típica. Si bien es cierto la sola invocación de influencias no adquiere relevancia penal en el caso de ser un hecho aislado o no unido en sucesión causal con los otros componentes del tipo penal en estudio, ello no es razón válida para que en vía de interpretación se le considere prescindible para dar cuenta de la tipicidad objetiva del delito de tráfico de influencias[1125].

Asimismo, invocar influencias sin efecto de trascendencia ulterior, es un modo de irrelevancia penal, ya que por sí sola no adquiere la condición de inicio de la conducta típica, asumiendo en dicho contexto el papel de un acto preparatorio. Así, por más que el traficante aduzca tener capacidad o posibilidad de orientar la conducta del funcionario, si dicha autoarrogación no encuentra recepción o eco en la persona interesada el acto carecerá de interés, al igual que en el caso de que encontrando eco no se llega a cerrar la negociación por la inexistencia de medio corruptor (supuesto de delito imposible)[1126].

Ahora bien, en la Casación N.° 374-2015, LIMA, de fecha trece de noviembre de dos mil quince, Caso "Aurelio Pastor", en el Consideran-

---

[1123] HURTADO POZO; *"Interpretación y aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias"*, cit., p. 279.

[1124] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, Lima, p. 350.

[1125] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, Lima, p.350.

[1126] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, Lima, p. 530.

do Décimo Tercero, se ha señalado que: *"Este verbo rector, de invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, las cuales consistirían en la afirmación o la atribución que el sujeto tendría la capacidad de influir en un funcionario público, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Estos ofrecimientos y los actos que derivan de ello, por máximas de la experiencia se realizan subrepticiamente, de forma clandestina no pública.*

Respecto a la segunda modalidad ("...tener la influencia"...) debemos de señalar que aquí el sujeto activo debe tener efectiva y materialmente la influencia que ha propalado hacia el interesado, es decir, debe conocer por ejemplo al funcionario que está llevando el caso judicial o administrativo; en el anterior supuesto el sujeto activo solo la invoca que tiene tal o cual influencia, aunque esta igual se castiga.

Ahora bien, debe quedar claro que según la Casación N.° 374-2015, LIMA, de fecha trece de noviembre de dos mil quince, Caso "Aurelio Pastor", en el Considerando Décimo Primero, ha señalado correctamente que la *ratio esendi* del delito en comentario se encuentra en la primera fase del tipo penal, es decir, está referida concretamente al pacto venal, a la compra-venta que realizan por una parte el interesado y, por otra parte, el traficante respecto a la influencia (real o simulada); por el contrario, el núcleo incriminatorio de este delito no se encuentra posteriormente, por ejemplo si el traficante fue o no al despacho del funcionario/servidor público, si hizo o no una determinada gestión dentro de lo que él se proponía realizar. Así: *"El tipo penal recogido en el primer párrafo del artículo cuatrocientos del Código penal sanciona a quien 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 conocerá, esté o conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra*

expresado con la frase "invocando influencias con el ofrecimiento de interceder", esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción[1127], *b) Las frases "recibir, hacer dar o prometer" configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) "Donativo, promesa o cualquier ventaja, son los medios corruptores. d) "Con el ofrecimiento de [...]" constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita*" (subrayado es del texto).

2.6.4. Objetos corruptores en el tráfico de influencias: donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio

El Artículo Único de la Ley N° 29758, publicado el 21 julio 2011, que modifica el artículo 400° (tráfico de influencias), prevé lo siguiente: "*El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero,* ***donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio...***"

El **donativo** es aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente activo[1128]. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan la misma idea: obsequio o regalo. Ahora bien, la pregunta que cabe realizar aquí sería: ¿Cuando hablamos de donativo nos estamos refiriendo a un "Contrato civil" o simplemente a una "estimulación externa indebida"? Es decir, si nos adherimos a la tesis de que el donativo debe tener una connotación legalista, en el senti-

---

[1127] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4.a ed., Grijley, Lima, 2007, p. 787.

[1128] HURTADO POZO; "*Interpretación y aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias*", cit., p. 284 "El término *donativo* está mal empleado, pues proviene del verbo *donar* que significa 'traspasar graciosamente a otro algo o el derecho que sobre ello tiene'. Por lo tanto, *donativo* significa 'Dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios'. En la disposición analizada, no se trata de ninguno de estos casos. El tercero no entrega gratuitamente al agente la cosa (en el caso de 'recibir'), sino como precio o retribución del ofrecimiento de interceder ante el funcionario o servidor público. Lo que debe retenerse es que el objeto materia del acto es algo de valor que beneficia a quien lo recibe".

do que si el sujeto activo –traficante– debe estar convencido que lo que está recibiendo por ejemplo deben ser billetes verdaderos por parte del interesado y no falsos, entonces aquí no habrá donativo de acuerdo a las normas del Código civil –no hay contenido patrimonial– por lo tanto no habrá medios corruptos y obviamente no habrá tipicidad del tráfico de influencias. En este punto ubicamos a Rojas Vargas para quien "El donativo en la fórmula legal, vinculado a los verbos rectores recibe o se hace dar o prometer, al igual que la promesa y la ventaja representa la contraprestación, el precio que el interesado tiene que pagar por el ofrecimiento de intercesión que corre a cargo del traficante. Su naturaleza es por definición patrimonial"[1129].

Por el contrario, si nos adherimos a la tesis de la "estimulación externa indebida", en la cual los billetes falsos han servido como evidente y causal estímulo externo hacia el traficante para que este se motive realizar la acción influyente hacia el funcionario o servidor público, entonces habrá donativo en términos materiales, y por tanto hablaremos de un medio corruptor.

Ahora bien, con relación al medio corruptor **"promesa"**[1130], tenemos que esta se pueda realizar tanto para el donativo, como también para la ventaja o beneficio. Peña Cabrera Freyre nos dice que prometer es "...asegurar, jurar a alguien la realización de un determinado even-

---

[1129] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, Lima, p. 352.

[1130] HURTADO POZO; *"Interpretación y aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias"*, cit., p. 284 "Tampoco es acertado el uso de la palabra *promesas* para designar el objeto del delito. En primer lugar, porque si bien se pueden recibir o hacer dar promesas, no es coherente, como ya lo hemos destacado, hablar de 'hacer prometer promesas'. En segundo lugar, porque no se indica el contenido de la promesa. Hay que pensar que se trata de promesas referentes a donativos o a cualquier otra ventaja. Esta incongruencia se debe a que el legislador se inspiró sin mayor reflexión en el Código penal colombiano e, indirectamente, en el italiano, en los que se hablaba de "hacer prometer", pero en referencia a dinero, dádivas u otra utilidad. Ignorar el término *promesas* no afecta la economía de la disposición; más bien, permite comprender mejor su sentido.

to, en este caso, el traficante de humos, logra que el comprador le prometa la entrega de un donativo, promesa, ventaja o beneficio; promesa, que debe ser seria, real, determinable y de posible concreción"[1131]. Rojas Vargas apunta que "la promesa revela su entidad corruptora dirigida hacia el futuro, cercano o mediato, debiendo ser posterior a la invocación de influencias. La promesa no posee entidad ontológica propia, pudiendo abarcar tanto la entrega de donativo como de alguna ventaja"[1132].

La promesa se trata de un "compromiso a futuro realizable materialmente", es decir, debe estar condicionado a su cumplimiento en términos racionales. Por ejemplo, el interesado promete al traficante que si hace la intercepción solicitada hacia un juez o fiscal el día de hoy, le regalará la siguiente semana unas hectáreas de terrenos que el interesado tiene en posesión; pueda ser que el interesado los tenga en litigio dichas hectáreas, pueda ser que no las tenga ni siquiera en real posesión, pero se configurará la "promesa" en los términos del Derecho penal, porque aquí nos adherimos a la tesis de la "estimulación externa indebida", claro tampoco habrá que aceptar cualquier tipo de promesa carente a nuestro juicio de sentido jurídico-penal, por ejemplo que el interesado le diga al traficante que tiene para donarle el Estadio Nacional de Lima a cambio de la influencia, y el traficante, de manera increíble, acepte tal oferta. Este supuesto le restaría credibilidad al verdadero contenido que debe poseer el concepto de donativo.

Finalmente nuestro Código penal prevé también como medios corruptores la **"ventaja"** y/o el **"beneficio".** La ventaja es un medio corruptor que directamente no posee entidad patrimonial pero puede y debe ser reconducida en términos patrimoniales. Cualquier otra ventaja, en cambio, cumple función subsidiaria en el marco de los medios corruptores, siendo un elemento abierto será llenado por el juez

---

[1131] PEÑA CABRERA FREYRE, tomo V, 2010, p. 594.

[1132] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, Lima, p. 352.

en el contexto de los fines de la tutela penal y el marco de los delitos de corrupción. La frase "cualquiera otra ventaja" posibilita entender también como medio corruptor las ventajas que no son propiamente de contenido pecuniario, pero pueden tener dicha significación por equiparación o representación[1133].

Tanto las ventajas como beneficios son medios subsidiarios en relación al donativo. Ahora bien, las ventajas pueden tomar distintas formas, así pueden ser laborales, políticas, o la siempre discutida ventaja "sentimental" (Caso Jaqueline Beltrán, aunque después las Salas Penales ya no aplicaron más este criterio). Por ejemplo, una *ventaja laboral* sería que el interesado diga al traficante que este tiene una gran empresa próspera y que firmará un contrato de trabajo para el mismo traficante o para su esposa, ya que el tipo penal reprime tanto si los medios corruptores son «para sí o para otro». Una *ventaja política* sería por ejemplo, si el interesado -que el dueño de un Partido Político de carácter nacional- diga al traficante que si lo ayuda a interceder a un juez sobre su caso, lo hará candidato al Congreso Nacional en las elecciones que se avecina (sería una promesa de ventaja).

2.6.5. Ofreciendo interceder ante un funcionario o servidor público

Aquí es donde mejor resalta la idea de que el tráfico de influencias es un ilícito de peligro, es un delito de resultado cortado en dos; pues el sujeto activo invoca las influencias ilícitas, sobre la base de algunos de los medios corruptores del artículo 400° del Código penal, para interceder ante un funcionario o servidor público, solo es necesario para efectos de la tipicidad, que el sujeto activo tenga esa finalidad específica, aunque en la realidad no se llega a concretar tal o cual influencia sobre el funcionario judicial o administrativo. El tipo penal en cuestión es clarísimo: "*...con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor...*"

[1133] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, Lima..

Entiéndase por ofrecimiento a una declaración de voluntad, en este caso del sujeto activo, de expectativa a futuro sobre una determinada gestión ante la administración pública. Solo basta a nuestro juicio, acreditar en el proceso penal, la invocación de influencias, los medios corruptores, y el ofrecimiento de interceder ante un funcionario judicial o administrativo, para perfeccionar el tipo penal en cuestión. Por ejemplo, el traficante, luego de haber arreglado con el interesado, lo intervienen policialmente en el preciso momento que se proponía ingresar al despacho del funcionario o servidor público, proponiéndole ilícitamente que resuelva el caso en determinado sentido.

En otras palabras, con la frase "*...con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor...*" marca un antes y un después en la tipicidad objetiva del tráfico de influencias. Se trata de un momento "antes" porque marca el presupuesto material y necesario para iniciar la tipicidad objetiva del tráfico de influencia; y marca un momento "después" porque solo constituye un presupuesto finalístico, pues solo interesa probar la finalidad específica del sujeto de interceder ante un funcionario judicial o administrativo.

El artículo 400 del Código penal prevé lo siguiente: "El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio 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...", como se puede observar es irrelevante si finalmente el traficante realizó o no la conducta de intercepción hacia el funcionario/servidor público, porque el tipo penal es clarísimo, es típico aun cuando el caso judicial o administrativo ya haya sido visto y fallado por dicho funcionario/servidor, o en todo caso, todavía no se lo han pasado, porque está en tránsito desde la Fiscalía para el Juzgado.

Ahora bien, tampoco es que la cuestión de la competencia del Derecho procesal, es decir, aquella que tiene que ver con la cuestión objetiva, funcional y territorial no se aplique aquí. Al menos debe

obtenerse por parte del traficante y también del interesado que tal o cual magistrado o servidor lo conocerá o lo está conociendo en una dependencia determinada, es decir, al menos se necesitaría la existencia de una competencia en términos mínimos pero creíbles, por ejemplo una problemática sería la siguiente: sería delito de tráfico de influencias tal como lo reprime el Código penal peruano, si el interesado (peruano) acude a un traficante-funcionario (peruano), en la cual llegan a un acuerdo ilícito los dos aquí en el Perú, para que el mencionado traficante influya a otro funcionario público que se encuentra en el extranjero, el mismo que resolverá el caso judicial (filiación paternal, por ejemplo) allá en el extranjero (en Argentina por ejemplo), y no sabe ni el interesado ni el traficante certeramente qué magistrado finalmente lo conocerá; es decir, no se tiene conocimiento de la competencia territorial (si el caso se llevará en Buenos Aires, Córdova, Mendoza, etc.).

La pregunta que nos hacemos sería la siguiente: cuando se habla que la administración pública es el objeto de tutela en este delito, ¿se está hablando dentro de la administración pública nacional o también se podrá extender fuera de ella? Entendemos que si lo que importa, desde el punto de vista del Código peruano, es el pacto venal que realizan los dos sujetos protagonistas del tráfico de influencias: "traficante" e "interesado", la compra-venta de influencias entre ambos sujetos, aun así no podemos cerrar la tipicidad total de este delito, ya que la referencia hacia un funcionario/servidor público competencial (atribuciones de competencia de acuerdo al sistema jurídico en este caso peruano) hacia a un caso judicial o administrativo faltaría, y creemos que no se podría castigar al traficante, al menos por el artículo 400° del Código penal porque no se estaría cumpliendo con la existencia mínima de la "competencia" en los términos de la administración nacional.

Por otro lado, como en todo delito de corrupción de funcionarios, el legislador patrio, no espera a que se realice efectivamente el acto funcional, por el cual el traficante ha influenciado en su momento; en ese sentido, el delito quedará consumado cuando se verifiquen los dos extremos de la tipicidad objetiva: en primer lugar, cuando el sujeto ac-

tivo "invoque" (se entiende para los sujetos interesados) las influencias reales o simuladas ante un funcionario o servidor público, hasta aquí se trataría de una conducta socialmente adecuada, atípica en términos penales; y en segundo lugar, se tendría que comprobar para efectos de la consumación, que el sujeto activo "recibe", "hace dar" o "prometer para sí o para otro" alguno de los medios corruptores: "donativo", "promesa", "ventaja" o "beneficio". Comprobado en el proceso penal estos dos extremos estaremos ante un tipo perfecto de consumación y no simplemente de un tipo imperfectamente realizado (tentativa), aunque en la realidad, no se verifique que el funcionario o servidor público haya realizado el acto funcional por el cual el traficante influenció. Por ello se dice, correctamente, que el tráfico de influencia se trata de un delito de peligro y no de resultado lesivo.

2.6.6. Se tiene que influenciar en un caso judicial o un caso administrativo

Para completar la tipicidad del delito en comentario, el traficante tiene que influenciar sobre un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso "judicial" o "administrativo".

- En el primer supuesto, se trata de casos que involucren procesos seguidos ante el Poder Judicial, en cualquiera de las instancias correspondientes (Jueces de Paz, Jueces de Paz Letrados, Jueces Especializados, Jueces Superiores o Jueces Supremos) o especialidades (Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Laborales, Constitucionales, etc.); se tiene que tratar de procesos judiciales en trámite o en giro, es decir, que no haya todavía un pronunciamiento sobre el fondo del caso, que es lo que finalmente busca el traficante –y el interesado– influenciar en el fondo del caso. Aunque puede darse alguna excepción: se puede traficar influencias sobre procesos judiciales fenecidos, que han terminado por cualquier motivo (por sentencia, por excepción, etc.) y que esté en la Oficina de Archivo de una Corte Superior.

- En segundo lugar, el artículo 400º señala "casos administrativos". Se trata, en otras palabras, de procesos o procedimientos seguidos ante la administración pública en cualquiera de sus instancias o niveles; es decir, procesos disciplinarios de control interno, procesos del Derecho administrativo sancionador, procesos administrativos seguidos ante la administración tributaria, aduanera, etc. La pregunta sería ¿Si una investigación preliminar en el viejo modelo procesal penal, o diligencias preliminares, en el nuevo modelo procesal penal, dirigidas ambos por el Ministerio Público, sería considerado como un caso "administrativo"? Si somos estrictos a la normativa vigente, concluimos que definitivamente una investigación fiscal no podría ser equiparada a una investigación de corte administrativo.

Esta conclusión también podría ser extendida a una investigación policial, porque en realidad esta depende funcionalmente del Ministerio Público. Entonces, si esto es así, si el traficante influye en un fiscal o un miembro policial, que está conociendo o haya conocido un caso "fiscal" o "policial", que todavía no está en sede jurisdiccional, ¿Comete delito de tráfico de influencia? El legislador penal nacional pensó que solo existían dos grandes procesos en el sistema jurídico, y se olvidó inconscientemente de los procesos pre-jurisdiccionales en materia penal: fiscales y/o policiales; y es que en realidad entre los mismos procesalistas en materia penal, no se han puesto de acuerdo sobre cuál es la naturaleza (pre-jurisdiccional o administrativa) de la investigación preliminar o diligencias preliminares, normadas por la Ley Orgánica del Ministerio Público y por el Código Procesal Penal de 2004, respectivamente. Como hemos dicho, no puede ser considerado como una investigación de corte administrativo, ya que eso sería admitir que dicha investigación sería normada o regida por la Ley General de Procedimientos Administrativos, lo cual rechazamos. En nuestro concepto, dicha investigación se trataría de tipo pre-jurisdiccional, y si esto es así, los actos de influencia que se realicen hacia un fiscal o un policía quedarían impunes desde el delito de tráfico de influencia.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo penal exige un comportamiento doloso en el sujeto activo. El dolo o componente subjetivo principal del delito comprende tanto el conocimiento que tiene el agente de cada uno de los componentes típicos objetivos y normativos.

El análisis del dolo, pese a su gran amplitud, sin embargo está limitado o circunscrito a los componentes que se hallan expresamente contenidos en el tipo penal de tráfico de influencia. En efecto, la presencia del dolo, abarcará no solamente el acto mismo de vender la influencia, sino también el compromiso de interceder en el futuro ante un funcionario público.

Hay que tener presente que si el beneficio económico, ni siquiera la resolución misma, constituyen un resultado incluido en el tipo, que se necesita para perfeccionar el tipo. Este delito opta por anticipar una vez más el marco de protección penal a la mera zona de peligro, y por tanto esos dos elementos: resolución y ulterior beneficio económico, operan tan solo como partes integrantes del *elemento subjetivo del injusto.*

4. GRADO DE DESARROLLO DEL DELITO

El delito de tráfico de influencias, por la forma en que está formulado en el Código penal, constituye un delito de mera actividad. La jurisprudencia penal ha señalado que *"El tráfico de influencias es un* ***delito de peligro abstracto,*** *para el cual es irrelevante que se verifique si se ha producido o no la influencia efectiva sobre los funcionarios públicos; basta que los intervinientes en el hecho punible tengan la capacidad material para perturbar los principios de imparcialidad y objetividad del funcionario que tiene conocimiento del caso judicial o administrativo, pues lo que se pretende es bloquear los comportamientos riesgosos de ataque o lesión a dichos bienes jurídicos institucionales"*[1134].

[1134] Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 00193-2012-9-1826-JR-PR-03, de fecha dieciocho de julio de dos mil trece. (las cursivas son nuestras).

En esta misma línea ubicamos el siguiente fallo judicial: "*...nos encontramos ante un* ***delito de peligro,*** *donde la influencia sobre el funcionario público no tiene que darse necesariamente para la consumación del delito. Por ello, (...) el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de intersección y de la resolución que se obtenga pierde significatividad [sic] sustantiva (...)* ***la puesta en peligro del bien jurídico se concretó con la invocación de influencias y el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación.***"[1135]

No es suficiente que la mera influencia alegada por el sujeto activo sea real o que el ofrecimiento que hizo para interceder en el caso sea efectivamente realizado. En ese sentido, el adelantamiento de la intervención penal que caracteriza a la tipificación del tráfico de influencias es necesario, pues, de lo contrario, habría que supeditar la sanción penal a la verificación de la intersección efectiva ante el funcionario público o la emisión del pronunciamiento influenciado. La realización de estos actos, posteriores al acuerdo entre traficantes de influencias e interesado, puede subsumirse en los tipos de cohecho activo y pasivo, siempre y cuando el medio corruptor consista en donativos, promesas y cualquier ventaja[1136].

Por ello, el tráfico de influencias debe considerarse consumado en el momento de conclusión del acuerdo de intercesión, esto es, cuando el interesado acepta el ofrecimiento del traficante y entrega la ventaja pactada como contraprestación, o bien promete entregársela, pues en dicho instante se defraudan las expectativas institucionalizadas en el precepto normativo[1137].

[1135] Exp. 00172-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima el 26 de abril de 2013 (las negritas son nuestras).

[1136] REAÑO PESCHIERA; *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "Caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿Comprador de humo, víctima o partícipe?*, cit., p. 292.

[1137] REAÑO PESCHIERA; *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, 2009, p. 71.

También puede hablarse de un acto preparatorio de cohecho o de tráfico de influencias. Desde luego, el ofrecimiento de influencias sobre la administración pública puede ser también en forma de competencia desleal en el ejercicio de la abogacía, aunque es justo reconocer que en la realidad los abogados más reputados y exitosos en sus gestiones para solucionar los conflictos judiciales o administrativos, son los que están más cercanos al poder y, por eso, tienen mayores posibilidades de influir o de interferir en sus decisiones.

5. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 400° C.P. POR RAZÓN DEL CARGO ESPECIAL DEL AUTOR

El 400°, segundo párrafo, del Código penal peruano, sanciona lo siguiente: "*Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código penal.*" Aquí el sujeto activo no es un particular como en el primer párrafo, sino se trata de un funcionario o servidor público, siempre desde la perspectiva del Derecho penal peruano (artículo 425°).

El agravante típico se sustenta en un mayor disvalor de la acción motivado por la calidad especial del sujeto activo, además porque está en mejor posición para poder influenciar ante otro funcionario o servidor público de igual, de mayor o de menor jerarquía. Es decir, tratándose de funcionario público o autoridad, no deberá tener en ningún caso el poder de decisión sobre el asunto concreto, puesto que es esta circunstancia lo que determina el acudir a su "influencia", para conseguir el beneficio perseguido.

Debemos aclarar que el funcionario o servidor público, para ser considerado autor del artículo 400°, debe estar totalmente desprovisto funcionalmente del caso judicial o administrativo; es decir, no debe haber conocido, o esté por conocer o esté efectivamente conociendo un caso judicial o administrativo, porque si es lo contrario, ya no estamos

en el terreno del tráfico de influencia sino del delito de cohecho (art. 393° y siguientes).

6. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICO-PENAL DEL SUJETO "INTERESADO" EN EL ARTÍCULO 400° DEL CÓDIGO PENAL

La intervención del sujeto interesado constituye un presupuesto indispensable, pero a la vez problemático, en el desarrollo del *iter criminis* del sujeto traficante. Decimos problemático porque de la lectura íntegra del artículo 400° no encontramos un supuesto de hecho, ni mucho menos sanción alguna a la conducta del interesado, quien en realidad, es el sujeto que inicia el proceso de ejecución delictiva, y que luego dicha conducta es receptada por el sujeto traficante, para canalizarse ante la administración pública. Al parecer, al legislador patrio le interesó únicamente sancionar la conducta del traficante y no así al sujeto interesado, quien de forma consciente y voluntaria solicita la intervención del sujeto traficante.

El tipo penal del art. 400 se ha "olvidado" de describir la conducta del "comprador de la influencia", desconociendo que el "tráfico de influencias", al igual que el "cohecho" y otros tipos penales (muerte a petición, aborto, usura, venta ilegal de reproducciones ilícitas, etc.), constituye un "delito plurisubjetivo" o "de participación necesaria", es decir, en el injusto penal el autor principal se da recién cuando es complementado con la conducta de otro (la víctima, el favorecido, un tercero). En el tráfico de influencias esta conducta se genera en la parte compradora, la cual, entonces, quedará casi siempre impune ya de *lege lata*.

La conducta del interesado es causalmente necesaria para todo el desarrollo posterior, pero a la vez, irrelevante desde la tipicidad objetiva del artículo 400° (algo parecido sucede con el delito de colusión simple o agravada del artículo 384° del Código penal, en función a la conducta del interesado con respecto a la colusión con el funcionario o servidor público). Decimos solo desde la tipicidad objetiva, porque si lo analizamos desde el contexto global de nuestro Código penal, di-

cha normativa punitiva, como es sabido, no solo está compuesta por normas que reprimen conductas delictivas (Parte especial o legislación complementaria), sino también por normas complementarias de carácter general, que llenarán algunos vacíos de la Parte especial, por ejemplo, en los procesos de ejecución para abarcar la tentativa, en las causas de atenuación o extinción de la acción o la responsabilidad penal, en el sistema de reacción penal y sus alternativas, y por supuesto en el tema de los sujetos intervinientes en el evento delictivo, específicamente en el rubro de la participación criminal.

En ese sentido, las únicas dos posibilidades concretas que encontramos dentro del Código penal, y que así lo ha establecido en su momento la doctrina especializada, es que el sujeto interesado sea considerado como **"inductor"** (artículo 24º del Código penal) o como "cómplice" (artículo 25º del Código penal). Con respecto a la primera posibilidad se tiene que verificar en el caso del art. 400, el análisis de si este funcionario puede actuar o no como instigador depende mucho de la manera en que se comprende la descripción del comportamiento contenida en dicha disposición.

El comportamiento delictivo está individualizado por los verbos *recibir, hacer dar o prometer,* y que la descripción del comportamiento delictivo en el tipo legal comprende también los casos en que los participantes necesarios (agente y tercero) actúan con simultaneidad, de modo que se influyen recíprocamente, luego podríamos afirmar que los hechos revestirían la forma de una negociación en la que, por ejemplo, quien está en posición de ejercer influencia sobre un órgano de la administración pública trata con la persona interesada en que se resuelva favorablemente para sí un caso judicial, y le sugiere que tal vez pueda interceder ante el juez que conoce el caso, ocasión en que ambos exponen lo que pueden hacer, uno para influir y el otro para compensar, hasta que logran ponerse de acuerdo, y concluye con la acción de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja. Vistas las cosas en esta perspectiva (diferente a la que se tiene cuando se trata de invocar influencias simuladas), se trataría, en buena cuenta, de un conjunto de actos destinados a torcer la marcha de la administración pública. La

coincidencia de las voluntades del agente y del tercero no se debe a que el agente persuade a este último a dar la ventaja, ni a un acuerdo previo propio de la participación en coautoría, sino a la influencia del tercero sobre el agente para que este se decida (instigación).[1138]

Velásquez Velásquez afirma que tampoco puede ser punido como inductor de un tráfico de influencias porque salvo que se incurra en un exabrupto dogmático y se desvertebren los fundamentos de la teoría del hecho punible, un agente no puede, coetáneamente ser víctima (incluso sujeto pasivo secundario) de la venta del humo y gestor de la idea criminal que desencadena la misma, máxime si al tenor del Art. 24 del C.P. ello implica la realización de un actuar doloso que determine a otro a obrar. Admitirlo sería incurrir en una *contradictio in adjecto* e implicaría desbordar todos los principios largamente elaborados por la doctrina penal en este ámbito los mismos que, por cierto, se desprende de los dispositivos de la parte general del C.P.[1139]

Que el sujeto interesado es quien haya tenido la intención de hacer nacer la idea delictiva en la cabeza del traficante, el inductor debe tener la capacidad de influenciar psicológicamente en el sujeto inducido, pero que al final este 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 este 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.

Velásquez Velásquez afirma que tampoco puede concebirse de manera simultánea al comprador del humo o interesado como cómplice

---

[1138] HURTADO POZO, *"Interpretación y aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias"*, cit., pp. 292 y 293.

[1139] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; Informe, incluido en NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika; *Delitos contra la administración pública*, tomo I, Lima, 2013, pp. 1312-1313.

del sujeto activo de la conducta típica de tráfico de influencias y como sujeto pasivo secundario y/o víctima por la razón de que es cómplice quien dolosamente presta un auxilio, ayuda, colaboración o asistencia, a otra persona, el autor acorde con el principio de accesoriedad que rige en esta materia para realización del hecho punible (Art. 25) esa doble calidad pues no puede concurrir[1140].

De la misma manera, cabe la posibilidad de que la conducta del interesado sea considerada como un cómplice del acto luego ejecutado por el traficante. La condición es que el sujeto interesado no haya persuadido psicológicamente en ningún momento al sujeto traficante, porque en este caso habría inducción. Ahora bien, la conducta del cómplice tiene que consistir concretamente en actos de colaboración eficaces y causales tendientes a la consecución del objetivo del traficante, cual es el de interceder ante la administración pública. Por ejemplo, el sujeto interesado presta su vehículo motorizado donde lo traslada varias veces al sujeto traficante, para que este 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.

Por otro lado, el Acuerdo Plenario N° 03-2015, sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas, niega la intervención de aquella persona que coadyuva, colabora a la realización de los actos de invocación por parte del interesado; solo aborda el único supuesto atendible, según los jueces supremos, en los actos de tráfico de influencia: la figura de la inducción, y quien normalmente el que inicia el proceso de influencia es el interesado. Así en el Considerando Décimo, se señala lo siguiente: *"Es por esta razón que la instiga-*

[1140] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; Informe, incluido en NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika; *Delitos contra la administración pública*, tomo I, Lima, 2013, pp. 1312-1313.

ción, entendida como una forma de intervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito (término empleado por el artículo 24º CP), se erige en la condición sin la cual el evento delictivo no habría tenido lugar. En otros términos, el instigador es quien, mediante su influjo psíquico, determina a otro a cometer un delito, de manera que de no existir tal influencia el ilícito no se cometería. En esa línea de argumentación debe precisarse que a la conducta del instigador debe ser posible imputarle objetivamente la determinación dolosa del instigado a cometer el delito. Por lo tanto, no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador debe ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador hacia al instigado, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo [Jakobs, Günther: Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, § 22, núm. marg. 22]. En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesoria que, por ende, únicamente es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, la actuación del tercero interesado se erige claramente en una instigación. La conducta típica del autor (es decir, el vendedor de las influencias) responde única y sustancialmente al influjo psicológico del tercero interesado, quien lo determina dolosamente a llevar a cabo el hecho principal consistente en ofertar las influencias con el fi n de favorecer a este último. Por lo tanto, siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso, permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado

exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriedad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias. En consecuencia, 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 este a cometer el delito. En este caso, como el "comprador solicitante de influencias" habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al "comprador o solicitante de influencias", pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor.

Continúa el citado Acuerdo Plenario N° 03-2015, en el Considerando 11, lo siguiente: *"En síntesis, el comprador solicitante de influencias, es decir, el interesado en el delito de tráfico de influencias, 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 psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.*

Siguiendo a Rojas Vargas, aplicar la institución jurídico-dogmática de la complicidad primaria al tipo penal del tráfico de influencias reporta insalvables dificultades si se tiene como referente al interesado. Quien deberá ser quien dé el aporte necesario y escaso. Conforme la jurisprudencia suprema en un marco hipotético cabe entender que cómplice primario en tráfico de influencias podría ser un tercero aje-

no al delito[1141]. Tanto por cuanto no participa en los actos ejecutivos como por que no está interesado en el resultado típico (la negociación concretada): así, quien informe al traficante potencial de la presencia de determinado litigante o persona necesitada de acciones de intercesión ante la administración de justicia, susceptible de pagar por la influencia o de dar u ofrecer ventaja. Más allá de este marco hipotético se torna inadmisible poder apreciar por parte del interesado el rol de un cómplice primario, máxime si nos detenemos a considerar que estamos ante un tipo penal de consumación anticipada, de simple actividad y de peligro abstracto[1142].

Por el contrario, la jurisprudencia de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, ha dicho que en: "*El tráfico de influencias es un delito de intervención necesaria y de encuentro, pues requiere la concurrencia de dos sujetos: el traficante y el interesado (aunque pueden concurrir otros intervinientes).* ***La complicidad es posible****. El sujeto interesado puede ser cómplice en este delito, pero para ello no solo debe aceptar la invocación de la influencia y el ofrecimiento de interceder por parte del traficante, sino que también debe comprar estos mediante un pago o promesa de donativo*".[1143]

[1141] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, Lima, 2012, p. 360.

[1142] ROJAS VARGAS, Fidel; *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario*, Lima, 2012, p. 362.

[1143] Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente N° 00193-2012-9-1826-JR-PR-03, de fecha dieciocho de julio de dos mil trece. (las cursivas son nuestras).

CAPÍTULO VIGÉSIMO TERCERO
EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO
ANÁLISIS JURÍDICO-DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los antecedentes del enriquecimiento injusto o sin causa se remontan ya en numerosos textos del Derecho Romano. En efecto, la *"condictio indebiti"* se concedía a quien había pagado por error una deuda; la *"condictio causa data, causa non secuta"*, procedía ante una prestación realizada con vistas a una causa futura que no se llevaba a efecto, como la promesa de dote o la constitución de esta en el supuesto de no realizarse el matrimonio; la *"condictio ob turpem et injustam causam"*, que permitía resarcirse en adquisiciones con causa inmoral o antijurídica; finalmente, la *"condictio sine causa"* constituía un remedio general frente a todos los casos de enriquecimiento injusto no amparados por algunas de las condiciones mencionadas[1144].

En el Derecho privado se le conoce como enriquecimiento injusto o sin causa, que es el logrado de manera ilícita o abusando de circunstancias personales o de otra especie en tratos o convenios. Aunque agravado por el proceder, su encuadramiento coincide, en los aspectos de ineficacia, con los del enriquecimiento sin causa; pero con posible adición de indemnizaciones por lo doloso, y hasta de penas por lo delictivo[1145]. El Código civil peruano, en el artículo 1954,

---

[1144] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30 Edición. Tomo III D-E. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 2008, pp. 512-513.

[1145] CABANELLAS DE TORRES, ob. cit., 2008, p. 512. Por otro lado, la figura del Enriquecimiento Sin Causa, previsto por los artículos 1954 y 1955 del

da una definición de enriquecimiento en sede del derecho privado: *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (C.I.C.C.), también recoge esta figura delictiva de enriquecimiento ilícito, señalando a la letra lo siguiente: *"Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan"*.

Nuestro máximo Tribunal Judicial, en relación al enriquecimiento ilícito ha dicho lo siguiente: *"De acuerdo al texto original del*

Código civil y el delito de enriquecimiento ilícito previsto por el artículo 401° del Código penal, son figuras de distinta naturaleza jurídica, aun cuando presentan en común algunas de sus características. En este sentido:

1. Tiene en común el hecho de que en ambos se produce un enriquecimiento.
2. En ambos casos el enriquecimiento puede haberse obtenido para sí o para tercero.
3. Ambos son antijurídicos, en el sentido de que el ordenamiento no los tolera dentro de su ámbito de protección y validez, habida cuenta de que no tienen una causa, razón o fundamento conforme al Derecho y a la funcionalidad de las instituciones judiciales.
4. En ambos, la infracción o violación de una norma específica así como el acto causante del enriquecimiento no quedan determinados, pudiendo ser de la más variada índole; y
5. En ambos se genera la correspondiente acción resarcitoria. (véase, en este sentido: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás; *Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, 2001, pp. 105-106).

artículo 401 del Código penal, constituyen elementos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito, los siguientes: i) incremento en el patrimonio del encausado que no se encuentre justificado lícitamente; ii) que exista un contraste ostensible entre el patrimonio económico ex ante y el patrimonio económico ex post del sujeto público, es decir, que el contraste sea excesivo, o notoriamente superior; iii) no se cumpla el deber de justificación por parte del agente del delito; iv) exista una relación funcional del enriquecimiento con el cargo; v) el agente actúe dolosamente"[1146].

El delito de enriquecimiento ilícito normalmente se ha entendido como aquel ilícito que sirve como "tapa agujeros" dentro del rubro de los delitos contra la corrupción de funcionarios públicos. Y probablemente esto tenga que ver con que no sea pura casualidad que la ubicación sistemática del delito de enriquecimiento ilícito en nuestro actual Código penal, esté ubicado en el último lugar en los delitos de corrupción, y así también han respetado dicha ubicación las sucesivas reformas legales que ha habido hasta la fecha, dando a entender que el delito de enriquecimiento ilícito es la comisión delictiva "genérica" de la corrupción de los funcionarios.

En el "enriquecimiento ilícito", ubicado también como delito de "corrupción de funcionarios", en cambio, resulta dudosa su vinculación con algún bien jurídico y menos aún con algún objeto de protección. Como ya se ha dicho antes, aunándose a voces críticas al respecto y en contra de la tendencia política coyuntural, no existe justificación alguna, desde las perspectivas de los principios del Derecho penal y de un estado de Derecho, para la existencia de un tipo penal que implique un "tipo de sospecha" (de un enriquecimiento debido a la comisión de otros delitos que no han podido probarse) y una inversión de la carga de la prueba (el acusado deberá probar la proveniencia lícita de los

[1146] Ejecutoria Suprema del 15/04/2009, R.N. N° 589-2008-LIMA VOCAL PONENTE: ROJAS MARAVI, Héctor Valentín, extraído de: Gaceta penal, tomo 21, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2011, p. 191.

bienes que llevan a un "desbalance patrimonial" entre sus ingresos regulares y su riqueza acumulada)[1147].

En suma, constituye una tarea compleja y difícil por parte del Estado, a través de los persecutores del delito, comprobar efectivamente que los aumentos patrimoniales de un funcionario o servidor público han tenido como causa su participación en la función pública, abusando del cargo que ostenta. A la luz del texto legal sancionado (artículo 401° del Código penal), queda la impresión de que el legislador peruano (a través de las sucesivas reformas legales) no hubiese tenido más remedio que acudir a la solución de punir a quien no acredite el origen del incremento patrimonial, como si interesara al Estado el cumplimiento del deber de justificar, cuando en verdad lo que desea castigar es el lucro de funcionarios públicos desleales.

La condición de funcionario público, que pone en conocimiento previo a todo aquel que va a asumir una función (advertencia de la ley previa) acerca de que no es esta la vía para hacerse rico ni guardar su patrimonio de la vista de los ciudadanos. No advertimos ningún inconveniente constitucional en que a los funcionarios públicos se les exijan determinados deberes como requisito previo y permanente, desde el inicio y durante el ejercicio de la función pública (y posterior vinculado a aquella)[1148].

Esto es, que si dentro del transcurso de la investigación penal llevado a cabo en contra de un funcionario involucrado en un delito por ejemplo de cohecho pasivo, y a la vez por delito de enriquecimiento ilícito, se llegara a determinar que no existen actos de pruebas directos que lo vinculen con los hechos investigados, pruebas

---

[1147] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública,* Lima, 2014, p. 751.

[1148] DE LUCA, Javier Augusto / LÓPEZ CASARIEGO, Julio E.; *"Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales".* Revista de Derecho Penal 2004-2. Revista de Derecho Penal - Delitos contra la Administración Pública – II. Dirigido por: Edgardo Alberto Donna. 1era. Ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 135.

que no generen convicción, entonces el órgano jurisdiccional puede condenar por el delito de enriquecimiento ilícito, y archivar por el delito de cohecho pasivo.

En tal sentido, el mensaje primario del legislador patrio es totalmente clarísimo con relación a la incriminación de esta figura delictiva: si no podemos procesar ni mucho menos condenar al autor por un delito de cohecho pasivo –propio o impropio–, porque quizá los mecanismos de ejecución y consumación del cohecho sean clandestinos, y hace que la persecución penal del Ministerio Público y la Policía Nacional sea un total fracaso; en consecuencia, las pesquisas de persecución tendrían que ir hacia otro norte: que el autor, o mejor dicho el funcionario público, en cuanto a los objetos corruptores que reciba o acepte, en algún lugar tendría que "guardarlos", en algún lugar de su patrimonio del funcionario, para ser más exactos.

En otras palabras, si no se puede "intervenir" eficazmente al funcionario o servidor público en el momento mismo cuando "acepta", "reciba" o "solicita" indebidamente algún medio corruptor, por ser de ejecución instantánea, de peligro abstracto (delito de cohecho pasivo); entonces la única alternativa racional es que se tendría que "intervenir" eficazmente en el patrimonio del funcionario o servidor público, que es el camino usual donde terminan algunos medios corruptores: invertido o guardado en su patrimonio, por eso, cuando existe un incremento patrimonial relevante del funcionario público, con respecto a sus ingresos legítimos, existirá un enriquecimiento jurídico-penal, de acuerdo a la tipicidad del artículo 401º del Código penal.

Resulta lógico pensar que todas las personas realicen determinadas labores, y por ello generen ganancias para ellos mismos o para sus seres queridos; sin embargo, lo que no se debe permitir en una sociedad, es que las personas reciban y adquieran ganancias de modo ilegítimo. En otras palabras, enriquecerse en sí no es un delito por cuanto es una aspiración de bienestar social de la persona, pero sí lo es cuando se da en forma ilícita, más aun tratándose de funcionarios o servidores públicos al servicio de la Nación, tal como lo prescribe nuestra Cons-

titución en su art. 39: *"Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación"*.

Aquí habría que diferenciar dos tipos de personas, pero a ambas el Derecho –y sobre todo el Derecho penal– lo prohíbe y lo sanciona severamente: en primer lugar, las personas comunes también están prohibidas de generar ganancias ilícitas, y para ello están algunos delitos: lavado de activos o blanqueo de capitales por ejemplo (el llamado delito de enriquecimiento ilícito cometido por particulares). En segundo lugar, se agrava aún más cuando se trata de aquellas personas que sirvan a la Nación por cualquier modalidad: ya sea porque administra y gerencia fondos o caudales públicos, ya sea porque opina o decide una controversia relevante, ya sea porque le toca defender los intereses contractuales del Estado, entre otras funciones.

Desde el punto de vista procesal, podemos señalar lo normado por el artículo 41º, de la Constitución Política del Perú, cuando señala, en el segundo párrafo, lo siguiente: *"Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial."* Es decir, que solo el máximo órgano de dirección del Ministerio Público –Fiscal de la Nación– tendrá dentro de sus facultades de orden constitucional, y luego de iniciada una investigación preliminar, si formaliza denuncia penal ante el Juez Penal de turno, en el marco del viejo modelo procesal penal; y si es el marco del nuevo modelo procesal penal, el Fiscal emitirá la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Con respecto al bien jurídico tutelado, el delito de enriquecimiento ilícito ha sufrido importantes transformaciones desde su incorporación por primera vez en nuestro país, a través del artículo 361-A del Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981, en el recordado y abrogado Código penal de 1924. Como es sabido, en dicho cuerpo legal el delito en cuestión se ubicó sistemáticamente dentro de los tipos penales que protegían el bien jurídico: "Administración de Justicia",

como una sub especie de los delitos contra la administración pública. En efecto, si bien el afectado es el propio Estado peruano, lo que se lesionaba eran las formas concretas de persecución que tienen las autoridades judiciales, fiscales y policiales de sancionar a aquellas personas que inescrupulosamente esconden su cuantioso patrimonio obtenido de manera indebida.

Ahora, con la entrada en vigencia del actual Código penal de 1991, el delito de enriquecimiento ilícito se ubicó dentro de los delitos contra la administración pública, pero ya no dentro de los delitos contra la administración de justicia, sino dentro de los delitos de corrupción cometidos por funcionarios. Demás está decir que el delito de enriquecimiento ilícito concretamente se trata de una forma de corrupción que cometen los funcionarios en contra del Estado peruano, semejante a los ilícitos de tráfico de influencias o cohecho pasivo o activo.

En líneas generales, el bien jurídico tutelado o protegido es garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminado jurídicamente a los funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de honradez, lealtad y servicio a la Nación. En este punto Inchausti sostiene que el propósito protector apunta a "preservar la ética del funcionario en cuya base está el respeto a los organismos del Estado", de plano debe descartarse que el objeto de tutela sea el patrimonio estatal[1149]. Señala, que es difícil encontrar un objeto del bien jurídico concretamente.

Por su parte, Rojas Vargas señala que: "El artículo 401º del Código penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando juridico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación. No es el patrimonio el punto de atención de la norma penal, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido

[1149] INCHAUSTI, M.A. *"Enriquecimiento ilícito de funcionarios"*, p. 38.

ilícitamente con los dineros del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo como dato material se concluya por la existencia objetiva del delito, sino la necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público".[1150] Para Abanto Vásquez "...hay un peligro abstracto en relación con todos los demás 'objetos' protegidos por los demás tipos penales: 'la imparcialidad del funcionario', el 'patrimonio de la administración', el 'carácter público de la función pública', etc."[1151]. Para Peña Cabrera Freyre "...de plano, debe descartarse que el objeto de tutela sea el patrimonio estatal, máxime cuando el enriquecimiento del funcionario público puede provenir –también–, de dinero de los particulares[1152]. Tampoco en el caso del enriquecimiento ilícito no se quiebra ni la imparcialidad ni la objetividad de la función pública".

Gálvez Villegas sostiene que "...es más adecuado considerar específicamente como bien jurídico u objeto de protección de este tipo penal, la funcionalidad, el prestigio, dignidad y confianza de la función pública, la que comprende a su vez, a la actuación de los agentes que la integran, pues, aun cuando la depositaria de la función pública es la administración en cuanto órgano o entidad, la función pública va ser ejercitada a través de sus integrantes, y por tanto, la actuación de estos será la que determine a fin de cuentas, el prestigio de la administración"[1153]. En este sentido, no será necesario que se afecte el patrimonio público, para que se configure el delito de enriquecimiento ilícito, pudiendo provenir los recursos materia del enriquecimiento de

---

[1150] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, 4ª edición-2007, Lima, p. 854.

[1151] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2003, p. 541.

[1152] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *Derecho penal. Parte especial*, Tomo V. Primera edición: Lima, 2010. IDEMSA, p. 622. En opinión de CARO CORIA, en dicho caso habría que admitir cuando menos una tutela potencial del patrimonio del Estado; *El delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 142.

[1153] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 116.

cualquier fuente patrimonial, sea pública o privada, nacional o extranjera, individual o colectiva, o de cualquier otra índole.[1154]

La jurisprudencia nacional ha dicho que "lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal 'administración pública', el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo o empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público".[1155]

En otro fallo judicial se ha señalado lo siguiente: "Que, el delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 401° del Código penal, protege la funcionalidad, prestigio, dignidad y confianza de la función pública, que comprende a su vez, la actuación de los agentes que la integran; dicho ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derechos o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como interpósita persona, o de extinción o disminución de pasivos que integran el patrimonio".[1156]

3. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU VERSIÓN ORIGINAL DE NO JUSTIFICACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO POR PARTE DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

Abanto Vásquez refiere que la redacción del tipo penal no puede ser más mala. En cuanto a su precisión, es muy inferior al tipo penal del C.P. de 1924, pues carece de elementos que especifican el contenido, ya de por sí dudoso, del injusto penal. Es dudosa la figura, pues no

---

[1154] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 117.

[1155] Ejecutoria Suprema del 16/05/2003, Exp. R.N .N° AV-09-2001-LIMA, extraído de: ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, IDEMSA, Lima, 2005, p. 352.

[1156] Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad N° 847-2006 del 19 de octubre de 2006. Fundamento 4°, (Caso Villanueva Ruesta y otros).

describe un "acto", sino una "situación" determinada que describe a un autor: el "enriquecido"[1157].

Rojas Vargas refiere que "...en la forma como está redactada la figura actual de enriquecimiento ilícito constituye una creación, por cierto no del todo afortunada, del legislador nacional. Construyéndose así un tipo extremadamente genérico, válido solo para casos significativos, que lo puede decir todo como también nada, que puede ser eludido fácilmente, de difícil probanza, o aplicado ideológicamente como mecanismo de persecución política[1158].

Por su parte, Nakasaki Servigón, sostiene que: "...pese a que en la fórmula legal se advierte que el delito consiste en un enriquecimiento ilícito, no existe en el tipo penal prevista una acción de forma específica (colisiona con el límite formal de la función punitiva del Estado, principio de legalidad). El enriquecimiento ilícito se tiene que delimitar recurriendo a la dogmática jurídica, la que permite establecer que este se daría, de verificarse un contraste o desbalance injustificado y ostensible en el patrimonio del agente comparado antes, durante y después de ser funcionario o servidor público".[1159]

Conforme a la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito desarrollada, este carece de la descripción de acción típica, lo que se explica si se considera que esta figura delictiva surgió para evitar que delitos contra la administración pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza.[1160]

[1157] ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, pp. 540-541.

[1158] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 836.

[1159] NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto; *Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria*, Lima, Perú, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, Revista N° 33, Fondo de Desarrollo Editorial Enero-Diciembre 2002.

[1160] El Derecho penal de Colombia y Argentina han influido en la incorporación a la legislación peruana del tipo de enriquecimiento ilícito por lo que resulta útil ver en ellos la causa de la creación de esta figura típica, siendo en ambos la misma; el contar con un supuesto típico que opere sin necesidad de demostrar la conducta ilícita realizada por el funcionario o servidor público mediante

Así, Soler[1161], Buompadre[1162], Sancinetti[1163], Donna[1164], Villada[1168],

---

la que se generó el patrimonio no justificado, bastando el determinar un desbalance patrimonial injustificado para aplicar el Derecho penal.

[1161] SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino,* p. 205, Buenos Aires, 1978. Este autor apunta que: "El problema que presenta el enriquecimiento de funcionarios en gran medida afinca en la dificultad de la prueba. En realidad, los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos: el cohecho, la exacción, la negociación incompatible, el peculado, el abuso de autoridad, la extorsión...El empleo de esa clase de mecanismos multiplica las dificultades probatorias ya en sí considerables en toda esa clase de delitos, y ello ha sido causa de que en numerosos antecedentes de la actual disposición se tienda a procurar una especie de delito presuntivo o se sospecha, o directamente se establezcan presunciones de culpabilidad...Para salvar esa dificultad, se ha dicho que lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial."

[1162] BUOMPADRE, Jorge E.; *Delitos contra la administración pública,* Mave Editor, Buenos, 2001, p. 339, nos dice que: "La corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto... Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes. Para salvar esa dificultad... lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial."

[1163] SANCINETTI, Marcelo A.; *El delito de enriquecimiento ilícito de Funcionario público*, 2° Edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 17 y 18, nos dice que: "... se inspiraron en el problema político criminal concreto y especialmente alarmante en Argentina y América Latina en general, de la frecuencia e intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (cohecho, malversación, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prevaricación), sin que resulte fácil determinar el hecho punible concreto, y mucho menos uno que pueda ser judicialmente 'comprobado'. Se pensó así que con la sanción de un texto legal que incriminara ya el dato fáctico de que el funcionario registrase un incremento patrimonial, sin que pudiera justificarlo por vía de los ingresos por él declarados, se haría 'fácil' probar el hecho delictivo... Inclusive en la actualidad se sostiene que el delito de 'enriquecimiento ilícito'... es el delito de corrupción más fácil de probar."

[1164] DONNA, Edgardo Alberto; ob. cit., p. 392: "Lo que sucede es que se sospecha que, detrás de la riqueza de un funcionario, hay otro delito y, como este no se puede probar, se invierte la carga de la prueba y con ellos e construye el tipo penal."

Erleans de Jesús Peña Ossa[1169], Parra Gutiérrez[1170]; y Gómez Méndez[1171] establecen que el fundamento del enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la administración pública

---

[1165] VILLADA, Jorge Luis; *Delitos contra la función pública*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 383, nos dice que: "El proyectista fundamentaba la creación de esta figura en la necesidad de limitar la corrupción inmoral de los funcionarios públicos a través de una conducta que aunque se presentaba indeterminada y antipática a la dogmática penal-constitucional, resolvía la dificultad práctica que se presentaba para probar muchos hechos concretos contra funcionarios públicos contenidos en el Código penal. Partía de la idea de que el enriquecimiento de un funcionario que no fuese probado que se realizó con corrección, se presumía ilícito."

[1166] PEÑA OSSA, Erleans de Jesús; *Delitos contra la administración pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, p. 201, nos dice que: "El enriquecimiento ilícito es un abuso de poder realizable ya por el abuso funcional, ora por el abuso del cargo, lo que implica que en la generalidad de los casos el acrecentamiento patrimonial es el resultado de uno o varios delitos contra la administración pública, de igual o distinta especie, pero del mismo género, que no pudieron ser demostrados en forma particular y concreta. En efecto, el enriquecimiento pudo provenir de un peculado por apropiación o de la comisión de muchos peculados, o pudo tener el origen en la comisión de peculados, cohechos, concusiones, o de cualquier otro delito de aquellos propios del servidor oficial y que representan utilidades o beneficios lucrativos... el enriquecimiento ilícito opera para impedir que por falta de demostración de uno o varios delitos cumplidos con abuso de poder, los mismos queden impunes."

[1167] PARRA GUTIÉRREZ, William René; *Delitos contra la administración pública*, p. 164, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1998. "El tipo penal del enriquecimiento ilícito constituye en últimas circunstancias la forma como el legislador le sale al paso al servidor público corrupto a quien no pudo probársele la comisión de otro delito contra la administración pública susceptible de enriquecer su patrimonio."

[1168] GÓMEZ MÉNDEZ Alfonso; *Delitos contra la administración pública*, pp. 254 y 255, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2000. "Es decir, que si se demuestra que un empleado oficial se enriqueció injustificadamente por razón de su cargo o de las funciones propias de este, pero la prueba no permite establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un peculado, de un cohecho, de una concusión, etc., habría necesidad de absolverlo si no existiera en el Código la figura del enriquecimiento ilícito, concebida precisamente para suplir esta falta de precisión probatoria. Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el

cometidos por funcionarios o servidores públicos por dificultades probatorias; en efecto ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió su acumulación, se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito que se utilizaría precisamente en los casos en los que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito opera cuando se trata de un funcionario o servidor público **al que no se le ha podido probar que haya cometido delito contra la administración pública**, pero sí se demuestra el incremento patrimonial no justificado significativo que se presume el mismo produjo.[1169]

El tipo penal de enriquecimiento ilícito se creó frente a un problema probatorio que se presentaba en los procesos penales cuyo objeto era determinar los delitos cometidos por los funcionarios públicos. En las causas judiciales se llegaba a determinar la existencia de un patrimonio no justificado con los ingresos regulares del funcionario público, pero no así la actividad delictiva que habría desarrollado para obtener el patrimonio.

Como solución político criminal a este problema de "prueba diabólica" se elaboró un tipo penal en el que el acto de corrupción no

---

producto del peculado, de un cohecho, pues obviamente al empleado oficial se le condenará por el peculado, o por el cohecho, o por el delito contra la administración pública que con precisión se hubiese establecido."

[1169] Proyecto de Ley, presentado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, señala que: *"Se deja de lado además el criterio excesivo de considerarlo como una conducta de no justificación del incremento patrimonial, como sucede en la legislación argentina, pues esta postura genera la idea absurda de que se transfiera la carga de la prueba al imputado, a favor del Ministerio Público. Asimismo, se ha suprimido la pena conjunta de la inhabilitación, pues esta consecuencia ya está prevista en el artículo 426 que comprende a todos los tipos penales de la sección donde se encuentran el enriquecimiento ilícito".*

requiere de demostración, pues el ilícito penal se configura con la verificación del efecto de la corrupción; la acción delictiva de enriquecimiento ilícito se materializa con la sola existencia de un patrimonio no justificado por los ingresos del funcionario público, reiteramos, no requiere de la comprobación del delito contra la administración pública, delito común, o falta administrativa que generó el patrimonio injustificado.

Conforme a la estructura típica del artículo 401º, el patrimonio injustificado del funcionario público, es decir el enriquecimiento ilícito, puede ser consecuencia del cohecho pasivo propio o impropio, con el cual se verifica a continuación la desproporción de la reacción penal en este caso.

Así se tiene el ejemplo de un juez que incurre en corrupción al juzgar penalmente a las personas, pues luego de verificar que técnica y legalmente corresponde absolver de la acusación a los procesados, acepta de los mismos una dádiva por cumplir su deber de función, acumulando así propiedades inmuebles que no tienen justificación con su remuneración de magistrado, que es su único ingreso legal; descubierto el juez es sometido a causa penal en la cual se podría dar la siguiente situación inconstitucional: si en el proceso penal luego de haber detectado el desbalance patrimonial injustificado se demuestra además el cohecho pasivo impropio continuado que permitió acumular los bienes, se le sancionará con una pena máxima de 4 años de privación de la libertad conforme al artículo 394 del Código penal; en cambio sí en el proceso penal no se llega a comprobar toda la acción de corrupción, sino tan solo el patrimonio injustificado mas no así el cohecho pasivo con el que se logró, se le sancionará con una pena máxima de 10 años de privación de la libertad. Es decir, que si se descubre el delito que permitió adquirir el patrimonio injustificado la reacción penal será menor que si no se descubre, pues en este último caso, siguiendo el ejemplo, al no probarse el cohecho pasivo se condenaría al juez por enriquecimiento ilícito.

4. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN EL PERÚ DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Debemos tener en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 20), en el punto de *Enriquecimiento ilícito*, señala expresamente:

> *"Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él".*

El enriquecimiento ilícito como tal viene a ser una figura delictiva, legislado en nuestro país a través del artículo 401 del actual Código penal, teniendo su trayectoria jurídica en Latinoamérica, específicamente en Argentina y Colombia.

Hugo Álvarez[1170] señala que el antecedente legislativo más remoto del tipo de enriquecimiento ilícito en el Perú, lo constituye el artículo 361°-A del Código penal peruano derogado de 1924, incorporado a nuestro ordenamiento penal por Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981, que tipificó por primera vez como el delito enriquecimiento ilícito. Sobre este punto, señala Hugo Álvarez, que la incorporación de la citada norma del Código penal de 1924, como lo sostienen otros autores, entre ellos Caro Coria, no se hizo en función o por mandato constitucional contenido en el artículo 62° de la Constitución Política del Estado de 1979 (hoy abrogado); sino en razones estrictamente de política-criminal, por cierto muy cuestionables[1171]. Resalta además

---

[1170] HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos,* 1ra. Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 93.

[1171] CARO CORIA, Dino. Obra citada.

que dicho delito no fue contemplado como hecho punible en el primer Código penal peruano del año 1863, tampoco primigeniamente en el Código penal derogado de 1924; fue a posteriori, es decir, incorporado a través del artículo 361°-A por el Decreto Legislativo N° 121 de fecha 30.10.1981.

5. DESCRIPCIÓN LEGAL: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

El presente artículo ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1243 el 22 octubre 2016, cuyo texto es el siguiente:

> *"**Artículo 401. Enriquecimiento ilícito***
>
> *El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*
>
> *Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*
>
> *Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita."*

La evolución legislativa del delito de enriquecimiento ilícito tiene el siguiente itinerario:

5.1. El Texto original del Código penal de 1991

El Texto original del Código penal de 1991 reguló el delito en comentario, de forma muy escueta, en el Artículo 401°, bajo los siguientes términos:

> *"El funcionario o servidor público que, por su razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años".*

De la descripción típica se pueden extraer tres elementos "objetivos" puntuales: a) que sea realizado por un funcionario o servidor público; b) que se enriquezca indebidamente; c) y que dicho enriquecimiento sea en el marco de su cargo funcional; dejando todo el resto de la tipicidad penal a la interpretación doctrinal y jurisprudencial. Lo que sí llamó la atención es la gravedad de la pena conminada, pese a su vaguedad en la descripción de la conducta típica: no menor de cinco ni mayor de diez años, solo parecido al delito de homicidio simple, del artículo 106° del Código penal, que tiene una descripción también escueta, pero con una pena importante: de seis a veinte años de pena privativa de libertad.

5.2. Primera modificación: Ley N° 27482, con fecha 15-06-2001

La primera modificación del delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401°) sucedió a través de la Ley N° 27482, con fecha 15-06-2001, la misma que modificó el texto de la siguiente manera:

> *"El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.*
>
> *Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y renta, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".*

Como puede verse, se siguió conservando la misma descripción legal con la misma pena conminada. Sin embargo, lo más resaltante es la incorporación del segundo párrafo en el artículo 401° del Código penal, que tiene que ver con los indicios de enriquecimiento ilícito del funcionario. Se trata, en consecuencia, de un "indicio tasado" en la forma de cómo se debe entender, según la ley, el término enriquecimiento indebido.

5.3. Segunda modificación: Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004

La segunda modificación al delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401°) se produjo a través del artículo 1° de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, en el Diario Oficial "El Peruano", la misma que ha quedado descrito de la siguiente manera:

> *"El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código penal.*
>
> *Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.*
>
> *Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".*

En la descripción típica básica se observa algún cambio, ahora se precisa la conducta típica del funcionario ("...*ilícitamente incrementa*

su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente..."), y se conserva la misma pena privativa de libertad que estaba anteriormente, anexando por primera en este delito la pena de inhabilitación ("*...no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código penal.*")

Ahora bien, lo más relevante es que se incorpora, por primera vez, un segundo párrafo del artículo 401º del Código penal, que tiene que ver con una circunstancia agravante específica en el sentido que el autor sea aquel funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional.

5.4. El Anteproyecto del Código penal peruano (2008-2010), presentado por la Comisión Especial del Congreso de la República, Revisora del Código penal

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010) [1172], en el Título XVIII, "Delitos contra la Administración Pública", en el Capítulo II, sanciona, bajo el rubro "Corrupción de funcionarios", el delito de enriquecimiento ilícito (artículo 456º) , bajo los siguientes términos:

> *"El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del artículo 35 del Código penal.*

[1172] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 189.

Si el agente es un funcionario que haya ocupado la alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1,2 3 y 8 del artículo 35 del Código Penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

A través de la Ley N° 29758 de fecha 21-07-2011, el artículo 401° del Código penal, el texto vigente quedó de la siguiente manera:

"El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier causa lícita".

Decomiso

"**Artículo 401 A.-** En todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25489, publicado el 10-05-1992.

Adjudicación al Estado de bienes decomisados

"**Artículo 401-B.-** Los bienes decomisados e incautados durante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia; el que los asignará para su uso en servicio oficial o del Poder Judicial y el Ministerio Público, en su caso, bajo responsabilidad.

De dictarse sentencia judicial absolutoria se dispondrá la devolución del bien a su propietario.

Los bienes decomisados o incautados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos. Aquellos bienes que no sirvan para este fin serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingresos del Tesoro Público. (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Ley N° 25489, publicado el 10-05-1992

5.5. Legislación penal comparada

5.5.1. Colombia[1173]

Frente al enriquecimiento ilícito del servidor público, el Código penal de 2000 en su artículo 412° establece lo siguiente: ***Enriquecimiento ilícito.***

[1173] GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código penal de 2000,* 2da. Edición, Editorial Cordillera S. A. C., Lima, 2004, p. 385. señala que en el Código penal de 1936 no se contemplaba norma alguna que, independientemente de los tradicionales delitos contra la administración pública, permitiera sancionar el enriquecimiento indebido para parte de los funcionarios del Estado. El Estatuto Penal de 1936 solo se ocupaba, como figura próxima, de las denominada "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas" (art. 167°); con la cual se indica que la figura en estudio no existía en el estatuto punitivo. El anteproyecto de 1974, artículo 171°, describió por vez primera el comportamiento en los términos siguientes: *"El funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga para sí o para un tercero un incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio del cargo, incurrirá en prisión de 1 a 8 años y multa de 1,000 a 500,000 pesos"*. La conducta consistía entonces en obtener incremento patrimonial no justificado, complementando por la circunstancia de tiempo, en el sentido de que el hecho era punible si el indebido incremento ocurría "durante el ejercicio del cargo".

"El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 6 a 10 años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento, sin que supere el equivalente de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 6 a 10 años".

5.5.2. Argentina

En el Código penal argentino, en el Capítulo XII, se regula el delito de enriquecimiento ilícito, en el artículo 275°, bajo los siguientes términos:

"Comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia.

Para determinar el enriquecimiento del servidor público, se tomarán en cuenta los bienes a su nombre y aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, además de lo que a este respecto disponga la legislación sobre responsabilidades de los servidores públicos.

Al servidor público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito, se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y el momento en que se comete el delito, se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo antes anotado, se impondrán de dos a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa".

6. TIPICIDAD OBJETIVA

Como cuestión preliminar podemos señalar que un comportamiento es típico[1174], constituye el primer esfuerzo analítico, de una

[1174] Esto es una consecuencia del principio de legalidad constitucional, reproducido en el Título Preliminar del Código penal, en el supuesto fáctico deberán

serie de valoraciones ulteriores (antijuridicidad, culpabilidad, necesidad de pena), exigido por la teoría general del delito, de afirmación positiva acerca de la presencia de la comisión de un ilícito penal, que repercute directamente en temas de autoría y/o participación con base en la conducta típica.

6.1. Sujeto activo

En el primer párrafo del artículo 401°, solo serán considerados autores los funcionarios o servidores públicos, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 425° del Código penal.

En tal sentido, el delito de enriquecimiento ilícito, tanto en la Convención Interamericana contra la Corrupción como en el Código penal peruano, está previsto como delito especial propio, o mejor dicho, se trata de un delito de infracción del deber.[1175]

---

concretarse las vinculaciones de correspondencia que requiere el tipo legal, de modo que en forma clara y expresa la conducta y todos sus elementos periféricos se hallen contenidos en la redacción formal que establece el delito. Uno de los riesgos que el análisis constitucional de tipicidad tiene que superar es aquella propensión, que en determinados casos y en cierta medida se aprecia en los órganos calificadores de delito, de efectuar tipificaciones que rebasan los límites de la tipicidad, practicando interpretaciones extensivas no razonables o incurriendo en analogía *in malam partem* para calificar el delito, lo que se aprecia mayormente en ilícitos que merecen una alta sensibilidad social como el caso de los delitos funcionariales, en el caso específico de los delitos de enriquecimiento ilícito, que se trata de un ilícito tan sensible negativamente en la población.

[1175] Véase, en este sentido: GÁLVEZ VILLEGAS, 2001, p. 151: "En este sentido se considerará que el enriquecimiento es ilícito cuando infrinja una norma concreta del ordenamiento jurídico en general, se trate de una norma penal o de una norma administrativa (en este último caso cuando hay violación de una norma penal). En el caso de los delitos contra la administración pública, o específicamente del delito de enriquecimiento ilícito, las normas a tenerse en cuenta serán las normas administrativas relacionadas con los deberes, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos, o las normas penales protectoras de la administración pública, contenidas en el propio Código penal o en una ley penal especial".

6.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo del delito será el Estado peruano, a través de la administración pública.

6.3. Conducta típica

Los elementos objetivos del delito de enriquecimiento son los siguientes:

6.3.1. Sobre el término "enriquecimiento"

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el significado de la palabra: "enriquecimiento" es el *obtenido con injusticia y en daño de otro, se considera ilícito e ineficaz en derecho*[1176]. La Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 ofreció una pauta en esta difícil labor de tener que completar el tipo penal vía interpretación de sus ambiguos componentes gramaticales: pues tenía que tratarse de un incremento de significativo exceso respecto a los ingresos legítimos del funcionario durante el ejercicio de sus funciones y este no pueda ser justificado por el agente (artículo IX)[1177]. La Convención de las Naciones Unidas de 2003 se limitó a reproducir la redacción anterior y el aspecto de "cometer intencionalmente".

Tenemos que advertir que la fórmula legal empleada por la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 resulta más precisa que la utilizada por la legislación penal nacional. En efecto, el Código penal peruano no define, salvo en el tercer párrafo del artículo 401°, el enriquecimiento ilícito del funcionario; es decir, no ofrece parámetros objetivos para determinar cuándo existe enriquecimiento ilícito por parte del funcionario o servidor público. En cambio, la

---

[1176] Diccionario de la Real Academia Española- Vigésima segunda edición 2010.

[1177] La CICC, en su artículo IX prevé la figura del enriquecimiento ilícito en los siguientes términos: *"El incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él."*

Convención Interamericana contra la Corrupción ha precisado algunos criterios para la verificación específica de este delito, y dichos criterios son:

a) Que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público.
b) Que este incremento patrimonial resulte excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones.
c) Que no pueda ser razonablemente justificado por el funcionario público.

Una nueva visión normativa del enriquecimiento ilícito, donde ya no es *per se* el enriquecimiento el objeto de punición, sino el "incremento patrimonial", advirtiéndose la construcción de una tipificación de naturaleza "contable", empleada en la legislación tributaria, en el entendido del *incremento patrimonial como base indiciaria*, el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas; de manera que la hipótesis de incriminación ha de partir de una confrontación del patrimonio real que ostenta el funcionario con la Declaración Jurada de bienes y rentas[1178].

El acrecentamiento o incremento del patrimonio económico de una persona, puede ser establecido tomando en cuenta dos indicadores principales; un primer referente circunscrito al ámbito temporal y de-

[1178] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; *Derecho penal. Parte especial.* Tomo V. Primera edición: Lima, 2010, p. 629. SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública,* Segunda Edición. Editorial Grijley E.I.R.L. Lima-Perú, 2011, pp. 612-613, señala que: "Este incremento se manifiesta cuando se verifica marcada diferencia con los ingresos legítimos que tiene aquel por el cargo de funcionario o servidor público. Por ejemplo, estaremos ante este elemento objetivo cuando el sujeto público que no desarrolla otra actividad declarada en un año tiene como ingresos por todo concepto 50,000, sin embargo, en ese mismo periodo se verifica que ha tenido como gastos personales, la suma de 80,000. El incremento es evidente incluso considerando que utilizo todos sus ingresos en gastos personales o familiares. En el ejemplo tendría un incremento de 30,000".

finido por la situación ex ante al proceso de incremento y la situación ex post de correlato o efecto de dicho proceso, y por un segundo referente relacionado a la conceptualización social promedio del estado de riqueza (es decir, del monto) y de la noción de enriquecimiento[1179].

El aspecto relevante de todo esto, desde el punto de vista adjetivo, sea la realización de una pericia especializada de corte contable dentro del proceso penal, y como tal la pericia contable debe centrarse en el patrimonio del procesado por enriquecimiento ilícito siendo irrelevante el perjuicio económico causado a la entidad estatal[1180]; y en ese sentido, debe establecerse mediante cálculos específicos el incremento patrimonial en el delito de enriquecimiento ilícito[1181].

[1179] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 843.

[1180] Así, la Ejecutoria Suprema del 28/05/2009, R.N. N° 4923-2007-AREQUIPA VOCAL PONENTE: NEYRA FLORES, José Antonio, Gaceta penal, tomo 26, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2011, p. 163, que señala lo siguiente: *"Si bien la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, al declarar nula la sentencia ordenó, entre otras cosas, se realice en el nuevo juicio oral la pericia contable con el objeto de determinar el desbalance o desmedro económico sufrido por la entidad perjudicada, también lo es que para el esclarecimiento de los hechos materia de la presente investigación, resulta necesaria la pericia contable respecto al patrimonio de los encausados en el periodo de imputación, a efectos de establecer con certeza si tenían la capacidad económica suficiente o necesaria para adquirir los inmuebles materia de cuestionamiento, debiéndose determinar en dicha pericia, las fechas en que fueron adquiridas las propiedades, los pagos realizados y por cancelar con posterioridad a la compra, los financiamientos respectivos, los ingresos y egresos de los encausados por todo concepto, y todo dato contable que resulte necesario a efectos de esclarecer los hechos investigados. El perjuicio económico concreto a la agraviada resulta irrelevante para la acreditación del delito, pues la acción típica se centra en el incremento patrimonial ilícito no justificado".*

[1181] Véase, en este sentido: Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima Ejecutoria del 14 de mayo de 2010, Exp. N° 084-2008, Presidenta y Directora de Debates, Inés VILLA BONILLA, Gaceta penal, tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2010, p. 210, que ha señalado lo siguiente: *"De cara a determinar la ilicitud o no del incremento patrimonial atribuido, a nivel jurisprudencial se ha establecido una suerte de proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente, el mismo que estriba en determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a estos el total de ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás percibidos por cualquier*

En suma, el material probatorio (informes contables, pericias financieras, declaraciones de rentas, y otros) actuado durante el proceso debe poner en evidencia situaciones de asimetría, desproporciones o sencillamente contrastes notables entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público, durante o después de su acceso al cargo público en relación a los detentados o tenidos antes del ingreso al mismo, que no pueden ser explicados o justificados técnicamente o mediante criterios de estimación valorativa con el total de ingresos lícitos del funcionario o servidor una vez practicadas las deducciones del caso y realizadas las comparaciones estadísticas[1182].

6.3.2. La sustitución del término "durante el cargo" por el de "abuso del cargo"

El delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) ha sido modificado, sustituyendo la fórmula del enriquecimiento del funcionario o servidor "durante el ejercicio del cargo" por *"abusando de su cargo"*[1183].

---

concepto –herencias préstamos y otros similares–; luego, deberán cuantificarse los bienes acumulados y obtenido el resultado de ambas operaciones hacer una comparación entre estas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor, y en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito, o se demuestra que la obtuvo con motivo del empleo, cargo o comisión del servicio público, o si este no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, conforme lo exige el artículo 401 del Código penal (Ejecutoria Suprema del 15 de agosto de 2007,R.N. N° 4245-206-LIMA. Primera Sala Penal Transitoria)".

[1182] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 857.

[1183] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011. De la misma manera véase el Proyecto de Ley presentado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, que señala: "*El delito de* ***enriquecimiento ilícito*** *(art. 401) es adecuado al principio de afectación de bien jurídico, remitiendo que se dé una lectura adecuada a la constitución del tipo penal. Se sustituye el criterio ocasional (en el ejercicio del cargo) por el causal o funcional (abuso del cargo), para la producción de resultado: incremento indebido del patrimonio del funcionario. Con ello, se ratifica el criterio racional que en estos delitos no se castiga al funcionario enriquecido por el solo hecho de enriquecerse, sin conexión alguna con el (ab) uso del cargo. Es admisible que el funcionario sea virtuoso públicamente, dentro de su horario de trabajo, y tenga conductas privadas reñidas con la virtud que le hayan permitido enriquecerse*".

Hay abuso de cargo las veces que este es ejercido fuera de los casos establecidos por la Constitución, la ley, los reglamentos o directivas de la institución pública o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma indebida, pero para conseguir un fin ilícito en su propio beneficio o de terceros[1184].

En suma, enriquecerse mediante incremento patrimonial de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder; se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito[1185].

Actualmente, el delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) ha sido modificado, sustituyendo la fórmula del enriquecimiento del funcionario o servidor "durante el ejercicio del cargo" por *"abusando de su cargo"*. Se elimina igualmente la mención del criterio de no justificación razonable del incremento patrimonial. Así mismo, se

---

En esta misma lógica, el Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo, para reformar precisamente los delitos contra la administración pública en nuestro Código penal, señalaba que en el Artículo 401°, sobre el enriquecimiento ilícito, tenía que incorporarse el "abuso del cargo": *"El funcionario o servidor público que, **abusando de su cargo** incrementa ilícitamente su patrimonio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de **diez años.** Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita."*

[1184] SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública*, Segunda Edición. Editorial Grijley E.I.R.L. Lima, 2011, p. 608.

[1185] ROJAS VARGAS, 2007, Lima, p. 852.

ha suprimido la pena conjunta de la inhabilitación, pues esta consecuencia ya está prevista en el artículo 426 que comprende a todos los tipos penales de la sección donde se encuentra el enriquecimiento ilícito[1186].

En ese sentido, debemos recordar que tuvo especial eco la locución introducida por la última modificatoria del 26 de noviembre de 2013, esto es el "abusando de su cargo". A primera vista pareciera que se ha condicionado el enriquecimiento ilícito a un uso indebido del cargo de funcionario público. Sin embargo, una interpretación a ultranza de esto podría concluir en que el supuesto de hecho ahora no se limita al patrimonio del funcionario o servidor público incrementado de modo injustificado[1187]. No obstante, la casación N°343-2012 también abordó ese tema, y haciendo un análisis histórico del tipo penal del artículo 401, determinó que la locución "abusando de su cargo" era el equivalente a "por razón de su cargo"[1188]. Es decir que hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente al momento en que acontece el enriquecimiento ilícito. En otras palabras, una de las conclusiones

---

[1186] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

[1187] Véase: CASACIÓN N° 782-2015-SANTA, del 6 de Julio 2016, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Aunque sabemos que esta Casación se refiere cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, y de manera controvertida los Jueces Supremos ha señalado que el delito de enriquecimiento ilícito no se configura. Sin embargo, una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que, si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros, y esta figura (del traslado fraudulento de bienes hacia terceros, distintos al funcionario), al menos, dentro de los delitos contra la administración pública no lo tenemos de manera expresa. Quizá para ello debemos de utilizar el delito de lavado de activos en su forma de transferencia (artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1106).

[1188] CASACIÓN N° 782-2015-SANTA, del 6 de Julio 2016, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

más importantes a las que se arribó en la casación N° 343-2012 fue el contenido de la prohibición del delito de enriquecimiento ilícito del artículo 401 del Código penal, no ha variado en su núcleo esencial a lo largo del tiempo pese a haberse variado la terminología empleada en sus sucesivas modificatorias. En buena cuenta, la norma de conducta de la norma penal ha permanecido en el tiempo.

Esta explicación se ve reforzada al hacer un análisis teleológico del delito de enriquecimiento ilícito. Así tenemos que dicha figura es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación a sus ingresos ilícitos. De ahí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso –uso indebido– del cargo que ostenta[1189].

Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura –a excepción de la primera redacción del artículo– un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patrimonio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público.

6.3.3. El momento temporal del enriquecimiento ilícito

La doctrina es coincidente en cuanto a que el enriquecimiento por parte del funcionario debe haberse producido con posterioridad a la asunción del cargo[1190] El enriquecimiento puede se r paulatino y continuo. Sin embargo, debe generarse necesariamente durante el período de tiempo en que el sujeto activo ejerce la función pública. Vale decir, desde que asume el cargo hasta que cesa

---

[1189] CASACIÓN N° 782-2015-SANTA, del 6 de Julio 2016, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

[1190] BUOMPADRE, Jorge E.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo III*, p. 341.

en él. Ni antes ni después de tales momentos será posible un acto de enriquecimiento ilícito[1191].

Si el incremento patrimonial se manifiesta luego de haber dejado el cargo público, sea por cese, jubilación, destitución, etc., no se dará el delito in examen, a menos que se demuestre que el incremento patrimonial obedeció a actos que ejecutó en ejercicio de la función pública; por ejemplo, cuando guardó el dinero debajo del colchón de su cama, y luego lo invierte, adquiriendo bienes inmuebles u otros valores, lo que no necesariamente se verá reflejado en la Declaración Jurada de Bienes y Rentas, máxime cuando el sujeto ya no está obligado a presentar dicha documentación[1192].

Una Ejecutoria Suprema de nuestro país indica claramente el momento temporal del enriquecimiento, en el sentido que dicho incremento patrimonial debe darse durante el cargo público. En efecto, en el considerando Tercero indica que: "*...en la doctrina nacional, se ha tomado partida respecto al momento de la configuración del tipo penal del enriquecimiento ilícito, entre ellos, Manuel A. Abanto Vásquez, sostiene que el enriquecimiento ilícito deberá producirse precisamente durante el ejercicio de cargo de funcionario. Es dudoso que el tipo penal exija que el incremento patrimonial se efectúe siempre después de la asunción del cargo por el funcionario. Si ello fuera así no se abarcaría penalmente el enriquecimiento antes de la asunción del cargo o después de terminado el ejercicio, pese a que estuvo motivado*

[1191] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; *Todo sobre el Código penal*, tomo I, Lima, p. 291. SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública*, Segunda Edición. Editorial Grijley E.I.R.L. Lima, 2011, p. 609. "Lo relevante de este elemento es considerar que el agente debe experimentar un incremento patrimonial ilícito, durante la vigencia del cargo público. No antes de asumir el cargo público ni después de haber cesado en aquel. En estos supuestos, no significa que quede sin sanción el incremento ilícito del patrimonio, sino que de verificarse serán sancionados por medio de otros hechos punibles si llegaran a individualizarse".

[1192] PEÑA CABRERA FREYRE; Alonso R.; *Derecho penal. Parte especial*, Tomo V. Primera edición: Lima, 2010, Lima, p. 625.

en el ejercicio funcionarial futuro o pasado. En el primer supuesto no parece ser obligatoria la interpretación restrictiva, pues el tipo legal se refiere a un enriquecimiento de funcionario "por razón de su cargo" y ello también existe cuando el incremento patrimonial se verificó en un momento anterior a la asunción del cargo, pero precisamente motivado en este y con una proyección a un momento en que el sujeto va a ejercerlo. Luego, no quedará impune quien, de asumir un cargo, reciba "beneficios patrimoniales" de particulares que tienen la expectativa de obtener alguna contraprestación durante el ejercicio funcional de aquel. ***Pero el tipo penal no parece abarcar los casos de "enriquecimiento" que tiene lugar en un momento posterior, cuando el enriquecido ya no ejerce funciones públicas, pues aquí la persona enriquecida ni es ya funcionario público, ni los actos de enriquecimiento pueden sin más ser reputados como que han tenido lugar durante el ejercicio de las funciones.*** *Por ejemplo: el funcionario que recibe donativos o algún "premio" con posterioridad a la separación del cargo, el ex funcionario que es contratado con un buen sueldo por una empresa privada a quien habría beneficiado durante el ejercicio de su función pública. Estos casos pueden ser tan graves como los primeros, pero difícilmente pueden entrar dentro del tenor del tipo penal "; (véase Manuel A. Abanto Vásquez, "Los delitos contra la administración publica en el Código penal peruano" Palestra Editores, segunda edición, 2003, pp. 243 y 542); por su parte Dino Carlos Caro Coria, señala: "la doctrina nacional no suele admitir que el incremento pase antes de haberse desempeñado el cargo o después de haber cesado en este... en esa medida la norma nacional no erige una conexión causal temporal entre el momento del enriquecimiento y el ejercicio del cargo, sino un nexo de imputación jurídico penal, el incremento debe ser objetivamente atribuible al ejercicio del cargo" (véase Dino Carlos Caro Coria, "Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspecto sustantivo y procesales, Jurista Editores, edición 2002, pp. 212 y 213); en tal caso, el delito de enriquecimiento ilícito es un delito subsidiario, que para su configuración requiere que el incremento patrimonial indebido del agente, se produzca durante el ejercicio del cargo del funcionario o servidor público, en tanto que*

cualquier incremento patrimonial posterior puede tener origen cualquiera, mas no imputarse enriquecimiento ilícito..."[1193]

6.3.4. Las fuentes generadoras de enriquecimiento ilícito: ¿Donativos, dádivas o presentes?

En este apartado debemos señalar que no solo se trata de acreditar, ya sea con prueba directa o indiciaria, la relación de causalidad que deberá existir entre el elemento "abuso del cargo funcional" y el acto mismo de "enriquecerse" por parte del agente especial, sino que también deberá acreditarse la forma de enriquecerse a través de las fuentes generadoras –y obviamente de carácter delictivas– que precisamente luego va a generar el enriquecimiento doloso por parte del funcionario/servidor público. Y esto nos lleva a plantear el tema, siempre polémico, de los actos delictivos que son las fuentes generadoras de ganancias, y por ende de enriquecimiento ilícito funcional, que si podríamos resumirlo podemos señalar que existen hasta dos tesis diferenciadas:

- Por un lado, quienes sostienen que la fuente generadora necesariamente tiene que ser considerados delitos dentro del ámbito de la administración pública, específicamente de delitos cometidos por funcionarios/servidores en contra de la administración pública (*visión restringida*), es decir, donde el mismo funcionario o servidor público ha realizado la conducta típica previa o antecedente, claro que se tratará de aquellos ilícitos penales donde causalmente pueda generar ganancias económicas (por ej. peculado doloso y discutible en el peculado culposo, colusión agravada, negociación incompatible, cohecho pasivo en todas sus modalidades, tráfico de influencias agravado, etc., y en forma negativa no podríamos considerar por ej. la malversación de fondos, abuso de autoridad, nombramiento ilegal, etc., salvo que vayan en concurso ideal o real con otros delitos funcionariales que sí generen ganancias).

[1193] Recurso de Nulidad, Nº 3349-2006, LIMA, 19/10/2006.

En esta línea de ideas, el cargo que desempeña el agente especial debe tener incidencia directa y causal en el manejo de recursos del Estado, de lo que se aprovecha para cometer el ilícito penal; tal como se afirma en el Expediente N° 00029-2011, que en la parte señala lo siguiente: *"Por tal motivo, en relación al elemento del delito de enriquecimiento Ilícito "por razón del cargo", no compartimos lo sustentado en la sentencia en el punto 21.2, en el sentido de que la estructura de la norma jurídica permite que la generación del acto consecuente (enriquecimiento ilícito) tenga como basamento previo la existencia de un cargo vinculado a la función pública y que el reproche penal se eleva si el cargo tiene incidencia directa en el manejo de recursos del Estado en cualquiera de sus formas. Por el contrario nos remitimos a lo ya expuesto en el fundamento 9; y en ese sentido, compartimos también las apreciaciones de Peña Cabrera Freyre, quien sostiene que no basta al acusador para lograr la condena del acusado con presentar como medio probatorio en el juicio la declaración jurada, pues si bien ello constituye una base indiciaria o presuntiva importante para que el juez pueda condenar, necesita de otros medios probatorios que lo lleven a la certeza, de que los ingresos son ilícitos, y que fueron obtenidos con prevalimiento del cargo, ya que de no ser así se convalidarían condenas por enriquecimiento ilícito, por hechos constitutivos de hurtos, robos, secuestros, que el agente participó en su vida personal y no funcional, so pena de lesionar el principio de legalidad."*[1194]

- Por otro lado, quienes sostienen desde una *visión amplia* del tema, que pueden ser otros delitos distintos a los cometidos en contra de la administración pública, es decir, puede tratarse de delitos comunes (por ej. delitos contra el patrimonio en sus distintas modalidades) donde el funcionario o servidor públi-

[1194] Sentencia de fecha el 29 de noviembre de 2012, Exp. N° 00029-2011-8-1826-JR-PE-03, Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima.

ca tratará de ser sacar provecho económico de su ilícito accionar (por ej. un Alcalde de una Municipalidad tiene una Empresa de Agencias aéreos donde había prometido un paquete turístico completo a sus fieles clientes, y para ello solicita que le depositen un monto inicial de dinero, luego obviamente nunca se produce tal viaje, por ello, los afectados lo denuncian por el delito de estafa).

A nuestro juicio, y desde una perspectiva garantista y teleológica del bien jurídico protegido, debemos considerar que en el artículo 401° del Código penal solo pueden ser considerados como actos delictivos generadores de riqueza aquellos donde el funcionario/servidor esté ejerciendo formal y materialmente un cargo público (funcionario) o simplemente una función pública (servidor), y en virtud de ello, pueda generar de manera dolosa ganancias ilícitas.

Ahora bien, la pregunta que cabe realizar sería la siguiente: ¿Será necesario que las actividades ilícitas, las mismas que han generado las ganancias ilegales por parte del funcionario/servidor tengan que estar sometidas, previamente a una investigación de carácter judicial o fiscal? El artículo 401° del Código penal guarda absoluto silencio al respecto, ya que solo hace referencia a una mera descripción de comportamiento típico (análisis *ex post* comparativo del patrimonio del agente especial).

Dicho análisis de comportamiento *ex post* se ve reflejado nítidamente a través del artículo 401° cuando señala, parte pertinente lo siguiente: "*El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo,* ***incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos****...*", y luego menciona una ampliación de la descripción típica en el último párrafo: "*Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o*

emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita". No hace referencia expresa a aquellos delitos o actos delictivos generadores de ganancias que habrían cometido el funcionario/servidor, sino que el artículo 401° del Código penal describe una mera situación si se quiere de análisis comparativo respecto del patrimonio del agente especial antes de la asunción del cargo y luego del mismo.

En todo caso, si hacemos un símil con el delito de lavado de activos donde también se ha discutido en su momento sobre la situación del delito previo, a tal punto que la actual Decreto Legislativo 1106 (artículo 10) reconoce –legalmente– la llamada "autonomía procesal" del delito de lavado respecto al delito fuente; en todo caso, en mi concepto, dicho razonamiento debemos llevarlo al presente delito, y señalar que basta que exista leve sospecha en relación a los actos delictivos previos cometidos por el sujeto especial; ahora, no es necesario que dichos actos delictivos previos estén debidamente acreditados en la etapa judicial, próximo a una sentencia final.

Basta, reiteramos, que exista una sospecha de la comisión delictiva y resulta irrelevante si el agente tiene o no una investigación preliminar o judicial abierta por el delito previo, y esto está reforzado más aún porque el artículo 401° del Código penal no hace referencia expresa a delitos previos como sí lo menciona por ejemplo el Dec. Leg. 1106 de Lavado de Activos (artículo 10)–, y esto es coherente con la visión "subsidiaria" asumida por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia especializada en relación al delito de enriquecimiento ilícito respecto a los otros delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración, sobre todo con el delito de cohecho pasivo en todas sus modalidades y los delitos donde se agravia el patrimonio del Estado (colusión y peculado).

Es decir, cuando no se tenga absoluta certeza que el funcionario/servidor haya por ejemplo cometido el delito cohecho pa-

sivo, haya "aceptado", "recibido", "solicitado" o "condicionado" su ejercicio funcional hacia a un medio corruptor típico (por ej. donativo, promesa, ventaja o beneficio); sin embargo, luego del procesamiento penal, dicho funcionario/servidor cuenta, desde que ha asumido el cargo público, con un desbalance patrimonial sumamente notorio, entonces sí cometerá el delito de enriquecimiento ilícito del artículo 401° del Código penal.

Asimismo, cuando no se tenga absoluta certeza que el funcionario/servidor público se haya "apropiado" o "utilizado" los caudales o efectos públicos, teniendo la obligación de custodiarlo, o tampoco se tiene absoluta certeza que el funcionario/servidor público se haya "concertado" con los intereses en el marco de un procedimiento de contratación con el Estado; sin embargo, dicho funcionario/servidor en los dos casos mencionados, cuenta con un desbalance patrimonial sumamente notorio, entonces sí cometerá el delito de enriquecimiento ilícito del artículo 401° del Código penal.

En resumen: la actual redacción legal del artículo 401° no señala expresamente cuales serían los objetos corruptores del enriquecimiento ilícito por parte del funcionario público. El legislador patrio estuvo más preocupado por el resultado ocasionado de enriquecimiento, que por la forma y modalidad de cómo se había obtenido tal enriquecimiento, y los objetos que producen tal enriquecimiento, como sí sucede por ejemplo en el delito de cohecho o el tráfico de influencias. Volviendo al delito de enriquecimiento ilícito, en todo caso, tendríamos que recurrir al Decreto Ley N° 89 del 07 de mayo de 1992, que se anexó el artículo 401-A que incorporó la frase: *"en todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados"*.

Los incrementos lícitos como el sueldo, compatible con el cargo, honorarios profesionales, transacciones comerciales, donación, herencia, entre otros, durante el ejercicio del cargo no forman parte del tipo, se incluyen dentro de él, los incrementos procedentes de operaciones ilícitas, siempre que no constituyan delitos independientes, como peculado, cohecho pasivo, colusión, concusión, etc.; pues a este delito ma-

yoritariamente se le considera en la doctrina como subsidiario, porque enriquecimiento ilícito es todo aumento patrimonial que proviene ilícitamente, menos de comportamientos que ya tienen tipo[1195].

Sin embargo, queda en pie la objeción de que el enriquecimiento ilícito de funcionario o servidor público no siempre se consuma vía donativo o presente, sino también por otros medios más expeditivos (exacciones, apropiaciones, sustracciones, etc.); argumentación nada deleznable, aun mas si consideramos que optar por la perspectiva del cierre del tipo presupone admitir que solo los delitos de corrupción constituyen la fuente generadora del ilícito penal de enriquecimiento ilícito[1196].

6.3.5. *¿Resulta necesario incorporar un "monto económico" al enriquecimiento en el modelo penal peruano?*

En el Código penal peruano existe una total ausencia en determinar la tipicidad penal del delito en comentario en función al monto enriquecido, tanto desde su versión original del Código de 1991 y sus sucesivas modificaciones legales. En otras palabras, la fundamentación del injusto penal del enriquecimiento ilícito en el Perú, es la de infraccionar el deber extrapenal que posee el funcionario público, y el abusar del mismo para beneficiarse, él o tercera persona vinculada a él; a pesar de que en este delito lo relevante sea el acumulamiento indebido de "patrimonio" por parte del funcionario, proveniente de algunos delitos contra la administración pública, es decir, de delitos donde el agraviado sea el propio Estado.

En todo caso, si existiese un monto cuantioso imputable al funcionario, considerable tanto a nivel nacional como internacional; este aspecto será relevante en el ámbito de la determinación judicial de la pena (dentro del marco penal previsto en el artículo 401°), y no en la

---

[1195] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan; *Delitos contra la administración pública.* Segunda Edición. Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, pp. 242-243.

[1196] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2007, p. 861.

teoría del delito, que como hemos dicho se fundamenta en la infracción del deber (autoría), en el bien jurídico tutelado (principio de lesividad), y obviamente en la conducta típica descrita (principio de legalidad). Entonces, contestando la pregunta de este parágrafo: ¿Resulta necesario incorporar un "monto económico" al enriquecimiento en el modelo penal peruano? En nuestro criterio resultaría innecesaria tal incorporación en el delito de enriquecimiento ilícito por las consideraciones antes expuestas.

Como es sabido, por ejemplo en el Código penal argentino, en el Capítulo XII, se regula el delito de enriquecimiento ilícito, en el artículo 275°, y en el último párrafo se incorpora una especie de cuantía económica en el monto de enriquecimiento que cometa el funcionario público, y dependiendo de la magnitud del monto enriquecido dependerá la gravedad de la pena a imponer. Así, se señala lo siguiente en el texto argentino: *"Al servidor público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito, se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y el momento en que se comete el delito, se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo antes anotado, se impondrán de dos a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa".*

7. LA TIPICIDAD SUBJETIVA. SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA CONCURRENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DISTINTO DEL DOLO EN EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito en comentario, en el primer párrafo del artículo 401°, es de exclusividad de comisión *dolosa,* por lo tanto la modalidad culposa queda desterrada. La jurisprudencia nacional ha dicho que: *"En cuanto al dolo en el delito de enriquecimiento ilícito, debe entenderse por tal al conocimiento y voluntad del agente del delito respecto al tipo penal. Esto es, el sujeto deberá tener conocimiento de que todos los elementos configurativos del delito se presentan en su conducta, es decir que es un*

funcionario o servidor público, que está enriqueciéndose, que lo hace valiéndose de su cargo, y que el enriquecimiento es ilícito. El sujeto después de tener conocimiento de todos los elementos del delito, decide realizar la acción, quiere la realización del hecho; este querer expresa su intención de incrementar su patrimonio ilícitamente, con lo que se estaría configurando el dolo"[1197]. En otras palabras, para la modalidad dolosa se necesita que el agente activo conozca los siguientes componentes del tipo penal en cuestión: en primer lugar, que conozca que es un funcionario o servidor público; en segundo lugar, que conozca que por acción u omisión tenga que abusar del cargo que ostenta; y en tercer lugar que como consecuencia de ello, que conozca que incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos.

La discusión en este punto creemos que se centra en la siguiente pregunta: ¿Se exige o no la concurrencia de un elemento subjetivo distinto del dolo en el delito de enriquecimiento ilícito? Como estamos (en el artículo 401° del Código penal) en un delito de "enriquecimiento" por parte del sujeto activo, es lógico pensar, al igual como sucede con los delitos patrimoniales (que son algunos de apoderamiento y de enriquecimiento) que se exija la verificación de un *ánimus de lucro*. En este punto, Gálvez Villegas afirma que por tratarse de un caso de enriquecimiento, también estará presente el elemento subjetivo de tendencia interna trascendente, constituido por el ánimo de lucro del funcionario o servidor público, el mismo que se evidencia con la sola voluntad de sumir la titularidad de los bienes y derechos que corresponden al incremento patrimonial, o lo que es lo mismo, al incorporarlos a su patrimonio personal, familiar o de tercero interpuesto[1198].

Para un sector de la doctrina, aparte del dolo, se exigiría la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, nos re-

---

[1197] Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima Ejecutoria del 23 de enero del 2011, Exp. N° 099-2009 Directora de Debates, Hilda PIEDRA ROJAS, Gaceta penal, tomo 25, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2011, p. 243.

[1198] GALVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 155.

ferimos al "ánimo de lucro", al propósito de obtener un provecho o beneficio. No negamos, siguiendo a Peña Cabrera, que de seguro esa será la motivación que guía el proceder conductivo del agente, empero, dicho factor subjetivo no se encuentra comprendido en la estructuración típica del delito de enriquecimiento ilícito, al no haberse incluido la preposición "para", como es el caso del hurto simple o de la rebelión; importaría, por tanto, un componente de la estructura lógico-objetiva del agente, cuya trascendencia se encasilla a un nivel criminológico, en otras palabras, la concurrencia de dicho elemento de naturaleza trascendente no necesita ser acreditado por la teoría del caso que formule la Fiscalía, basta con la probanza del dolo"[1199].

A nuestro juicio, no es necesaria la exigencia probatoria de un elemento subjetivo distinto del dolo, pues el hecho de que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, por el solo hecho de realizarla, ya se estaría enriqueciendo ilícitamente, es decir, la acción misma de enriquecerse ya está implícito en acción de la tipicidad del delito en comentario. En todo caso, el término "enriquecerse" forma parte de la tipicidad objetiva del artículo 401°, de la conducta típica mejor dicho, y no de la tipicidad subjetiva que se satisface con la presencia únicamente del dolo.

Más aun, si leemos estrictamente el artículo 401° del Código penal, están ausentes los términos: "en provecho propio o ajeno", "en provecho para sí o para otro", que sí lo tienen expresamente por ejemplo el delito de hurto (artículo 185° CP) o el delito de robo (artículo 188° CP).

8. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

En cuanto a los grados de desarrollo del delito en cuestión podemos decir que se trata, según del propio artículo 401° del Código penal, de un tipo penal de resultado lesivo en la medida en que para la

[1199] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., Tomo V, 201, pp. 650-651.

consumación respectiva es necesario que ilícitamente incremente su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones específicas. En tal sentido, el hecho fáctico de acreditar, al interior del proceso penal, el incremento de manera relevante del patrimonio del funcionario público, implicaría un efectivo perfeccionamiento típico del delito en cuestión.

La jurisprudencia penal nacional ha dicho que: "Respecto al momento consumativo del delito de enriquecimiento ilícito cabe precisar que el artículo 401 del Código penal, al definir esta figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto un aumento del activo como una disminución del pasivo– por lo que, a los efectos de la concreción del enriquecimiento, es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio"[1200].

De la misma forma, otra Ejecutoria Suprema ha dicho que: "El enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista incremento patrimonial significativo y contrastante no sustentado, en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a Derecho, en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el periodo de ejercicio funcional bajo el presupuesto de que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación; no siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o

[1200] Sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima Ejecutoria del 14 de mayo de 2010, Exp. N° 084-2008, Presidenta y Directora de Debates, Inés VILLA BONILLA, Gaceta penal, tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2010, p. 210.

función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales"[1201].

Por supuesto que la circunstancia del tipo penal de "incrementar relevantemente" el patrimonio del funcionario público, puede darse de manera momentánea como de manera permanente. Lo usual en la praxis judicial es que se dé el incremento de manera permanente; en consecuencia, esto tiene una implicancia en la dogmática penal, que se llama el delito permanente[1202].

A nuestro entender, es posible algunas interrupciones en el proceso de ejecución del delito, es decir, existe la posibilidad de la tentativa punible (artículo 16° del Código penal). Por ejemplo: el funcionario público se disponía a ingresar a una agencia bancaria para depositar dinero a su cuenta producto de donaciones "indebidas" que había recibido días atrás; en ese preciso momento el funcionario público es intervenido por la Policía, porque existe la situación de flagrancia delictiva.

[1201] Ejecutoria Suprema del 16/05/2003, Exp. R.N. N° AV-09-2001-LIMA ROJAS VARGAS, Fidel, Jurisprudencia penal comentada, IDEMSA, Lima, 2005, p. 352.

[1202] En este sentido: PEÑA CABRERA FREYRE. ob. cit., tomo V, 2010, pp. 648-649. Agrega este autor que: "Conforme lo anotado, se debe distinguir entre los actos materiales de tipicidad objetiva que encauzan la realización típica, con aquel estado de disvalor que determina la consumación del delito, nos referimos al "incremento patrimonial", que a su vez debe dar lugar a un "enriquecimiento ilícito", se podría decir, entonces, que es un delito de *estado* más que de *resultado*, pero de pura actividad, donde los actos anteriores a dicha situación patrimonial, no pueden ser reputados como un *delito tentado*, pues de ser así, estaríamos contrariando su abstracta naturaleza, sin que ello obste a reconocer, que dicho relato fáctico, pueda ser empleado para acreditar la comisión de otros delitos *funcionariales*, como el peculado, cohecho, malversación de fondos o concusión. Reafirmando nuestra posición, de postular la calidad de delito "autónomo", del tipo legal contenido en el artículo 401° del CP".

9. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO AGRAVADO POR RAZÓN DEL CARGO O ANTEJUICIO O PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL

Esta agravante típica recién encuentra su existencia en nuestro ordenamiento jurídico-penal, a partir del año 2004 (artículo 1º de la Ley Nro. 28355, publicada el 06-10-2004, cuando agrega: *Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional...*"); esta misma agravante en el delito de enriquecimiento ilícito se mantiene en el Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010), pues el artículo 456º, segundo párrafo, señala lo siguiente: "*Si el agente es un funcionario que haya ocupado de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional...*"

En el Título XVIII, "Delitos contra la administración pública", en el Capítulo II, sanciona, bajo el rubro "Corrupción de funcionarios", el delito de enriquecimiento ilícito, se encuentra en el segundo párrafo del artículo 401º del Código penal peruano, el mismo que señala textualmente: "*Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional...*". Como puede observarse, el tipo penal, en el segundo párrafo, señala la frase: "funcionario público" y destierra en esta parte la frase "servidor público", en la medida que solo el funcionario público es quien tiene aquellas facultades y funciones de alta dirección y gestión en una determinada administración pública.

Para la aplicación de la presente agravante, se necesita la verificación de dos supuestos bien diferenciados, que son los siguientes:

a) *Funcionario público que ocupa cargo de alta dirección en entidades, organismos o empresas del Estado.* Los funcionarios

que ocupan altos cargos en el Estado serían, entre otros, los siguientes: Los presidentes de gobiernos regionales, gobiernos locales; gerentes regionales o municipales; etc.

b) *Funcionario público sometido a la prerrogativa del antejuicio y acusación constitucional.* Los funcionarios públicos que están sujetos a dicha prerrogativa y acusación constitucional lo tenemos que extraer del artículo 99° de la Constitución Política del Perú, que señala a las siguientes personalidades:

- Presidente de la República.
- Representantes del Congreso de la República.
- Ministros de Estado.
- Miembros del Tribunal Constitucional.
- Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.
- Vocales de la Corte Suprema de la República.
- Fiscales Supremos de la República.
- Defensor del Pueblo.
- Contralor General de la República.

10. TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL: "INDICIO TASADO" EN LA FORMA DE CÓMO SE DEBE ENTENDER EL TÉRMINO ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO. EL CONCEPTO DE INDICIO DE ENRIQUECIMIENTO REGULADO EN EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 401° DEL CÓDIGO PENAL

El art. 401° del Código penal en el tercer párrafo dispone que: se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra cosa lícita.

La revelación de un estado probable de "enriquecimiento", puede obtenerse de las Declaraciones Juradas, que año a año, están obligados a presentar los funcionarios públicos; lo cual puede ser tomado como un indicio, pero de ningún modo como un medio probatorio concluyente y definitivo de culpabilidad; máxime, cuando no todos los servidores públicos están obligados a presentarla[1203].

El objetivo, comprobado, notorio, apreciable y desproporcionado a sus ingresos incremento patrimonial. Esta situación fáctica no es necesariamente un acto de enriquecerse, como ya se expuso anteriormente, lo que permite descartar se trate de un delito doloso activo. Se trata de una situación objetiva que genera la obligación de actuar para evitar la lesión del bien jurídico (imagen de transparencia). Es "objetiva" porque una persona se puede enriquecer de muchísimas formas distintas de la adquisición consciente y voluntaria de bienes.

El delito de enriquecimiento ilícito, por tanto, no puede fundarse en una mera *presunción*, sino en datos, en evidencias, indicios que en su conjunto, puedan construir una teoría del caso incriminatoria, capaz de enervar el principio de presunción de inocencia que favorece al imputado. No se puede convertir a las presunciones legales y a una base indiciaria, en hechos probados, sin que se haya cotejado su veracidad con distintos medios de prueba, bajo las reglas constitucionales del juzgamiento[1204].

Es poco usual que el Código penal, sobre todo en la Parte especial o legislación complementaria, y en general cualquier normativa o cuerpo legal realice conceptualizaciones sobre un supuesto de hecho; es decir, que focalice qué se entiende por el término "enriquecimiento", aunque el último párrafo del artículo 401° más tiene que ver con el grado de conocimiento de la prueba en relación al enriquecimiento, pues señala que: "Se considera que existe *indicio* de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o servidor, en consideración

[1203] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., Tomo V, 2010, p. 628.

[1204] PEÑA CABRERA FREYRE, ob. cit., Tomo V, 2010. p. 616.

a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier causa lícita".

11. ENTRE EL DELITO DE COHECHO PASIVO Y EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EXISTE UNA RELACIÓN DE SUBSIDIARIDAD TÁCITA

La doctrina nacional de forma predominante reconoce la subsidiaridad del supuesto típico de enriquecimiento ilícito. Rojas Vargas al trabajar la parte objetiva del tipo penal de enriquecimiento ilícito lo califica de subsidiario o complementario[1205].

Abanto Vásquez reconoce que el tipo penal de enriquecimiento ilícito opera con carácter subsidiario, constituye un tipo residual que se aplica a conductas no abarcadas por otros supuestos típicos. [1206] Frisancho Aparicio / Peña Cabrera al comentar el tema de los concursos respecto del delito de enriquecimiento ilícito establecen que no existe la posibilidad que concurra con figuras delictivas afines, precisamente por tratarse de un tipo penal subsidiario.[1207]; Hugo Álvarez, al comentar

---

[1205] ROJAS VARGAS, Ob. cit., p. 465. "El tipo penal del art. 401 no describe conducta alguna ni aporta mayores elementos de tipicidad o de antijuricidad que guíe en el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala. No obstante de la naturaleza del hecho ilícito, de la gravedad de la sanción y **el carácter subsidiario** o complementario de dicha norma..." (Resaltado).

[1206] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Ob. cit., pp. 484 y 485. "Esta interpretación permite entonces que el tipo penal de enriquecimiento ilícito se aplique como **tipo residual auténtico**, cuando el enriquecimiento provenga de otros delitos perseguibles penalmente... Una solución distinta se obtendría si se admitiera la total autonomía del tipo penal de enriquecimiento ilícito, pero ello implicaría violar el principio de ne bis in idem..." (Resaltado nuestro).

[1207] FRISANCHO APARICIO, Manuel / PEÑA CABRERA, A. Raúl; *Delitos contra la administración pública,* Editora Fecat, Lima, 1999, p. 358: "Al ser un delito **subsidiario** no es posible que concurra con figuras delictivas afines." (Resaltado nuestro).

las características del tipo penal del artículo 401 lo define como genérico y subsidiario.[1208]

Prado Saldarriaga, el más importante especialista penal con el que cuenta la magistratura peruana, afirma que el enriquecimiento ilícito no debe provenir de otro delito funcional como el cohecho pasivo, el peculado o la concusión, ya que se trata de un tipo penal subsidiario, esto es, solamente se aplica cuando no se verifique la comisión de otro delito contra la administración pública.[1209] Peña Cabrera / Francia Arias reconocen el carácter subsidiario del tipo penal de enriquecimiento ilícito al determinar la imposibilidad que concurra en concurso aparente de leyes o ideal de delitos.[1210]

Según Salinas Siccha "Lo residual del hecho punible de enriquecimiento ilícito significa que no hay forma de acreditar que el agente público ha cometido tal o cual delito anterior, sin embargo, aparece acreditado el incremento de su patrimonio o de su gasto personal en el periodo del ejercicio de su cargo público. Caso contrario, si por ejemplo,

---

[1208] HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.; *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública,* p. 217, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2000. "El legislador ha recurrido a un tipo genérico y **subsidiario** para aquellos casos en que no se pueda probar el hecho ilícito... ...**la subsidiariedad del tipo** opera para impedir, precisamente, que por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que no se sabe qué es, pero que conlleva como expresión práctica un aumento patrimonial del agente derivado directa o indirectamente del ejercicio del cargo y que razonablemente no lo justifique." (Resaltado nuestro).

[1209] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Todo sobre el Código penal,* Tomo I, p. 291, Idemsa, Lima, 1996. "El enriquecimiento ilícito no debe, sin embargo, provenir de otros delitos funcionales, como actos de corrupción pasiva, actos de peculado o actos de concusión. En buena cuenta estamos ante un **delito de carácter subsidiario**. Solo en la medida en que el enriquecimiento no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo 401 del Código penal". (Resaltado nuestro).

[1210] PEÑA CABRERA / FRANCIA ARIAS, *Delito de enriquecimiento ilícito,* Lima, Ediciones Jurídicas, Lima, 1993, p. 64: "En vista que es un delito **subsidiario** en los que vulneran los deberes profesionales no es posible que concurra con algunos hechos punibles afines". (Resaltado nuestro).

se llega a determinar que el sujeto público incrementó su patrimonio por la comisión del delito de robo agravado, será investigado, juzgado y sancionado por ese delito, mas no por enriquecimiento ilícito; de igual forma, si llega a determinarse que el agente público incrementó su patrimonio por el delito de peculado, aquel será investigado, juzgado y sancionado por este delito, descartándose el de enriquecimiento ilícito".[1211]

El delito de enriquecimiento ilícito corresponde a un tipo penal subsidiario, de allí que respecto a los tipos penales de cohecho pasivo, tanto el propio como el impropio, tenga una relación de subsidiaridad ya que estos resultan tipos penales principales, es decir, se aplican de forma preferente al tipo subsidiario de enriquecimiento ilícito que solamente podría ser utilizado de no corresponder subsumir el hecho en ninguno de los supuestos típicos de corrupción de funcionario pasiva.

Gálvez Villegas no comparte la posición de la subsidiaridad del tipo de enriquecimiento ilícito al sostener que solamente tienen tal condición aquellos tipos penales que presentan penas menos graves, situación que no sucede en el caso del artículo 401 respecto del resto de tipos penales de corrupción de funcionarios; agregando que el error de la posición dominante en la doctrina peruana tiene como causa la influencia que sobre la misma ejerce el Derecho penal colombiano, en el que sí se justifica la subsidiaridad del enriquecimiento ilícito al existir norma expresa en tal sentido.[1212]

No compartimos la opinión del mencionado autor nacional, pues al desconocer la naturaleza subsidiaria del tipo penal de enriquecimiento ilícito no ha considerado su ratio legis o la razón político criminal de su creación; la dificultad o imposibilidad de probar, precisamente, el delito, en principio contra la administración pública, que permitió el enriquecimiento ilícito del funcionario. Es la razón de ser

---

[1211] SALINAS SICCHA; *Delitos contra la administración pública*, Segunda Edición, Editorial Grijley, Lima, 2011, p. 611.

[1212] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, pp. 196 a 202.

del tipo penal de enriquecimiento ilícito, no el reconocimiento expreso en la norma, el que determina su naturaleza subsidiaria.

Los penalistas argentinos, colombianos y peruanos que reconocen la subsidiaridad del tipo penal de enriquecimiento ilícito, no lo hacen porque una disposición legal así lo establezca, sino porque, como se vuelve a insistir, tienen en cuenta que esta figura delictiva fue creada para ser utilizada en aquellos casos penales donde la "prueba diabólica" impida demostrar el delito que generó el enriquecimiento ilícito.

La susbsidiariedad del tipo penal del artículo 401 del Código penal es evidente, pues en el caso donde se pueda probar el delito que produjo el enriquecimiento ilícito del funcionario, no se aplicará tal disposición legal. Es más, Gálvez Villegas afirma que el tipo penal de enriquecimiento ilícito no puede ser subsidiario por la mayor gravedad de la pena respecto de los otros supuestos típicos de corrupción de funcionario, sin tratar la cuestión de inconstitucionalidad que precisamente dicha situación provocó al colisionar con el principio constitucional de proporcionalidad en sentido estricto. En la obra de Gálvez Villegas se aprecian incongruencias conceptuales que es importante advertir para valorar sus comentarios.

No diferencia adecuadamente el concurso aparente de leyes y el concurso ideal de delitos al aceptar equivocadamente que el delito de enriquecimiento ilícito y el cohecho podrían presentar un caso de concurso ideal de delitos pese a que tienen el mismo macro bien jurídico como objeto de protección, la administración pública; con lo que se deja de lado la primera diferencia entre ambos concursos pues precisamente en el concurso ideal de delitos la necesidad que concurran dos o más tipos penales a la calificación del hecho, es precisamente el que se ha vulnerado con el mismo hecho más de un bien jurídico.[1213]

El error de Gálvez Villegas se advierte en consecuencia con claridad, pues intenta aplicar el Derecho penal amplio y flexible para los

[1213] GÁLVEZ VILLEGAS, Obra citada, pp. 187 y 188.

delitos contra la administración pública para los que se prevé pena privativa de la libertad; resulta paradójico que el autor peruano recurra al maestro español precisamente para el caso del delito de enriquecimiento ilícito, ya que el artículo 401 contempla una sanción penal grave, incluso por cuestión de inconstitucionalidad.

En este punto existe una Ejecutoria Suprema, expresado en el Recurso de Nulidad N° 5382 – 2006, LIMA, de fecha 22/10/2007, que habla sobre la prohibición de la reformatio in prius y teoría del concurso aparente de leyes, y en su Considerando Noveno, señala lo siguiente:

> *"Que, el imputado Montesinos Torres también alega que la acusación del Ministerio Público se encuadra únicamente en la figura típica comprendida en el artículo trescientos noventa y tres del Código penal, es decir, por el delito de cohecho pasivo propio, alegación que tampoco resulta cierta, pues de la lectura de la acusación escrita de fojas trescientos veinte y siguientes, específicamente, en el acápite cinco punto dos, que obra en la página cuatrocientos sesenta y siete, consta expresamente el desarrollo fáctico de la imputación del Ministerio Público, consignándose el fundamento en que sostiene su acusación por el "delito de enriquecimiento ilícito", el mismo que es reiterado en la explicación sucinta de los cargos incriminatorios que hace el representante del Ministerio Público en la audiencia de fecha tres de mayo de dos mil seis, cuyas actas corren de fojas seiscientos veintiocho y siguientes. Finalmente, la versión de que el Colegiado solo ha querido condenar al recurrente por un delito grave a fin de evitar futuros reproches sociales, es un argumento subjetivo que carece de sustento probatorio, toda vez, que la Sala Penal lo absuelve por el delito de Cohecho, no obstante, que a su entender existían varios elementos que acreditaban su responsabilidad, sin embargo, ignoraba "la procedencia exacta de la mayor cantidad de patrimonio que ostentaba", por lo que, procedió a subsumir dicha conducta en el delito de enriquecimiento ilícito, en atención a la teoría del concurso aparente de leyes, aunque sin sustentarlo legalmente, empero, este tiene su asidero legal en el artículo cuarenta y ocho del Código penal, que señala, "cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá*

con la que establezca la pena más grave" (texto vigente en la fecha de los hechos, antes de la expedición de la Ley número veintiocho mil setecientos veintiséis, de fecha nueve de mayo de dos mil seis); y si bien, dicha decisión fue tomada luego de un amplio sustento doctrinal en relación a la función que cumple la subsidiaridad, relacionada básicamente a la necesidad político-criminal de cubrir espacios o ámbitos desprovistos de regulación, y por lo mismo susceptibles de impunidad, sin embargo, este Tribunal Supremo, no puede ingresar a realizar mayor análisis sobre la absolución por el delito de cohecho pasivo propio al estar impedido de hacerlo debido a que el representante del Ministerio Público no ha formulado recurso de nulidad sobre este tema, y además, por respeto a la prohibición de la reformatio in peius, ya que en el fondo este extremo absolutorio favorece al recurrente, ámbitos que en todo caso, procesalmente se encuentran debidamente regulados por el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, de fecha diecisiete de agosto de dos mil cuatro".

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

CONSIDERACIONES A PARTIR DEL ARTÍCULO 425° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

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

Ante todo tenemos que mencionar que el Código penal peruano, en cuanto a los delitos contra la administración pública, tiene dos grandes rubros de protección jurídica: en primer lugar, aquellos delitos cometidos por particulares en contra la administración pública[1214]; y

---

[1214] A su vez esta clasificación en el Código penal peruano está dividida en dos:
a) USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES:
   - Usurpación de función pública. Artículo 361.
   - Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce. Artículo 362
   - Ejercicio ilegal de profesión. Artículo 363
   - Participación en ejercicio ilegal de la profesión. Artículo 364

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

en segundo lugar, en el Capítulo del Título XVIII se reúnen aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública[1215], los mismos que se hallan estructurados en base a cuatro secciones o rubros jurídicos penales:

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

- Abuso genérico de autoridad (art. 376)
- Incumplimiento de actos funcionales (art. 377)

- Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios. Artículo 368-E
- Violencia contra autoridades elegidas. Artículo 369
- Atentado contra la conservación e identidad de objeto. Artículo 370
- Negativa a colaborar con la administración de justicia. Artículo 371
- Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso. Artículo 372
- Sustracción de objetos requisados por autoridad. Artículo 373

[1215] Como da cuenta ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano,* Lima, 2003, pp. 21 y siguientes, en el C. P. peruano, los tipos penales son divididos en dos grandes grupos: los delitos "cometidos por particulares" (arts. 361 a 375 C. P. peruano) y los delitos "cometidos por funcionarios públicos" (art. 376 a 401 C. P. peruano). Ya aquí hay una primera imprecisión pues ambos grupos no pueden separarse limpiamente en función de si es o no funcionario público el ejecutor del delito. En un delito "cometido por particulares" también puede ser autor un "funcionario público" (p. ej. la "usurpación de funciones" realizada por un funcionario público que ejerce funciones que no le corresponden). Y también puede ser autor de un "delito cometido por funcionarios públicos" un particular (p. ej. en el "cohecho activo" o en el "tráfico de influencias"). Entonces, dentro de cada grupo se prevén figuras que, mayormente, son cometidas por administrados o, mayormente, son cometidas por funcionarios públicos. En el primer caso se trata de la "usurpación de funciones" (art. 361 y s.) y la "violencia y resistencia a la autoridad" (art. 365 a 373); pero también, de manera dudosa por su legitimidad, de los tipos de "ejercicio ilegal de la profesión" (art. 363 y s.) y "desacato" (art. 374 y s.). En el segundo, se tienen los casos de "abuso de autoridad" (abuso genérico, omisión de actos, denegación de auxilio, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de cargo y nombramiento ilegal), "concusión y exacciones ilegales" (art. 382 a 386), el "peculado y malversación" (art. 387 a 392), "corrupción de funcionarios" (art. 393 a 401).

- Omisión de auxilio policial (art. 378)
- Requerimiento ilegal de la fuerza pública (art. 379)
- Abandono de cargo (art. 380)
- Nombramientos ilegales (art. 381)

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

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

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

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

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

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

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

En los Estados modernos de Derecho, cuya estructura se funda en el principio de separación de poderes, descentralizado y desconcentrado, cada uno de ellos tienen asignados, preferentemente, una de las funciones clásicas: El Poder Ejecutivo, la función administrativa; el Poder Legislativo, la función de legislar y fiscalizar; el Poder Judicial, la función de administración de justicia, entre otros. Empero, a todo esto tenemos que advertir que no solo el Poder Ejecutivo tiene función administrativa, sino que también posee una función normativa (mediante los Decretos Supremos o Decretos Legislativos), y obviamente la función "jurisdiccional", mediante sus comisiones de investigación que llevan a cabo mediante sus ministerios.

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

El concepto jurídico de administración pública puede entenderse en dos sentidos: *un concepto objetivo*: administración pública implica

ejercer la función administrativa, esto es, aquella función estatal encargada de aplicar y cumplir las leyes (mediante su ejecución), pero también en dictar disposiciones (función de reglamentación) y en resolver reclamaciones (función de solución de controversias). De otro lado, existe un *concepto subjetivo* de administración pública, que lo identifica como aquel complejo u órgano encargado de ejercer la función administrativa[1216].

A nuestro juicio, el concepto de administración pública debe ser considerado como un sistema vivo y dinámico, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos[1217]. Esta situación evidencia que en el interior

---

[1216] El "doble" concepto de la administración pública se relaciona a su vez con el concepto de funcionario público. En este sentido véase: VALEIJE ALVAREZ, Inma; *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, p. 54 "...al referirse al concepto penal de funcionario público sostiene que la condición de tal se adquiere por la concurrencia de dos requisitos, uno subjetivo relativo a la existencia de un título o cualidad jurídica en la persona, y otro objetivo constituido por una efectiva participación del agente en la función pública. Doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que en el Código penal la condición de funcionario público se adquiere por la concurrencia de dos requisitos distintos: uno de índole subjetivo, relativo a la existencia de un título o cualidad jurídica en la persona, y otro de índole objetivo que vendría constituido por una efectiva participación en la función pública".

[1217] En ese sentido, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Núm. 27444, en su Título Preliminar, en el Artículo I: (ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY) señala lo siguiente: "La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la administración pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la administración pública.

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y,

del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias, desde este punto de vista puede ser afectado por terceros[1218]. Es decir, por administración pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos[1219].

En efecto, mientras la administración pública posee estabilidad, el gobierno se encuentra sometido generalmente a la mutación política, ya sea así por imponer las reglas del propio sistema republicano (la periodicidad en el desempeño de los cargos políticos constituye una de sus notas peculiares), como por las exigencias derivadas de la obtención de un consenso mínimo por parte de los gobernados, cuya falta suele quebrar la llamada legitimidad del poder[1220].

En la administración pública se dan todas las características que son propias de la institución, a saber[1221]:

a) Persigue fines que, si bien pertenecen *al bien común*, ella los asume como privativos. Ese fin es la idea de obra que se en-

---

por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia".

[1218] URQUIZO OLAECHEA, José; *"Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública"*, en: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 12, Lima, 2002, p. 234.

[1219] Del mismo sentido: BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *Delitos de corrupción de funcionarios*, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, pp. 81-82.

[1220] CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo I*, en: Danós Ordóñez, Jorge (Coordinador), Selección de Textos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima, 2008, p. 98.

[1221] CASSAGNE, Ob. cit., pp. 98 y 99.

cuentra en el seno de toda institución y en la medida en que es asumido como propio, la administración deja de ser instrumental, para institucionalizarse;

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

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

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

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

> *"Dicho capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de dicha Constitución, que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos*

contra patrimonio del Estado por funcionario y servidores públicos[1222]. *Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan al correcto funcionamiento de la administración pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisional, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos"*[1223].

Agrega el citado Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que: *"Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre otros. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos*[1224]*:*

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

[1222] Acuerdo Plenario N° 01-2010 de la Corte Suprema de la República. Además debe tenerse en consideración que un intento sobrerrepresión penal se ha introducido en la parte general del Código penal peruano, una "agravante genérica" para todos los delitos cometidos por el "funcionario público aprovechando su condición de tal" (art. 46-A). En el caso de los delitos contra la administración pública, esta cláusula genérica es obviamente innecesaria, porque aquellos tipos penales que prevén como autor a un "funcionario público" precisamente basan el injusto en el aprovechamiento o abuso de tal condición. El peligro práctico de esta cláusula está en que, si fuera mal utilizada (como es de temer en un medio donde la dogmática penal no tiene aún tanta difusión), podría llevar a la imposición de penas desproporcionadamente elevadas.

[1223] Acuerdo Plenario N° 01-2010 de la Corte Suprema de la República (cursiva y subrayado nuestros).

[1224] Acuerdo Plenario N° 01-2010 de la Corte Suprema de la República (cursiva nuestra).

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

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

Como hemos dicho, la administración pública debe estar al servicio de los sujetos administrados en forma general, ya sean de los particulares y de los propios funcionarios o servidores públicos, sin discriminación, participando activa y dinámicamente en el proceso de estabilidad y desarrollo de la administración; sin embargo, dichos sujetos –particulares y funcionarios/servidores– también pueden atentar contra los intereses de la propia administración. Así un caso paradigmático donde un particular comete un delito en contra de la administración pública es por ejemplo el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, el mismo que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 368° del Código penal de la siguiente manera: *"El que desobedece o resiste a la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años"*; como es sabido, el bien jurídico protegido por este delito de manera general es el correcto funcionamiento de la administración pública, siendo el objeto directamente atacado en este tipo penal la efectividad de las actividades funcionariales, es decir, el cumplimiento de las órdenes dadas por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.[1225]

[1225] De igual forma sostiene ABANTO VÁSQUEZ respecto que el objeto directamente atacado aquí es la efectividad de las actividades funcionariales (2003, p. 168 y ss.)
La acción típica está configurada por los verbos rectores: *"desobedecer"* y *"resistir"*. El verbo desobediencia significa: *"no hacer lo que ordenan las leyes o*

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

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

---

quienes tienen autoridad"; mientras que el verbo resistir significa: "*contrariar, rechazar, oponerse con fuerza a algo, poner dificultades para la realización de algo*". A efectos penales, la desobediencia es similar a la resistencia, pero contiene un menor injusto, pues prescinde de la intimidación y de la fuerza, así la desobediencia consiste en una conducta omisiva en cuanto el incumplimiento de mandatos u órdenes emanadas de la autoridad. Por otro lado, en la resistencia el sujeto trata de impedir mediante actos de resistencia, el cumplimiento de la orden. Por su parte, debemos tener en cuenta que el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad debe recaer respecto a una *"orden impartida por un funcionario público"*. Esta orden incumplida, a través de la desobediencia o resistencia en el sentido sancionado por el art. 365 del CP, debe reunir una serie de requisitos:

(i) La orden incumplida debe ser una orden concreta y directa. Las órdenes no pueden ser vagas ni genéricas.

(ii) La orden incumplida debe ser legal, es decir, la orden debe ser dada por un funcionario en virtud de sus atribuciones.

(iii) La orden incumplida no debe tener otra regulación legal específica, sea como delito, infracción administrativa o civil.

(iv) Asimismo debe existir una conminación previa en una resolución y otra que haga efectivo el apercibimiento previo.

(v) No debe tratarse de cuestiones vinculadas con intereses personales de cualquier índole (afectiva, personal) o reñidas con las garantías constitucionales.

(vi) No es un requisito la publicidad de la orden, pero debe ser por lo menos notificada a su destinatario, si se trata de una orden verbal, tiene que ser directa. (Ob. cit. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 172 y 173).

prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado social y democrático de Derecho"[1226].

1.1. En el ámbito de la administración pública rige el principio de división del trabajo y jerarquización de funciones

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

---

[1226] ABANTO VÁSQUEZ; *Los delitos contra la administración pública en el Código peruano,* Lima, 2003, p. 16. Por su parte: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *"Delitos contra la administración pública en el Código penal español de 1995; Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas"*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año IV, N° 7/8, Lima, 1999, p. 701 en lo referido al concepto de bien jurídico, lo que se pretende tutelar es el correcto funcionamiento de la administración pública, esto es, la eficacia y objetividad con que se debe servir a los intereses generales, sin que se pretenda con ello exigir la perfección, excelencia o lo impecable, sino el cumplimiento de unos "mínimos" (nivel básico, para la pervivencia del sistema político social). Por otro lado, BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho penal, Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 366, afirma acertadamente que la administración pública se trata de un bien jurídico funcional, por cuanto lo que pretende proteger es la función administrativa pública y no a los órganos o poderes. REYNA ALFARO, Luis Miguel; "El bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública", en *"Delitos contra la administración pública"*, Jurista Editores, Lima 2009. p. 253 y ss, refiere que el bien jurídico genéricamente tutelado en estos delitos es "la funcionalidad de la administración pública", lo que se entiende como "el correcto funcionamiento de la misma". Así, para el mismo autor, si bien se protege la funcionalidad como bien jurídico genérico, se protege también los bienes jurídicos específicos de los cuales depende aquel, teniendo en cuenta el concepto multidimensional de la administración pública, que incluye el ejercicio de funciones y servicios públicos, la observancia de los deberes del cargo o empleo, la regularidad y normal desenvolvimiento de la función y servicios públicos , el prestigio y dignidad de la función pública, la probidad y honradez de los funcionarios o servidores públicos, y la protección del patrimonio estatal, de los símbolos y distintivos estatales.

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

En este último punto, por ejemplo, en la Ley de Contrataciones del Estado (D. Leg. N° 1017) en el artículo 46º, tercer párrafo, se regula las responsabilidades de las entidades y funcionarios. En ella se señala que: *"La evolución del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las decisiones discrecionales a que se refiere el párrafo precedente, es realizada por la más alta autoridad de la Entidad a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de los mismo en sus cargos. Para tal efecto, la Entidad podrá disponer,* ***en forma periódica y selectiva, exámenes y auditorías especializadas"***. Esto es, la única responsabilidad es una de tipo administrativo (*culpa in eligendo*) mas no de naturaleza jurídico-penal. Una responsabilidad por mala selección de su personal en el ámbito de sus funciones, que finalmente llevará adelante los contratos de licitación, pero no porque haya intervenido en los contratos.

Lo cual pone en el tapete el tema de que no se puede imputar a un sujeto un resultado si es que no se comprueba, previamente, hay un curso causal que actualmente se denomina imputación objetiva. El punto de partida del proceso de imputación objetiva es la confirmación, del nexo de causalidad entra la acción y el resultado. Conforme lo señala Hurtado Pozo[1227], esta conexión debe ser comprobada según los criterios admitidos por las ciencias naturales; es decir, debe precisarse si el resultado, según los principios admitidos en las ciencias empíricas, se explica como la modificación del mundo exterior consecutiva, física y temporalmente, al comportamiento del agente. Sin embargo, el acto humano debe ser considerado causal si es decisivo con relación a la manera, el momento y el lugar de la producción del resultado concreto.

El principio de división del trabajo se muestra en la actualidad como una necesidad impostergable en el ejercicio de cualquier activi-

[1227] HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima, 2005, p. 434.

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

Al respecto, Gracia Martín, señala que: "La división del trabajo determina que el sujeto en el ejercicio de una "competencia" que es solo fragmentaria con respecto a la actividad total de la empresa. Por esta razón, cada acto parcial se muestra a menudo atípico para el Derecho penal, sea porque no realiza por sí solo el tipo objetivo, sea porque su autor desconoce que su acto está precisamente implicado en una más amplia actividad criminal de la empresa y entonces no realiza el tipo subjetivo; o bien, finalmente, porque el o los concretos sujetos que han realizado la acción típica (objetiva y subjetivamente) carecen personalmente de la cualidad constitutiva del elemento objetivo de la autoría requerido por el tipo".[1228]

2. SOBRE EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Los encargados de ejercer la función pública en nuestro país son los llamados funcionarios públicos; pero concurrirán a la realización de la misma, otras personas conocidas como servidores públicos, como dan cuenta varias figuras delictivas en el Código penal (véase, el delito de peculado, colusión, cohecho, entre otros). La definición de funcionario público adquiere relevancia en los delitos contra la administración pú-

[1228] GRACIA MARTÍN, Luis; *"Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal"*, en: Actualidad Penal, Nº 16-19, 1993, p. 223.

blica a partir de la distinción de *lege lata* entre tipos penales cometidos por "particulares" y delitos cometidos por "funcionarios públicos".

En lo que respecta a la condición de funcionario público, concepto poco uniforme y que presenta múltiples variantes en la doctrina, se indica que es "todo aquel que, en virtud de designación legal o especial, y de una manera continua, bajo forma y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando este se dirige a la realización de un fin público"[1229].

Ser considerado funcionario público es ocupar un *estatus especial* dentro de la sociedad, el mismo que comporta privilegios y obligaciones distintos al estatus del servidor o empleado público, como veremos más adelante. Los funcionarios son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión y de representación del Estado o del organismo público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal así como el exterior de la misma[1230]. La configuración de la condición de funcionario público requiere el desarrollo de una actividad normada de representación o para la formación de la voluntad del Estado (elemento estatutario), y, que el Estado mediante algún acto, haya reconocido o determinado dicha función, a través de un vínculo laboral, contractual, designación, nombramiento o cualquier otro acto que determine una relación (elemento constitutivo).

El funcionario público es una de las partes en la prestación del servicio estatal[1231], con significación propia, pues sus procesos de co-

---

[1229] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 3era. Edición, 2002, p. 25.

[1230] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 28. Para más referencias, véase: DONNA, Edgardo Alberto; *"El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal"*, en: Revista de Derecho Penal, 2004-2 –Delitos contra la administración pública, Buenos Aires-Santa fe, p. 9 ss.

[1231] En este sentido, véase nuestra Constitución Política que en su art. 39° precisa lo siguiente: *"Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación"*.

municación se cumplen con la administración misma y con el servicio de la administración a terceros[1232]. Podemos concluir entonces que el funcionario público es todo aquel que, con independencia del carácter de la actividad que realice, haya sido nombrado o designado como tal, mediante un acto formal de la administración, válido y eficaz, para ejercer potestades públicas en el campo de su competencia; independientemente de la naturaleza del vínculo establecido con el Estado.

Rodríguez Puerta afirma que la cualidad de funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación efectiva en el ejercicio de la función pública, y el segundo la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto activo y la estructura administrativa, un título que habilite al agente para el ejercicio de las funciones públicas, de modo tal que se pueda imputar la actividad del sujeto activo al ejercicio de los poderes públicos. En conclusión, señala la autora, la cualidad de funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación en el ejercicio de funciones públicas y el segundo, la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto y la estructura administrativa, esto es, la concurrencia de un título que lo habilite para el ejercicio de funciones públicas, de modo que sea posible imputar la actividad de ese sujeto a los distintos poderes públicos.[1233]

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

[1232] URQUIZO OLAECHEA, José; *"Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública"*, en: Revista Peruana de Ciencias Penales Nro. 12, Lima, 2002, p. 245.

[1233] RODRÍGUEZ PUERTA, María José; *El delito de cohecho: Problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999, p. 166. En este sentido: FISANCHO APARICIO, Manuel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2002, p. 37 nos dice que: "En definitiva, conforme a nuestro Derecho penal es de aceptación un concepto extensivo de funcionario y servidor público que incluye en él tanto a personas que ejercen circunstancialmente una función pública (interinos, eventuales), como a los particulares que eventualmente realizan un servicio público".

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

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

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

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

En esta misma lógica se ubica el artículo 377° del Código penal, que sanciona el delito de omisión o retardo de actos de función, bajo

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

Sin embargo, no es el único supuesto donde solo se prevé como sujeto activo al funcionario público, también en el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público (artículo 381° C.P.[1234]), se sanciona como pocas veces a los dos sujetos que intervienen en el "encuentro" lesivo en contra del bien jurídico protegido, y se sanciona a aquel sujeto sumamente especial, pues solo habla del funcionario público y no servidor público. Asimismo, el delito de autorización ilegal de matrimonio por funcionario público (artículo 141° C.P.) señala: *"El **funcionario público** que, a sabiendas, celebra un matrimonio ilegal..."*, y el delito de inobservancia de las formalidades por funcionario público, que señala: *"El **funcionario público**, párraco u ordinario que procede a la celebración del matrimonio sin observar las formalidades exigidas por la ley, aunque el matrimonio sea anulado..."*

2.1. El funcionario de facto o de hecho

Antes de cerrar este apartado, un concepto normalmente relacionado con el funcionario público de Derecho es el relativo a la *función*

[1234] El artículo 381° del Código penal reprime el delito de nombramiento y aceptación de cargo público, bajo los siguientes términos: *"**El funcionario público** que hace **un nombra**miento para cargo público en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a veinte días-multa. El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena"*.

("pública") de hecho o de facto, o llamado también *funcionario de facto o de hecho*, quien es aquel que adolece de deficiencias o irregularidades en el título que sustenta la calidad de funcionario público o simplemente este título ha fenecido[1235]. En otras palabras, son los funcionarios que no cuentan con un título que los legitime, sea porque nunca lo tuvieron o el que tuvieron pese a haber sido válido o presenta irregularidades (posee un vicio), o también cuando pese a contar con título válido, al acceder al cargo no ha observado las formalidades establecidas por la Constitución, las leyes o los reglamentos.[1236]

Es decir, cuando el sujeto es un funcionario de facto o funcionario de hecho, p. ej., no tiene título de abogado para un cargo público que lo requiere, el título que presentó era falso, no tenía la condición de peruano de nacimiento, etc. Para efectos penales, el sujeto es funcionario público y puede cometer delitos contra la administración pública[1237]. La fundamentación de esta posición está en que, *independientemente de las relaciones al interior de la propia administración, lo que interesa al Derecho penal es la "relación externa", pues "el mayor merecimiento de pena del funcionario público radica en el abuso hacia fuera del poder funcionarial que se le ha conferido"*[26]. *Solamente no se daría el elemento penal "funcionario público" cuando la nulidad administrativa prohíba el ejercicio funcionarial, o sea cuando los actos (y con ello la posibilidad*

[1235] El hecho que no posea un título formal que lo habilite como funcionario o servidor público, nos sitúa en el artículo 361°, el delito de usurpación de funciones o autoridad, que prescribe lo siguiente: *"El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al Artículo 36°, incisos 1 y 2.*
Si para perpetrar la comisión del delito, el agente presta resistencia o se enfrenta a las fuerzas del orden, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años".

[1236] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 35.

[1237] Véase, en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ; 2003, p. 23.

de los delitos contra la función pública) del sujeto ya no fueran propios de un funcionario[1238].

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

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

[1238] Véase, ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2003, p. 23.

3. SOBRE EL CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO

El concepto de servidor público tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase "empleado público"[1239]. Atendiendo a la finalidad abstracta de la función (entendida esta como la concreción objetiva de los planes o lineamientos del Estado) se tiene que, tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, existen diferencias y están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración mediante contratación; el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos.

Los servidores o empleados públicos no resultan vinculados a la administración pública con la misma intensidad que los funcionarios públicos, pues su nivel de deberes y obligaciones no son de la misma magnitud que la de estos, inclusive normalmente no desempeñan cargos decisivos y tampoco están a cargo de los presupuestos o encargados del patrimonio de la entidad u organismo donde desempeñan sus labores[1240]. En definitiva, un empleado no ejerce estrictamente una función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios. Debiendo tenerse en cuenta que el término de empleado público es idéntico en significado al de servidor público.

El concepto de "servidor" por el de "trabajador", es algo parecido, lo que nos permite sostener la imprecisión legislativa del uso de tales conceptos, sobre todo por un desconocimiento semántico. El término "trabajador"[1241] generalmente se encuentra ligado a las relaciones in-

---

[1239] BACACORZO, Gustavo; *Tratado de Derecho administrativo,* Lima, Gaceta Jurídica, 1997, T. 1, p. 399.

[1240] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 38.

[1241] Asimismo, sobre dicha base, la Ley N° 27815, modificada por la Ley N° 28496, Ley del Código de Ética de la Función Pública, involucra una concepción más amplia al denominado "empleado público", dado que comprende a todo funcionario o servidor de la administración pública, en cualquiera de los niveles

dividuales de naturaleza privada. Al momento de la elaboración de la Constitución de 1993 se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 276 y el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que regulan actualmente la carrera administrativa, en las que se define como "servidor público" al ciudadano en ejercicio que presta servicio en la administración pública, y "funcionario" a quien es elegido o designado para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos.

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

Como da cuenta Reaño Peschiera "...en la investigación instaurada contra Vladimiro Montesinos Torres, Alberto Kouri Boumachar, Oscar Doffour Cattaneo y José Francisco Crousillat Carreño por la comisión del delito de corrupción de funcionarios, motivado por el caso de transfuguismo antes mencionado se hizo manifiesta una deficiencia en la definición jurídico penal de funcionario público en los casos de elección por sufragio popular".[1242]

En ese sentido, la "Convención Interamericana contra la Corrupción" documento aprobado y firmado por 23 países de América Latina (y ratificado por el Perú) en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana realizada en Caracas en el mes de marzo de 1996, ofrece en el artículo I (Definiciones) la siguiente noción de funcionario público: *"funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público": cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del*

---

jerárquicos, sea nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado.

[1242] REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿comprador de humo, víctima o partícipe?,* en: Ius et veritas, Nro. 23, p. 284.

Estado, en todos sus niveles jerárquicos". Esta definición intenta, entre otras cosas, homologar diferentes nociones empleadas en las diversas naciones, sobre todo latinoamericanas, para comprender a los denominados "agentes públicos" (es decir, tanto funcionarios propiamente como empleados); y lo más controvertido en el artículo I es la inclusión en el concepto de funcionario a aquellas personas que han sido seleccionadas, designadas o electas para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado[1243].

El concepto de funcionario en perspectiva de la Convención Interamericana prescinde de la investidura y del ejercicio funcional

---

[1243] Debemos tener en consideración que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Artículo 2), en el punto sobre "Definiciones" de la Convención, señala expresamente tres clases de funcionarios públicos (y no realiza diferencia alguna con el concepto de "servidor público"), y son definiciones (del Artículo 2°) totalmente distintas a lo que nuestro Código penal (artículo 425° CP) define. En efecto, la Convención define las siguientes clases:

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

b) Por "**funcionario público extranjero**" se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;

c) Por **"funcionario de una organización internacional pública"** se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

de atribuciones adelantando el interés político criminal del Estado a la fase previa de la selección, nombramiento o elección respectiva, de forma de sancionar los actos corruptos que sucedan en el período de tiempo que antecede a la toma de posesión efectiva y material del cargo funcionarial (por ej., actos de requerimiento, aceptación de dádivas, bienes, favores o ventajas a cambio de prestaciones oficiales futuras y demás comportamientos de corrupción que prevea cada legislación penal interna). En consecuencia, se trataría de una nueva clasificación de funcionarios en sentido amplio, distinta a la que existe en el Derecho administrativo y por supuesto en el Derecho penal de corte latinoamericano[1244].

[1244] REAÑO PESCHIERA; *Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "Caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿Comprador de humo, víctima o partícipe?*, cit., p. 286 señala lo siguiente: "A mi juicio la aplicación de la noción de funcionario público expresada en la Convención Interamericana contra la corrupción tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento penal, a partir de cuatro argumentos expuestos en el Informe elaborado por los profesores César San Martín Castro y Dino Carlos Caro Coria para el Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), con ocasión del informe "Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción", elaborado por el Profesor Felipe Villavicencio Terreros; a saber i) El concepto de funcionario o servidor público en un elemento normativo de los tipos de corrupción, de allí que su delimitación debe realizarse conforme a las normas pertinentes del ordenamiento jurídico, ii) La Convención Interamericana contra la Corrupción, en tanto ha sido ratificado por el Estado peruano, constituye en virtud del artículo 55 de la Constitución una norma de derecho interno que ostenta, al menos rango de ley como se deduce del artículo 200, iii) la fuerza normativa de la Convención Interamericana contra la corrupción la constituye en una fuente de obligatoria observancia en la delimitación de concepto de funcionario o servidos público, más aun porque el propósito de la ratificación en la OEA operó el 4 de junio de 1997 es decir con posterioridad a la Ley 26713 de 27 de diciembre de 1996 que reformó los alcances del numeral 3 del artículo 423 del Código penal; iv) Cabe expresar en todo caso que esta línea de interpretación es compatible con el principio de reserva absoluta de ley penal, no se trata de la aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de la concepción de un elemento técnico normativo conforme a las fuentes internacionales de obligatoria observancia en Perú".

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

La imposibilidad jurídica de emplear criterios materiales para definir al congresista electo tiene como causa el que tampoco se pueda recurrir a estos para los casos de definición del bien jurídico administración pública y función pública. La doctrina es uniforme al reconocer que solamente se puede elaborar el concepto de funcionario público electo a partir de criterios normativos. Rojas Vargas comenta que el título habilitante elección se forma con la concurrencia de elementos de legitimidad legal, procesal y formal.[1245] Sobre el título habilitante elección, Queralt expresa que dado a que el derecho de sufragio se regula por ley, solamente podrá considerarse válido para atribuir la condición de funcionario electo la realización de un proceso regular conforme a la ley de la materia.[1246] Donna se ubica en esta posición al reconocer que el funcionario público en general, no solo el electo, es en los tipos penales un elemento normativo, de allí que solamente pueda ser representado y concebido a través de una norma; por lo que claramente se recoge que el concepto de funcionario público, y por ende el de congresista electo, es normativo[1247].

[1245] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2001, p. 37.

[1246] QUERALT, Joan J.; *"El concepto penal de un funcionario público"*, en: Cuadernos de Política Criminal # 27, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, p. 488.

[1247] DONNA, Edgardo Alberto; *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, 2000, p. 27.

5. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN LAS NORMAS EXTRAPENALES

El artículo 4 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público[1248], en concordancia con nuestra Constitución Política, clasifica al personal del servicio civil en:

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

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

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

En el Perú se hace referencia a la figura de funcionario público, sin tener una definición uniforme sobre el concepto, y las características esenciales del mismo. En el caso de la Constitución Política del Perú, a pesar de que en su artículo 39° señala que "...*los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...*", no ha incorporado una definición que pueda ser usada como criterio uniforme sobre lo que comprende la función pública y la condición de funcionario público, habiéndose, más bien, establecido distintas definiciones legales sobre la materia, cada una obligatoria dentro de su propio ámbito de aplicación[1249].

[1248] La regulación de la Ley Marco del Empleo Público es general, pues se limita a clasificar al personal del servicio civil en diversas categorías, conforme al marco constitucional del artículo 40. En efecto, la ley agrupa y establece características básicas de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa y de los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Por tanto, la Ley N° 28175, no tiene por objeto regular exclusivamente los derechos de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sino los derechos básicos de los empleados públicos en general.

[1249] ROYO-VILLANOVA, Segismundo; *El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo Derecho español, en:* Revista de Administración Pública, N° 44, España, 1964, p. 10. Señala que no hay una definición única del funcionario. Su situación no es la misma en todas partes. La situación

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

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

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

> *"4.1 Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre de servicio del Estado*[1250].
>
> *4.2. Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios".*

---

jurídica del funcionario está siempre ligada a un Estado determinado y no puede considerarse fuera de este Estado, de su historia, de su legislación y de la jurisprudencia de sus tribunales.

[1250] El uso de los términos "funcionario", "servidor" o "empleado" público, responde a una distinción que se sustentaba básicamente que el supuesto poder mayor decisorio del denominado funcionario, sin embargo ello dista de tener sustento jurídico o real ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar; por lo que dicha distinción no se basa en razones de índole jurídico, siendo conveniente eliminarla del uso técnico, pues en general se trata de términos indistintos, por cuanto no nos permite diferenciar distintos tipos de agentes del Estado sino, a lo sumo, distintos tipos de actuación de ellos. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo* Tomo I Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, Capítulo XIII p. 1 y ss.

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

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

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

> *El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El funcionario público puede ser:*
>
> *a. De elección popular directa y universal o confianza política originaria.*
> *b. De nombramiento y remoción regulados.*
> *c. De libre nombramiento y remoción.*

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

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

Asimismo, en el literal 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución legislativa N° 28357 y

ratificada por Decreto Supremo N° 075-2004-RE, se señala que para efectos de dicho instrumento internacional:

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

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

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

solo y únicamente quebrantando el Código penal –art. 170–), pues el sujeto actúa desprovisto de deberes y obligaciones previas.

Tenemos que advertir que el ámbito de los delitos de infracción de deberes constituye un amplio margen de delitos donde se exige al sujeto acciones positivas de cara a la protección de los bienes jurídicos que suelen llamarse "institucionales", ya que por ejemplo en los delitos contra las personas, específicamente en el delito de parricidio (artículo 107° del Código penal), es considerado, según nuestro máximo Tribunal, como un delito de infracción al deber en virtud de una institución[1251].

En esta misma lógica debemos ubicar la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente (R.N. N° 2065-2008-Lima) de fecha 5 de octubre de dos mil nueve, que refiere que los delitos contra la administración pública, el funcionario adquiere deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico. Así, *"los delitos cometidos por funcionarios públicos se configuran como de infracción del deber, pues, el sujeto especial calificado adquiere deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico por su vinculación institucional con él. Estas relaciones extrapenales definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el agente y cuyo*

[1251] RECURSO DE NULIDAD N° 4223-2007 Arequipa- de fecha veinte de agosto de dos mil ocho, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia, señala: *"... Que, el delito de parricidio previsto en el artículo ciento siete del Código penal, se tipifica cuando, el que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino; que, cuando se aborda el delito de parricidio, es de advertir que este tipo penal es un delito de infracción de un deber en donde el interviniente es un garante en virtud de una institución, como es para el presente caso el "cónyuge" –véase la copia simple del documento nacional de identidad de fojas cincuenta y uno–, en efecto, lo que se lesiona es esta institución; en este sentido, su fundamento de imputación jurídico-penal no se limita solo a la posibilidad de ser autor con una determinada característica o de un determinado círculo de autores previstos por la norma, sino a la defraudación del "deber positivo" o específico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho o de la organización. (Vid., SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ – TRILLES, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Prólogo de Günther Jakobs, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2002, pp. 43 y 44)".*

quebrantamiento –con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial– explica la existencia del delito de infracción del deber"[1252].

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

[1252] Parte especial, Jurisprudencia Sumillada, Lima: 2010, Editorial Gaceta Jurídica, p. 183.

En ese sentido, en los delitos de infracción del deber se encuentran los funcionarios o servidores públicos, y como es obvio, la normativa viene desde el ámbito de la administración pública[1253], y como se sabe constituye el bien jurídico protegido; y por tanto, un funcionario y/o servidor, precisamente porque es una persona "pública", está lleno de determinadas obligaciones para con el Estado, a quien lo representa (por ejemplo, el sujeto cuando "sustrae" dinero de las arcas del Estado –peculado doloso–, quebrantando no solo el Código penal en relación al delito de peculado, sino también quebranta normas legales y reglamentarias propias de la institución –como el ROF–, y hasta normas éticas contenidas en leyes ordinarias). Las obligaciones que tiene el funcionario pueden ser, entre otras, desde el punto de vista patrimo-

---

[1253] MAYHUA QUISPE, Luis Miguel; *"La condición de funcionario público como fundamento de los delitos de infracción de deber"*, en: Jus Jurisprudencia, Octubre, 5, 2007, p. 175 y ss. En este sentido, véase, la Ejecutoria Suprema del 05/10/2009, R.N. N° 2065-2008-LIMA. VOCAL PONENTE: GONZALES CAMPOS, Robinson Octavio, extraído de: *Gaceta penal y procesal penal*, tomo 12, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2010, p. 184, que tiene dicho: *"Los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de "infracción del deber", ya que suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores públicos contra la administración pública), por vinculaciones paterno filiales, de confianza o jurídicas, etc. Relaciones extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento –con la concurrencia de los demás componentes del tipo penal especial– explica la existencia de los delitos de infracción de deber (Rojas Vargas, Fidel, Delitos contra la administración pública, Grijley, 2007, p. 190"*.
Asimismo, véase la Ejecutoria Suprema del 26/08/2009, R.N. N° 5434-2008-JUNÍN. VOCAL PONENTE: GONZALES CAMPOS, Robinson, extraído de: *Gaceta penal*, tomo 15, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2010, p. 112, que tiene dicho lo siguiente: *"Es menester precisar que los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de 'infracción de deber', lo que supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico por su vinculación con el bien jurídico específico, esencialmente por deberes institucionales o relaciones penales extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento –con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial– explica la existencia del delito de infracción de deber"*.

nial (está sujeto al informe anual de su declaración jurada de bienes y rentas), como deberes propios de la función a realizar –como el ROF de la cada institución–, o los deberes éticos (por ejemplo, el Código de Ética de la Función Pública).

La regulación legal peruana de los delitos de "infracción de deber" –categorización conceptual propuesta por Claus Roxin, en 1983, y dominante en la actualidad– presenta una redacción legislativa que lo retrotrae al año 1991 (con excepción de la importante reforma producida en los delitos de corrupción en el año 2004, a través de la Ley N° 28355), inclusive varios de sus artículos obedecen a la lógica de construcción legislativa del Código penal de 1924, se comprende la necesidad de que la política criminal del Estado, en sede de Congreso de la República, centre ahora su interés de modernizar los tipos penales que dan cuenta de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, ajustando sus tipologías a una más racional intervención criminalizadora-punitiva y dosificando legalmente penas con mejores criterios de proporcionalidad abstracta, a efectos de otorgar así una más enfática y razonable tutela penal a los valores e intereses jurídicos protegidos[1254].

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

La autonomía del Derecho en relación a las normas morales (concreciones prácticas de los valores ético dominantes históricos) no implica que se pueda construir normas jurídicas desprovistas de eticidad, o que las normas jurídicas vinculen su validez y vigencia exclusiva-

[1254] Véase: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, Periodo Anual de Sesiones 2011.

mente al centro de producción formal legislativo, por cuanto y por más válida que sea una norma al haber sido dictada por el órgano legislativo si la misma es inicua, esto es desprovista de eticidad, y por lo tanto perversa, se convierte en una norma ilegítima socio jurídicamente.

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

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

Con la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 13 de agosto de 2002 y Reglamentada a través del Decreto Supremo N° 033-2005-PCM de 18 de abril de 2005[1255], se aprueban los Principios, Deberes y Prohi-

[1255] En el Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública se especifican algunas precisiones como la clasificación de las sanciones, las mismas que pueden ser: a) Amonestación, b) Suspensión, c) Multa de hasta 12 Unidades Impositivas Tributarias, d) Resolución Contractual, e) Destitución o despido; estas se aplican de acuerdo a la gravedad de las infracciones y a los criterios como: funciones desempeñadas, así como el cargo y jerarquía del infractor, la reincidencia o reiterancia, entre otros.
Igualmente en el Reglamento se considera que cualquier persona puede denunciar ante la misma Comisión las infracciones que se cometan en la Ley y su Reglamento. El plazo de prescripción de la acción para el inicio del

biciones éticos que rigen para los servidores públicos de las entidades de la administración pública.

En efecto, en la Ley del Código de Ética de la Función Pública se establecen principios, tales como: respeto[1256], probidad[1257], eficiencia[1258], idoneidad[1259], veracidad[1260], lealtad y obediencia[1261], justicia y equidad[1262],

---

procedimiento administrativo disciplinario es de tres (03) años contados desde la fecha en que la Comisión Permanente o Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios toma conocimiento de la comisión de infracción.
En cuanto a los incentivos y estímulos, el Reglamento establece que es la Secretaría General de cada Entidad o quien haga sus veces, la encargada de diseñar, establecer, aplicar y difundir los incentivos y estímulos, así como los mecanismos de protección, a favor de los empleados públicos que denuncien el incumplimiento de las disposiciones de la Ley y su Reglamento, de acuerdo a los criterios del Titular de la Entidad.

[1256] Adecua su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento (art. 1).

[1257] Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona (art. 2).

[1258] Brinda calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente (art. 3).

[1259] Entendida como aptitud técnica, legal y moral, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública. El servidor público debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones (art. 4).

[1260] Se expresa con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos (art. 5).

[1261] Actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes que le imparta el superior jerárquico competente, en la medida que reúnan las formalidades del caso y tengan por objeto la realización de actos de servicio que se vinculen con las funciones a su cargo, salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, las que deberá poner en conocimiento del superior jerárquico de su institución (art. 6).

[1262] Tiene permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general. (art. 7)

lealtad al Estado de Derecho[1263]. Como Deberes se consignan la neutralidad[1264], transparencia[1265] (carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica), discreción[1266], ejercicio adecuado del cargo[1267], uso adecuado de los bienes del Estado y responsabilidad[1268] y como prohibiciones, se establece el mantener intereses de conflicto, obtener ventajas indebidas, realizar actividades de proselitismo político, hacer mal uso de información privilegiada y presionar, amenazar y acosar.

7. EL FUNCIONARIO COMO PORTADOR DE DEBERES ESPECIALES DE GARANTÍA

Sabido es que el funcionario público ostenta deberes especiales de garantía dentro de su ámbito de competencia. En efecto, sobre el Estado –y en general, sobre la autoridad pública– pesa, por mandato

---

[1263] El funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. Ocupar cargos de confianza en regímenes de facto, es causal de cese automático e inmediato de la función pública. (art. **8)**

[1264] Debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones, demostrando independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.

[1265] Debe ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna.

[1266] Debe guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de los deberes y las responsabilidades que le correspondan en virtud de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública.

[1267] Con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones el servidor público no debe adoptar represalia de ningún tipo o ejercer coacción alguna contra otros servidores públicos u otras personas.

[1268] Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados.

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

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

Algo debe quedar claro en este punto: que el bien jurídico (aquella exclusivamente protegida por el ordenamiento jurídico-penal, caso contrario, no sería, después, "típica" de un delito de omisión impropia) es la que da contenido material a los deberes de garantía. En los delitos donde se protege bienes jurídicos personales, lo que caracteriza a un delito de omisión impropia y a un delito de comisión, es que el sujeto, en el primero, está en posición de garantía, y en el segundo simplemente no lo está[1269]. Precisamente porque la posición de garantía le impone "deberes de evitación", y en la segunda "deberes de prohibición", pero no hacia el vacío, sino concretamente hacia la protección y

[1269] Porque puede ser que los delitos de comisión no tengan vocación dogmática para la omisión impropia pues la estructura típica lo impide. Por ejemplo, de medios determinados o que no contenga un resultado típico separable materialmente de la acción: puede ser de peligro abstracto, o de simple actividad.

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

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

Como toda calidad de garantía –o posición de garante– depende, en principio, de la definición que proporcione la descripción legal[1270]. Ahora bien, en cuanto a la definición de funcionario público y su inclusión como portador de deberes jurídicos de evitación en el Derecho argentino, tendrá que hacerse en función a dos reglas limitantes y complementarias:

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

[1270] Como toda categoría del Derecho penal positivo que se inserta en un marco respetuoso del principio de legalidad, debe ajustarse a los requerimientos legales. Por eso, la calidad del garante –dentro del concepto de omisión impropia– en su recepción a cualquier Derecho positivo tendrá como objetivo establecer si tal categoría pertenece exclusivamente a la Parte general o a la Parte especial.

bernamental" o "servidor público" es: *"Cualquier funcionario o empleado del Estado de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos".*

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

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

Una cuestión adicional en cuanto a las particularidades del sujeto activo en delitos funcionales. Lo que realmente va a distinguir de un particular de la calidad de funcionario público no es la forma de cómo este accedió a tal o cual cargo estatal, sino que lo determinante será, según la descripción legal, *"el ejercicio de las funciones públicas"*. Siguiendo a Ávila

"...es el ejercicio concreto de funciones públicas en relación directa con el fin de protección de la norma aplicable –el bien jurídico– es fuerza... tanto para determinar la autoría como para la protección al eventual sujeto pasivo. De ahí que no se distinga si ese ejercicio es accidental o permanente, por designación de autoridad competente o elección popular"[1271].

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

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

En ese sentido, se pueden considerar desde la vigencia del principio de incorporación del sujeto funcionarial, vinculado a nuestro Código penal, los siguientes requisitos[1272]:

[1271] ÁVILA, Juan José; "*Significación de conceptos empleados en el Código*", en: Baigún-Zaffaroni (Dir.), Terragni (Coord.), Código Penal y Normas Complementarias, 2, Parte General, Buenos Aires, 2002, pp. 895 y 896).

[1272] BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *Delitos de corrupción de funcionarios*, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, p. 78.

8.1. El título o fundamento jurídico

El título o fundamento jurídico es aquella por la cual el funcionario o servidor accede a la administración pública; este es el componente material del acceso a la carrera; debe ser legítimo, o provenir de una fuente u origen válidos y con capacidad para generar el efecto vinculante entre el titulado y la administración pública, lo que determina que ambas partes asuman los deberes, atribuciones y obligaciones propios del cargo[1273]. Las formas pueden ser: a) elección (directa o popular y por representación o indirecta; b) nombramiento o designación; c) determinación normativa.

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

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

---

[1273] Según GARCÍA DEL RÍO, Flavio; *Manual de Derecho penal. Parte general y Parte especial,* Lima, 2004, p. 567 "...no hay que confundir la investidura con el título. Aquella puede faltar; este no puede faltar nunca. El título es negocial o legal. Es negocial cuando tiene por base una declaración de voluntad de la administración pública, que recae *nominatim* (nominalmente), sobre una persona determinada (acto de "designación"), previa comprobación de determinados requisitos. Y es legal el título cuando nace del derecho objetivo, que confiere el derecho o impone el deber de asumir el puesto de funcionario. Puede consistir en una ley, en un reglamento, en una costumbre o en un simple acto administrativo, expreso o tácito (por ejemplo, el simple asentimiento de la administración pública".

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

8.2. La investidura o juramentación o asunción del cargo

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

Según Gálvez Villegas "La exigencia de la formalidad del juramento para el caso de los funcionarios, no exigida para los servidores, explicaría la mayor intensidad del comportamiento que asume el funcionario de desempeñar adecuadamente el cargo, lo que finalmente tendría implicancia en la asignación de la administración pública, lo que a su vez acentúa el reproche o el nivel de responsabilidad para el caso de los funcionarios en relación con los servidores"[1274].

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

[1274] GÁLVEZ VILLEGAS, 2001, p. 26.

8.3. La función pública

Al igual que con la administración pública, la función pública tiene como elementos al hecho, al valor y a la norma, por lo que no es posible la elaboración de un concepto fáctico de función pública. Rojas Vargas define a la función pública como la "actividad que el ordenamiento jurídico, constitucional y legal, reserva a los órganos institucionales y se manifiesta por la voluntad de los órganos individuales, funcionarios públicos; agrega que toda función pública implica una esfera de atribuciones limitada por el derecho objetivo"[1275]. En cuanto al funcionario público, este autor peruano señala que el Código penal fija parámetros para definir a los funcionarios públicos, de modo tal que se amplía un concepto de funcionarios públicos no solamente a quienes tienen como títulos habilitantes a la elección y a la designación por autoridad competente, sino también a otros que sin ostentarlos participan en el ejercicio de las funciones públicas.[1276] Valeije Alvarez define a las funciones públicas como las manifestaciones de la actividad de legislar, juzgar y ejecutar, a través de las que el Estado persigue sus fines[1277]. Sobre el funcionario público la autora española afirma que se trata de una condición que se adquiere por la concurrencia de un requisito subjetivo referente a la existencia de título habilitante para ejercer la función pública, y de un requisito objetivo constituido por la efectiva participación en la función pública[1278].

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

---

[1275] ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2001, p. 22.

[1276] ROJAS VARGAS, ob. cit., 2001, pp. 35 y 36.

[1277] VALEIJE ALVAREZ, Inma; *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, Madrid, 1995, p. 59.

[1278] VALEIJE ALVAREZ, ob. cit., 1995, p. 54.

para quien detente un cargo público. De ajustarse a tales medidas se garantizaría legitimidad institucional y credibilidad en el sistema democrático.[1279] Si bien el Estado ha tratado durante décadas hacer de este postulado una realidad, lo cierto es que en la práctica no se han concretado muchos de los propósitos y disposiciones que la ley expresa, sino que por el contrario ha permanecido en el tiempo una constante ligada a manifestar la forma poco adecuada de cómo realmente se llevan a cabo los procesos de selección de funcionarios públicos, los cuales atienden más al clientelismo que a la idea de responder al deber ser[1280]. De manera que la función pública es la actividad estatal que realizan los órganos que integran cada uno de los poderes constitucionales. Hay una relación jurídico-funcional que vincula al funcionario o servidor público con el Estado. No hay más función pública que la que ejerce realizando las funciones estatales.

Estas actividades o acciones de las entidades u organismos estatales, a la vez constituyen la perspectiva objetiva de la administración pública, y al realizarse conforme a los fines concretos y abstractos de la Administración conforman la llamada función pública. La misma que, como queda dicho, necesariamente debe estar orientada hacia el bien común, estar al servicio de las personas o propender a la generación de mejores condiciones para el desarrollo y perfeccionamiento de la vida humana[1281]. Por otro lado, el elemento esencial de la función pública no se encuentra en la mayor o menor duración del servicio, ni se agota en el concepto de poder, sino en que el funcionario representa al Estado en virtud al encargo especial conferido por la ley, representación que además puede incluir el *ius imperio*[1282]. La función pública como

---

[1279] Código de Ética de la Función Pública, aprobado por la Ley N° 27815.

[1280] Código de Ética de la Función Pública, aprobado por la Ley N° 27815.

[1281] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 17.

[1282] ISASI CAYO, Juan Felipe; *Introducción al Derecho administrativo*, Isasi & Ruiz Eldregde Abogados, Lima, 1997, p. 283. Por otro lado, GÁLVEZ VILLEGAS, 2001, p. 272 nos dice: "Con lo cual y como es obvio, el problema se traslada a qué se entiende por función pública. Y sobre esta se ha discutido, y seriamente cuál es su concepto. Dentro de las teorías objetivas, una primera posición,

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

De acuerdo a Delgadillo, "El ejercicio del poder del Estado solo puede realizarse mediante la actuación de personas físicas y al hablar de la función pública nos referimos a la actuación de los individuos investidos de la competencia que la ley atribuye a los órganos, por lo que necesariamente se hace referencia a las personas que desempeñan una función en el Estado y a las características jurídicas que presenten en el desarrollo de sus actividades, sin que por ello deba confundirse el régimen jurídico de los sujetos que ejercen la acción, con la acción misma".[1283]

Recurriendo a una concepción tradicional de función pública se señalaba que la misma comprendía los "asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado, por la obligación de derecho público de servirle. Funciones públicas son las que desempeñan los organismos, autoridades agentes y auxiliares del poder público para el ejercicio real y efectivo de este mismo poder en cualquiera de sus

---

desde un criterio material finalista, afirma que la función pública es aquella destinada, por parte del Estado al bien común. Una segunda posición, con un criterio formal, afirma que depende la función del giro que tenga el ente público. Si el giro del ente está sometido al Derecho público, entonces, será la función pública. Otra posición, está dada por un criterio subjetivo: la función pública es la que está reservada por el Estado a sus órganos. Por último, existe un criterio mixto restrictivo, por el cual la función pública es aquella que tiene un fin público, está sometida al derecho público y es una actividad de un ente público".

[1283] DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *El derecho disciplinario de la función pública*, INAP, México, 1990, p. 12.

órdenes y aspectos"[1284]. Una definición más actual y compleja de la misma figura, nos la da Prats i Catalá, quien hace la distinción entre la función pública como institución y como organización. En el primer caso dicha función es el conjunto de valores, principios y normas que pautan el acceso, la promoción, la retribución, la responsabilidad, el comportamiento, las relaciones con la dirección política y con los ciudadanos y, en general todos los aspectos de la vida funcionarial considerados socialmente relevantes [1285]. Siguiendo al mismo autor, la función pública como organización es un concepto que se refiere a la suma de recursos humanos concretos puestos al servicio de una de las organizaciones público-administrativas o del conjunto, dichas personas concretas operan dentro del marco institucional de la función pública, pero se encuentra ordenado para obtener los resultados específicos de su organización[1286].

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

---

[1284] CABANELLAS, Guillermo; *Diccionario de Derecho Usual,* Ediciones Santillana, Madrid, 1962, p. 25.

[1285] Señala que la función pública, es desde luego, una institución jurídica, pero su institucionalidad no se agota en lo jurídico formal. Existe también una institucionalidad informal integrada por los modelos mentales y las expectativas que los funcionarios y los ciudadanos tienen acerca de lo que constituye el comportamiento adaptativo en la función pública. PRATS I CATALÁ, Joan, *Servicio civil y gobernabilidad democrática: Fundamentos institucionales del sistema de mérito y regímenes jurídicos y gerenciales requeridos para su eficiencia. De burócratas a gerentes. Las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del Estado-* Editor Carlos Losada i Marrodán, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 1999, p. 255.

[1286] Ídem, p. 256.

Presidente, salvo cuando la ley respectiva se la otorgue al cuerpo colegiado que lo dirija o administre.

Según Gálvez Villegas "...será la indemnidad de la función pública el objeto o materia de protección del Derecho penal, en el sentido de preservar su funcionalidad así como la confianza que con la concreción de esta, se proyectará hacia la colectividad. En tal sentido esta indemnidad debe ser entendida como el normal desenvolvimiento y el debido ejercicio de las funciones y la eficaz prestación de los servicios públicos, la regularidad o continuidad de estos, el prestigio y la dignidad de la función, la observancia de los deberes del cargo o empleo, la protección del patrimonio público y el respeto al principio de autoridad[1287].

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

Se trataría, en otras palabras, *de un funcionario de título formal, pero no un funcionario de acto material*, y en nuestro concepto, de acuerdo a los tipos penales de la Parte especial, en este último supuesto en donde el funcionario o servidor demostrará su afectación –lesiva o riesgosa– a la administración pública (principio de lesividad, artículo IV del Título Preliminar del Código penal). Ahora bien, la pregunta que cabe hacer sería la siguiente: ¿Cuándo existe función pública? Cuando el funcionario hace presencia física en su institución (por ejemplo marca su entrada a su trabajo); cuando realiza actos de gestión

[1287] GÁLVEZ VILLEGAS, 2001, p. 18.

y organización al interior de su cargo; o cuando suscribe los documentos propios de su función.

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

8.4. Remuneración

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

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

9.1. Descripción Legal

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

> ***Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30124, publicada el 13 diciembre 2013, cuyo texto es el siguiente:***
>
> ***"Artículo 425. Funcionario o servidor público***
>
> *Son funcionarios o servidores públicos:*
>
> *1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*

2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.*
7. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley."*

9.2. Antecedentes legales y perspectiva de lege ferenda

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

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

"Se consideran funcionarios o servidores públicos para los efectos penales:

1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa del Estado aun cuando desempeñen cargos políticos o de confianza, incluso los contratados y los que emanan de elección popular.*
2. *Los funcionarios o servidores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta con participación mayoritaria o determinante del Estado, o de organismos sostenidos económicamente por el Estado, y*
3. *Los administradores o depositarios de caudales embargados secuestrados y depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares".*

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

El Anteproyecto del Código penal peruano, presentado por la Comisión Especial Revisora del Código penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010)[1288], en el Capítulo IV, regula bajo el rubro "Disposiciones comunes", el artículo 484° en los siguientes términos:

"1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza en entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezca a particulares.*

[1288] Véase, en este sentido, el trabajo presentado por: TORRES CARO, Carlos Alberto; *El nuevo Código penal peruano*, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 267.

5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los demás indicados por la Constitución Política y por la ley".*

Una de las críticas que debe realizarse es en lo correspondiente a la ubicación sistemática del concepto de funcionario o servidor público en el Código penal peruano, ya que se encuentra en el último artículo de los Delitos contra la administración pública (artículo 425°), cuando en realidad debería estar al inicio, encabezando por ejemplo las disposiciones generales de dicho rubro, o al menos en el rubro específico de los delitos cometidos por funcionarios públicos.[1289]

[1289] Véase, en este sentido VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción, Lima, mayo del 2000, en el punto 25, se señala que: "En conclusión, el texto que tendría que presentar al artículo 425 del Código penal, sería el siguiente:
Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Todo aquel que mantiene vínculo laboral, o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado **o quienes desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, ya sea que la entidad pública esté sujeta al régimen laboral de la actividad pública o de la actividad privada**, y que en virtud de ello ejerce funciones **en interés del Estado. Se incluye a quienes han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, aun cuando no hubiesen asumido el cargo; así como a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta**; 2. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; 3. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.
Respecto al texto vigente del artículo 425, las modificaciones que se proponen, además de las destacadas con negrita, son las siguientes:
- Se han eliminado los inciso 1 ("Los que están comprendidos en la carrera administrativa") y 5 ("Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional").
- El inciso 2 ("Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular") ha sido fusionado en el nuevo inciso 1 propuesto.

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

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

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

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

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

Por otro lado, el Código penal español prevé una "cláusula amplia" a la manera de una regla interpretativa que distingue entre "autoridad" y "funcionario público", en función de si el sujeto tiene "poder de mando y jurisdicción" o no. Art. 24 C. P. español:

"*1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*"

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

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

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

9.3. Los que están comprendidos en la carrera administrativa

En esta parte nos debemos de remitir a las normas administrativas, dado que, este supuesto descansa en aquellos servidores y funcionarios de carrera que acceden a los cargos y jerarquías por selección y concurso, sobre la base de méritos y que prestan sus servicios de modo permanente a la administración pública. Por lo tanto aquí el concepto de funcionario o servidor público del Derecho penal sí coincidirá con el del Derecho administrativo en toda su extensión y contenido. En efecto, de acuerdo a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Dec. Leg. N° 276[1290], del 6 de marzo de 1984, los que se encuentran comprendidos en la carrera administrativa son los pertenecientes a los grupos profesionales, técnicos y auxiliares (art. 9). Entre los primeros se encuentran aquellos servidores con título profesional obtenido a nombre de la nación o grado académico reconocido por la Ley Universitaria; entre los técnicos se incluyen los servidores con formación superior (técnica o universitaria) incompleta o capacitación tecnológica o experiencia técnica reconocida; y, entre los terceros se colocan a los servidores que tienen instrucción secundaria y experiencia o calificación para realizar labores de apoyo.

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

a) Ser ciudadano peruano en ejercicio[1291];

[1290] Según dicha Ley (Art. 1°) la carrera administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la administración pública.

[1291] Esto significa que un extranjero no podrá ingresar a la carrera administrativa, si previamente no ha adquirido la nacionalidad peruana, asimismo el ciudadano

b) Acreditar buena conducta y salud comprobada[1292];

c) Reunir los atributos propios del respectivo grupo ocupacional[1293];

d) Presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión[1294]; y

e) Los demás que señale la Ley[1295].

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

a) Fallecimiento[1296];

b) Renuncia[1297];

---

deberá estar en uso de sus derechos ciudadanos, un preso, un sentenciado por delito doloso, con sentencia consentida y ejecutoriada no podrá ingresar a la carrera.

[1292] La carrera administrativa requiere de ciudadanos con buena conducta, es decir que no presenten referencias negativas respecto a su comportamiento ante la sociedad, asimismo debe estar bien de salud, un enfermo de tuberculosis no podrá ingresar a la carrera administrativa, si previamente no ha superado su dolencia.

[1293] La persona que postula en un puesto para la carrera administrativa debe reunir todos los atributos técnicos y/o profesionales para acceder al puesto que postula, un técnico no podrá acceder a un puesto de profesional.

[1294] Esporádicamente, algunas entidades del Estado, someten a concurso alguna plaza vacante mediante el Régimen del D. L. N° 276, para ello establecen el proceso o concurso de méritos para cubrir dicha plaza, para lo cual establecen el cronograma de evaluaciones, por lo que, el postulante que apruebe todas las etapas será declarado ganador e incorporado a la carrera administrativa.

[1295] Los demás que señale la ley; en algunas entidades, por la especialización de las mismas, los requisitos para el concurso de méritos se dan con ciertas particularidades; a fin de seleccionar al técnico o profesional que reúna los requisitos y someterlos a las evaluaciones, por ejemplo, el Ministerio de Energía y Minas, podrá solicitar Geógrafos, entonces los requisitos se ajustarán a Ley de Minería.

[1296] Resulta obvio que por fallecimiento se extingue la carrera administrativa del servidor público. Lo que se podría señalar es que este hecho en muchos casos genera derechos a los herederos (esposa e hijos menores de edad) y la obligación de la entidad de atender a los deudos (sepelio y luto).

[1297] En el caso de que el servidor público presente su renuncia irrevocable al cargo que venía desempeñarlo, también es causal de término de la carrera

c) Cese definitivo[1298]; y

d) Destitución.

En otras palabras, en este primer inciso del artículo 425° del Código penal peruano, rige el criterio de la "incorporación" a la carrera administrativa, y solo una vez incorporado se podrá decir que ejerce o contribuye al ejercicio de la función pública; en tal sentido, no tendrá la calidad de funcionario o servidor público, para ningún efecto (en este ámbito) precisamente el que no ha sido incorporado. Esto implica a la vez, que la incorporación del servidor a la administración pública o carrera administrativa obedece a un criterio de estrictez, en el sentido de ceñirse rigurosamente a la ley, y a un criterio formal, en el sentido de sujetarse a determinadas formalidades o requisitos[1299].

9.4. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular[1300]

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

---

administrativa, por lo que la entidad deberá reconocerle su tiempo de servicios y los beneficios que resulten inherentes.

[1298] Son causas justificadas para el cese o separación definitiva (véase el artículo 35° del Dec. Leg. N° 276): a) límite de setenta años de edad; b) pérdida de nacionalidad; c) incapacidad permanente física o mental; y d) ineficiencia o ineptitud comprobada para el desempeño del cargo.

[1299] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 23.

[1300] Cuando por vez primera se incorpora en nuestro texto punitivo criterios de interpretación para establecer la calidad de funcionario o servidor público, en 1981, por medio del D. Leg. 121, y en ella no se consideró a los que emanan de elección popular; era obvio, debido a que en el año 1980 nuestro país se reincorpora a la vida democrática después de 12 años de dictadura militar y, a través de elecciones presidenciales y municipales libres, mediante sufragio universal la población elige a sus autoridades. Los funcionarios que ejercen cargos políticos que emanan de elección popular recién aparecen en nuestra legislación punitiva con la reforma realizada al art. 361-B del Código penal de 1924, el año 1987. En efecto, la Ley N° 24653, de marzo del citado año, precisa legislativamente que las personas cuyas funciones públicas emanan de voluntad popular también deben ser considerados funcionarios públicos para fines penales.

la voluntad ciudadana, vía elecciones generales o municipales, en la cual el círculo de autores especiales se agranda y, entre estos, por ejemplo pueden ser el Presidente de la República, congresistas, presidentes (gobernadores) regionales, consejeros regionales, alcaldes, regidores, y con la Carta Magna, los Jueces de Paz (art. 152 de la Constitución de 1993), entre otros.

Los casos de elección popular son paradigmáticos del sistema democrático y constituyen la realización de una sociedad democrática. La Constitución del Estado en su artículo 2, inciso 17, consagra el derecho a *"(...) participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos, tienen conforme a la ley los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, (...)"*. En consecuencia, quien se presta a partir de su particular posición como "elegido" para un cargo público y utiliza tal situación para lesionar el bien jurídico protegido, quedará comprendido como sujeto activo del injusto penal a título de funcionario público[1301].

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

Los cargos de confianza son designados por ley y generalmente son de tipo ejecutivo (gerentes, asesores de ministerios y otras enti-

---

[1301] URQUIZO OLAECHEA, José; *"Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública"*, en: Revista Peruana de Ciencias Penales, Nro. 12, Lima, 2002, p. 273.

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

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

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

una tendencia actual en la doctrina y legislación penal trabajar con un concepto *amplio* de "funcionario público"; más aun si vamos al Código penal peruano, encontraremos en el artículo 386° que prevé lo siguiente: *"Las disposiciones de los artículos 384° y 385° son aplicables a los peritos, arbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias".*

Es decir, se criminaliza (específicamente para el delito de colusión simple y agravada y el delito de patrocinio ilegal incompatible) y a la vez se eleva a la categoría de funcionarios o servidores públicos a determinadas personas que en primer lugar, no son, ni por asumo, personas incorporadas a la administración pública. Así, el artículo 386° señala personas que laboran en el ámbito privado: "contadores *particulares*"; y en segundo lugar, los sujetos descritos en el artículo 386° son sujetos que no forman parte del listado normativo del artículo 425° del Código penal peruano, y la única posibilidad de incorporarlos sería mediante el inciso 6 del art. 425°. Con todo esto no queda ninguna duda que el Derecho penal peruano maneja sus propios conceptos normativos. Por cierto que la técnica legislativa puede variar. Así, el Código penal español prevé una "cláusula amplia" a la manera de una regla interpretativa que distingue entre "autoridad" y "funcionario público", en función de si el sujeto tiene "poder de mando y jurisdicción" o no[1302].

[1302] Véase: el Art. 24 C.P. español: *"1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal."*
"2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas."

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

9.5. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos

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

Como aspecto histórico debemos recordar que en la versión original del Código penal, en el artículo 425°, inciso 3, prescribía que eran funcionarios o servidores públicos los siguientes: *"Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado"*. En ese sentido, haciendo un repaso debemos de señalar que la actual Constitución Política de 1993, atendiendo a la economía liberal de mercado impuesta en nuestro país y al proceso de privatización de las empresas públicas, excluye de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta (art. 40, segundo párrafo). En consecuencia, la Constitución de 1993, en su artículo 40, segundo párrafo, establece que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Esta norma constitucional que no tiene precedente en la derogada Constitución de 1979 había

generado diversas interpretaciones entre los especialistas en nuestra jurisprudencia.[1303].

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

[1303] Debemos recordar que en esa época existían dos posiciones específicas. En primer lugar, se consideró que la sola puesta en vigencia del texto constitucional derogó tácitamente el inciso en referencia. Para otro sector de la doctrina nacional, ambas disposiciones son compatibles, pues, el texto constitucional tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del Derecho administrativo y previsional. Este problema fue abordado en el Primer Pleno Jurisdiccional Penal Nacional, realizado en 1997 en la ciudad de Arequipa, habiéndose adoptado por 31 votos contra 23 de la segunda posición.
En este punto debemos citar por ejemplo la Ejecutoria Suprema del tres de agosto de mil 1998, recaída en el Expediente número 251-98-Loreto que señaló que el *artículo 40° de la Constitución Política del Estado se encuentra ubicado sistemáticamente en el Capítulo IV sobre la "Función Pública" y específicamente, hace referencia a la ley que regula el ingreso a la carrera administrativa, y el cual rige únicamente para fines laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad penal de quienes manejan fondos públicos, pues sostener lo contrario sería propiciar la impunidad de los innumerables ilícitos penales que a diario se cometen en el manejo de fondos públicos, a través de las diferentes empresas creadas por el Estado en el ejercicio de la gestión económica; y esta interpretación concuerda con la exposición de motivos del dispositivo constitucional en mención, es decir que lo que se pretendió evitar era que muchos trabajadores indebidamente se acogieran a los alcances de la Ley 20530; finalmente se debe indicar que dentro de la interpretación de la Ley se ha superado la teoría de la interpretación gramatical o textual para los fines de administrar justicia, donde debe primar la **interpretación teleológica** y concordada de las leyes y disposiciones legales"*; asimismo la Ejecutoria Suprema del 2 de julio de 1997, recaída en el expediente 4106-Lima, sostiene: *"este dispositivo (se refiere al artículo 40 de la Constitución Política del Estado) no deroga el artículo 425 del Código penal vigente; y esto es así, puesto que el Estado de ninguna manera podía desprotegerse del patrimonio que le corresponde en las entidades antes aludidas, menos aun destipificar conductas delictivas cometidas por trabajadores pertenecientes a las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta; en tal sentido, los procesados mantienen la calidad de funcionarios públicos"*.

culo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. ***La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal****".* [Resaltado nuestro].

En el sistema normativo nacional, la norma de mayor rango es la Constitución Política del Perú que se ubica en la cúspide de la pirámide ideada por Kelsen, todas las otras normas deben tener en cuenta lo establecido por esta, que opera como una suerte de marco al cual las otras normas no podrán sobrepasar. Por ello, para saber con claridad cuándo se está ante un funcionario público se tiene que recurrir al artículo 425° del Código penal y el artículo 40° de la Constitución Política del Perú complementada esta última con el artículo 60° vía interpretación teleológica y sistemática. Así el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 0273-93-AA-TC ha establecido que esta forma de interpretación se da de la manera siguiente: *"(...) la aplicación e interpretación de las normas constitucionales no debe realizarse aisladamente sino debe efectuarse de manera (...) teleológica"* [1304].

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

[1304] Sentencia citada por RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 87.

derecho en específico (civil, penal, laboral, etc.) y en correlación con las creaciones culturales y los valores que explican el ordenamiento jurídico y su necesidad de existencia".[1305]

Asimismo, cuando se interpreta un articulado de la Constitución no se puede ni debe interpretar un dispositivo o una norma aisladamente de las demás, como si fuera una unidad de sentido autárquico. Como dice Rubio Correa: "Hay que situar cada norma en el contexto normativo, suponiendo la unidad". Por ello mismo, para interpretar la Constitución Política del Perú y definir la categoría de funcionario público se debe interpretar el contexto en que se crea esta; y asimismo, la finalidad que persigue la sociedad, así tenemos que con la dación de la Constitución de 1993 se implantó en nuestro país una economía liberal en la cual el Estado ya no interviene en la actividad económica. En virtud del Art. 60° de la Constitución Política, el Estado solo interviene en la actividad empresarial de manera subsidiaria llegando incluso el Ejecutivo en virtud del mandato constitucional a la dación del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, que en su artículo 3° establece la siguiente prohibición: *"Artículo 3°.- Queda prohibida el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte de él en donde atienden. Se presume que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas vinculadas entre sí (...)"*

En este contexto, el tipo penal de colusión ilegal (artículo 384° del Código penal) también sufrió importantes cambios a partir de la Ley N° 26713[1306], el mismo que ha generado, en su momento, am-

---

[1305] ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho penal, doctrina y jurisprudencia*, Lima, Juristas Editores, p. 247.

[1306] Como es sabido, el Texto original del Código penal de 1991 establecía lo siguiente: *"Artículo 384°.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión*

plios debates. Así Portocarrero Hidalgo señala: "Con fecha 21-12-1996 fue modificado por Ley N° 26713; la modificación consiste en eliminar del tipo, las conductas de las sociedades de economía mixta"[1307]. En ese sentido también Frisancho Aparicio / Peña Cabrera señalan: "La nueva Constitución (1993), atendiendo a la economía liberal de mercado impuesta en nuestro país y el proceso de privatización de las empresas públicas, excluía ya de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta (art. 40 segundo párrafo). La consecuencia lógica de esta reforma constitucional fue la derogación tácita de este inciso, por oposición a la Ley fundamental"[1308].

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

---

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

[1307] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública*, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, p. 152.

[1308] FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, Raúl; *Delitos contra la administración pública*, Lima, Editora FECAT, p. 88.

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

Del mismo parecer es la jurisprudencia citada por Sánchez Velarde: "Se entendió que el art. 40° de la Constitución del Estado había derogado el inc. 3 del art. 425° del C .P. al señalar que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Así, la Sala Suprema consideró que el delito de peculado 'requiere que el agente sea funcionario público, siendo esta exigencia un aspecto del tipo objetivo que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica; lo que no ocurre en el caso de autos, puesto que la Empresa agraviada en la actualidad, es una Sociedad Anónima regida bajo las reglas del Derecho privado, por lo que se colige que el encausado ya no tiene la calidad de funcionario público en atención a lo dispuesto por el artículo cuarenta de la Constitución y el artículo cuatrocientos veinticinco del Código penal...'. El imputado era Superintendente de la Empresa Petróleos del Perú S.A. Se declaró Nula la sentencia condenatoria; y fundada de oficio la excepción en comentario."[1309]

9.5.2. Regulación del inciso 3 del artículo 425° del Código penal a partir de la Ley N° 30124

El texto de esta norma pretende una extensión regulatoria, en especial el inciso tercero que fue introducido mediante el artículo 1° de la Ley N° 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996. Esta norma resulta

[1309] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; ob. cit., p. 352. Ejecutoria Suprema del 10 de diciembre de 1997, S.P.R.N. N° 797-97.

imprecisa pues empieza refiriéndose a *"todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre"*, dando a entender que se requiere que exista una determinada relación de naturaleza laboral con el Estado; de ser esta la interpretación, quedarían descartados los contratos de locación de servicios.

Sin embargo, seguidamente requiere además que se mantenga *"vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado"*, por lo que se descarta la necesidad del vínculo laboral con el Estado pues bastaría una relación contractual de cualquier naturaleza con el mismo. Se comprendería entonces a los contratos de locación de servicios. Por ello puede considerarse que la referencia al régimen laboral está dirigida a abarcar a las actividades realizadas tanto en el ámbito de las entidades u organismos estatales sujetos al régimen laboral de la actividad pública como en aquellos sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Sin embargo, la norma no es lo suficientemente clara en este aspecto[1310].

Luego el numeral tercero del artículo 425° es modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26713, publicada el 27-12-1996, cuyo texto actual es el siguiente: *"3.Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos."* Esta forma de considerar funcionarios públicos a quienes administrativamente no lo son es característica del modelo jurídico-penal, que se guía por consideraciones de carácter material y por percibir el carácter funcional de la administración pública; además porque el Derecho penal en muchos sectores de la Parte especial y en legislación complementaria, se distancia de las otras áreas del Derecho (lo ha realizado en los Delitos patrimoniales con respecto al concepto de bien mueble, lo ha realizado en los Delitos contra la fe pública, con

---

[1310] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción, Lima, mayo del 2000, punto 11.

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

Este caso extiende al máximo el elemento "acceso" a la función pública, pues basta con laborar en empresas públicas y tener a su cargo alguna función pública, sin que haya existido un previo nombramiento o alguna formalidad de acceso a la función. Sin embargo, en los momentos actuales en los que el Estado tiende a "privatizar" una serie de actividades, dejándolas en manos de empresas privadas, resulta imprescindible para la labor protectora del bien jurídico, incluir estos casos dentro del concepto penal de "funcionario público". Según Benavente Chorres: "El legislador ha considerado que el sujeto que se integra a las actividades estatales adquiere una posición privilegiada, en cuanto pasará a constituirse en una parte del ente prestacional y, por tanto, sus procesos de comunicación serán administrador-administrado. Lo que se quiere proteger es precisamente la calidad del servicio que la administración pública, en sentido amplio, presta".[1311]

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

- *Que exista un vínculo o relación laboral con entidades u organismos del Estado.* La norma aquí se refiere a los particulares que prestan sus servicios técnicos o profesionales al interior

[1311] BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *Delitos de corrupción de funcionarios*, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, p. 85.

o fuera de las instituciones estatales y cuyas contribuciones llega a constituir función pública, mas no así aquellos cuyos aportes sean de servicios públicos o de operaciones menores. No son propiamente funcionarios o servidores públicos propiamente dicho las personas naturales o jurídicas que mantienen con el Estado solo vínculos contractuales temporales y/o a plazo fijo[1312].

- *Que exista un vínculo o relación contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado.* También pertenecen a esta clasificación impropia aquellos particulares contratados por la administración pública por tiempo fijo, cargos definidos y sujetos a régimen jurídico privado como los contratados bajo el Régimen Laboral del Decreto Legislativo 728, entre otras, mediante formas previstas en el Código civil, como por ejemplo los casi todos los auxiliares de justicia de Lima, secretarios judiciales, asistentes de juez, especialistas legales, asistentes de función fiscal. En este punto, podemos citar un caso conocido por la Corte Suprema que señaló que un contador público sujeto a contrato de locación de servicios (*extraneus*) es responsable como partícipe en un delito de infracción de deber[1313].

[1312] Véase, el Dictamen Fiscal recaído en el Expediente N° 2368-2010, suscrito por el Fiscal Supremo, Dr. Pablo Sánchez Velarde. El tipo culposo empieza "si el agente por culpa...", descripción que hace referencia al funcionario o servidor público del primer párrafo del artículo 387, lo cual es sistemáticamente concordado con el artículo 425 de Código penal, en donde se establece a quiénes se les considera como tales. *Por otro lado, se tiene a fs. 362/364 una hoja de planillas de obreros en la cual se aprecia que el procesado mantenía una relación laboral con la Municipalidad de Abancay (a noviembre del 2006 como oficial), corroborado a fs. 609, por lo tanto, efectivamente poseía la cualidad especial comprendida en el inciso 3 de la artículo 425. Cualidad especial que también alcanza a los demás procesados.*

[1313] Véase la Ejecutoria Suprema expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia R.N. N° 1268-2004-Cañete (Data 45 000) Denunciado: Aquilino Quispe Sánchez y otros Agraviados: El Estado y la Municipalidad Distrital de Imperial. Asunto: Malversación de fondos y cobro

- *Que en virtud de ello ejerza funciones en dichas entidades u organismos.* No será suficiente acreditar que el sujeto tenga una relación contractual o laboral con el Estado, será necesario que haya ejercido funciones específicas. Por ejemplo, un ingeniero ha firmado un contrato de locación de servicios (de

---

indebido. Fecha: 16 de diciembre de 2004, que señala lo siguiente: "*Se denuncia a un contador particular, entre otros, por el cobro indebido de una bonificación especial a favor del alcalde de una municipalidad y de sus regidores; así como haber permitido el cobro de dietas indebidas a favor de estos últimos mediante la elaboración de consultorías particulares a la alcaldía provincial y a otras instituciones. Tras su condena a nivel superior, la Fiscalía Suprema solicita su absolución en tanto el inculpado no poseía la calidad de funcionario público. La Sala Superior penal absolvió a unos procesados y condenó al contador. Este impugnó la resolución argumentando que el Colegiado no había merituado las instrumentales obrantes en autos, que no se le permitió esclarecer su responsabilidad sobre las imputaciones tácticas en su contra así como que solo era trabajador de contabilidad con contrato de servicios no personales, sin poder de decisión. Por otro lado, la Procuraduría Pública recurre la resolución en el extremo de las absoluciones y de la reparación civil fijada. Denunció que los acusados absueltos son responsables por el pago indebido que recibieron en calidad de regidores relativo a dietas no asistidas y excesivas, bonificaciones especiales por Navidad, cargos que están acreditados con recibos y la devolución posterior de dinero que hicieron los acusados. Finalmente, denunció que la reparación civil fijada para el caso de los sentenciados es diminuta. La Corte Suprema considera que los precitados agravios constituyen argumentaciones ya merituadas por el Colegiado, desestimándolas tanto en el caso de la absolución como para la condena. Y en cuanto a la reparación civil, considera que esta fue fijada en función al daño ocasionado. En cuanto a los extremos que han sido impugnados, advierte que la Sala Superior procedió con congruencia y motivación suficiente al compulsar la prueba desde sus ámbitos fácticos y jurídicos, por lo que devienen improcedentes los agravios de ambas partes. Sin embargo, ante la opinión de la Fiscalía Suprema de absolver al contador de la imputación sosteniendo que este no poseía la calidad de funcionario público o servidor público sino de contador particular sujeto a contrato de locación de servicios, es decir que no fue un intraneus y por lo tanto irresponsable por los hechos imputados; la Corte Suprema rechaza dicho argumento por basarse en una posición doctrinaria minoritaria. Afirma así que la doctrina dominante y la jurisprudencia uniforme han establecido que el extraneus sí puede actuar como cómplice o instigador de un* ***intraneus*** *en mérito a la ampliación del tipo especial, conforme lo tiene previsto la parte general del Código penal (artículos 24 y 25). Concluyendo el máximo colegiado, por lo tanto, en que no hay nulidad en ninguno de los extremos de la sentencia recurrida*".

asesoría[1314]) con una Municipalidad; sin embargo, el día que iba a empezar su asesoría, le comunican que un familiar muy allegado a él acaba de fallecer, por lo que no cumple con la obligación contractual; luego de un tiempo Contraloría realiza una auditoría contable y encuentra varios presuntos denunciados, entre los cuales se encuentra en sus archivos de la Municipalidad, el contrato firmado del ingeniero; en este supuesto ¿Habrá calidad de funcionario o servidor público del ingeniero asesor para un delito contra la administración pública? Lo que es verdad es que existe una relación contractual válida de acuerdo al Código civil en este caso (*requisito formal*); empero, lo que no existe es la función específica por el cual fue contratado el ingeniero, el mismo que se trata de un presupuesto indispensable para configurar solo el concepto de funcionario o servidor público en el ámbito penal (*requisito material*), mas no de la conducta ni del resultado típico que será materia de evaluación judicial de acuerdo obviamente al delito que se esté imputando al sujeto.

En este punto, Villavicencio Terreros afirma que "La norma en referencia exige, finalmente, que en virtud de tal situación laboral o contractual se ejerza "*funciones en dichas entidades u organismos*", es decir, se requiere la efectiva asunción de tales funciones y que estas funciones las realice *en* entidades u organismos del Estado"[1315]. "El texto de la norma resulta cues-

[1314] Son personas calificadas por su técnica, ciencia o arte y que contribuyen a fortalecer las decisiones con sus informes, consejos especializados, diseños, proyectos, planes, etc. Los asesores, los mismos que en estricto no son funcionarios públicos, al no estarle facultados para tomar decisiones u ordenar, ni poseer la normal capacidad de disposición del que goza todo funcionario en el manejo de los asuntos públicos. Sin embargo, desde la perspectiva de nuestro Derecho penal, el asesor tiene asignado mediante delegación de la autoridad el ejercicio de una determinada función pública.

[1315] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción, Lima, mayo del 2000, punto 12.

> tionable tanto por defecto como por exceso. Así, al exigir que el sujeto ejerza "*funciones en dichas entidades u organismos*", requiere la efectiva asunción de tales funciones. Esta restricción no es compatible con el objetivo buscado por el artículo I de la Convención, que, según se indicó, busca extender el concepto de funcionario público, a quienes hayan sido elegidos o designados para un cargo aun cuando todavía no lo hubieran ocupado, por lo que se impone la necesidad de modificar el alcance de la norma nacional en comentario, pudiéndose adoptar la fórmula del artículo I de la Convención incluyendo a "*los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado*".[1316] "De otro lado, esta misma exigencia de que el sujeto ejerza "*funciones en dichas entidades u organismos*" resulta excesiva, pues, puede comprender la actividad de un concesionario que no realiza función pública, por ejemplo, el concesionario del restaurante de un Ministerio. La limitación puede obtenerse mediante la precisión de que tales funciones se realicen "*al servicio de los intereses del Estado*"[1317].

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

---

[1316] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción, Lima, mayo del 2000, punto 14.

[1317] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Informe: Adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción, Lima, mayo del 2000, punto 15.

similares y específicos no vinculados a la función propia de la entidad u organismo".[1318]

Por último, la Ley N° 30124, publicada el 13 diciembre 2013, introdujo en el artículo 425° del Código penal, un agregado al inciso 3, cuyo texto es el siguiente: *"3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado,* ***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***". Es decir, se ha vuelto a la idea que dichas personas que ocupan cargos gerenciales dentro de la una actividad empresarial privada, sin embargo, realizan objetivos "públicos", donde el gran beneficiario es la población en general, donde el Estado tiene una cuota de acciones dentro de una empresa, el legislador penal ha creído conveniente de cara a la vigencia de intereses político-criminales asignarle una cualidad especial ("funcionarios" o "servidores públicos") dentro de la conducta típica estarían realizando, por lo cual estarían cometiendo un delito en contra la administración pública, y no contra los socios ni el patrimonio de la empresa privada.

La jurisprudencia penal a través de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la CASACIÓN N.° 634-2015- Lima, de fecha veintiocho de junio de dos mil dieciséis, ha señalado que si una empresa realiza servicios públicos, si el gerente general es considerado funcionario público para el Derecho penal. Así, una persona ejerciendo sus funciones como gerente de la empresa RE-LIMA Ambiental S.A., el encausado, Marcelo Occoni realizó un acuerdo clandestino con el gerente general de EMMSA para que la empresa que dirige preste servicios de limpieza en el Gran Mercado Mayorista de Lima. Es acto lo realizó al margen de la inobservancia de los términos de referencia o cualquier otra formalidad documentaria que revelara el cumplimiento

[1318] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 52.

de las reglas jurídicas correspondientes y de las condiciones de una contratación razonable para los intereses de la colectividad. En efecto, en el Considerando Quinto, se señala lo siguiente: *"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 [...] 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".*

9.6. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares

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

La pregunta que nos hacemos es si era necesaria la incorporación del artículo 425°, inciso 4, del Código penal, si ya estaban sancionados los depositarios de bienes de particulares en el artículo 392° del Código penal. En efecto, el artículo 392° del Código penal regula el denominado "extensión del tipo" o "peculado por extensión", bajo los siguientes términos: *"Están sujetos a lo prescrito en los artículo 387° a 389°, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como*

todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social". Si tenemos en consideración que desde la versión original del Código penal de 1991, ya se incorporaban tanto el artículo 425°, inciso 4, como el artículo 392° del Código penal. Ambas figuras delictivas tiene un común que "equipara" al concepto penal de funcionario o servidor público a aquel sujeto que tenga la calidad de "administrador" o "depositario" de caudales embargados o en su defecto, "depositario" de caudales por autoridad competente, aunque estos caudales pertenezcan a particulares.

Quizá la única justificación y explicación que encontramos para su diferente ubicación en el Código penal, es que el delito de peculado por extensión (artículo 392°) solo se aplica específicamente al rubro de delito de peculado en todas sus versiones –doloso o culposo–. Mientras que el artículo 425°, inciso 4, del Código penal tendría una aplicación mucho más amplia por su ubicación sistemática en el Código penal, aplicable a cualquier delito de la Parte especial o legislación complementaria donde se exija la calidad de funcionario o servidor público, que normalmente será en delitos cometidos por agentes públicos en agravio de la administración pública. Aunado a ello es que la descripción típica del artículo 392° es mucho más amplia porque abarca situaciones de peculado a *los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos,* situaciones de hecho que no están señaladas como concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en el citado artículo 425°, inciso 4.

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

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

9.7. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional

El artículo 165° de la Constitución señala, respecto a las Fuerzas Armadas, lo siguiente: *"Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno, de conformidad con el artículo 137° de la Constitución"*.

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

Inclusive la calidad especial de miembro de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el marco de la comisión de un hecho punible, cualquiera que esta sea, tiene en el Código penal peruano un tratamiento punitivo diferenciado (en contra) con respecto a quienes no lo son; pues el artículo 46°-A (artículo incorporado por el art. 2 de la Ley N° 28726 del 09-05-2006), primer párrafo, en el rubro de circunstan-

cia agravante por condición del sujeto activo, señala que: *"Constituye circunstancia penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las* ***Fuerzas Armadas, Policía Nacional*** *o autoridad, funcionario o servidor público para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público..."*

El artículo 46°-A del Código penal, en el último párrafo, señala algo relevante: *"No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo, cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando esta sea elemento constitutivo del hecho punible"*. En otras palabras, si el artículo 425°, inciso 5 del Código penal conceptualiza expresamente a los miembros de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas como funcionarios o servidores públicos para el Derecho penal peruano; el artículo 46°-A del mismo cuerpo de leyes, agrava su situación de dichos funcionarios o servidores en términos sancionatorios aumentando la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo esta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad (segundo párrafo).[1319]

Debe entenderse que está referido a los que se encuentran en actividad desarrollando funciones preestablecidas en la Fuerza Armada o la Policía Nacional: quien cumple su función y luego desarrolla su vida privada hasta nuevamente reintegrarse a su función, no responderá como funcionario sino como particular y los procesos de incriminación deberán corresponderse con tal realidad fáctica. Es necesario, sin

---

[1319] Sin embargo, respecto a los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional no todo es negativo en el Código penal, sino también existen cosas positivas, en cuanto a su protección; en ese sentido observemos el artículo 108°, inciso 5 (inciso incorporado por el Artículo 1° de la Ley N° 28878 del 17-08-2006), del Código penal peruano que reprime el delito de asesinato, y señala: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: ...Si la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en cumplimiento de sus funciones".

embargo, precisar que estos agentes cometerán los delitos en cuestión, cuando se trate de hechos vinculados a la función que desempeñan según los propios estatutos o leyes orgánicas específicas, mas no cuando se trate de hechos desvinculados de la misma, los cuales podrán configurar cualquier otro delito pero no delito contra la administración pública.[1320]

El artículo 2 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Dec. Leg. N° 276 señala que no están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica. Se entiende que los trabajadores de las empresas del Estado cualquiera sea su forma jurídica, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional a quienes no se les aplicará las normas del D. Leg. 276 y su reglamentación.

9.8. Los demás indicados por la Constitución Política o por la ley

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

El inciso 6 sirve para dar unidad sistemática a la norma contenida en el artículo 425° del Código penal, de tal forma que resulte más fácil determinar a quienes se les debe considerar como funcionarios o servidores públicos para efectos de las disposiciones contenidas en el articulado del Código penal, aun cuando no existiera este inciso, si una

---

[1320] BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *Delitos de corrupción de funcionarios*, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, p. 85.

ley o la Constitución a través de una norma operativa o de aplicación directa estableciera que a determinadas personas se debe considerar como funcionarios o servidores públicos para efectos jurídico-penales.

El artículo 425°, inciso 6 del Código penal señala que se considerarán funcionarios o servidores públicos, en primer término a lo que la Constitución Política señale:

- A los miembros pertenecientes a las Rondas Campesinas y Nativas.

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

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

- En este punto encontramos una norma como por ejemplo la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo I nos da una definición de lo que debemos entender por funcionario o servidor público, no tendremos otra alternativa que aplicarla[1321]. Siendo así, y en rigor interpretativo, resulta incorporado a este inciso 6) del artículo en comenta-

[1321] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 54.

rio, la definición dada por la Convención sobre el concepto de funcionario o servidor público. Claro que esta definición será válida solo para el ámbito de los delitos de corrupción y demás delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos cuya realización de la conducta delictiva determina la obtención de un beneficio o ventaja patrimonial para el agente delictivo, mas no así para los demás delitos contra la administración pública o contra la administración de justicia que no estén orientados a la obtención de este tipo de ventajas[1322].

Aunque Abanto Vásquez señala en este punto que "...si la ley quisiera captar también a sujetos que 'potencialmente' van a llegar a ser elegidos funcionarios públicos (los candidatos que van ganando las encuestas previas o los que, después de las elecciones van ganando en el recuento extraoficial o incluso oficial no definitivo), debería ampliar expresamente el círculo de autores para comprenderlos, de manera general dentro de los tipos penales contra la administración pública, o de manera particular en relación con algún tipo penal específico (p. ej., el cohecho como venta de la futura función pública que vaya a ejercer)".[1323]

- Podemos mencionar aquellos que señale el propio Código penal como en el artículo 386° que prevé lo siguiente: *"Las disposiciones de los artículos 384° y 385° son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias".*[1324]

[1322] GÁLVEZ VILLEGAS, ob. cit., 2001, p. 56.

[1323] Véase, en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ; 2003, p. 39.

[1324] Nótese inclusión innecesaria y antitécnica de "cláusulas de extensión" de la autoría para los delitos de "fraude al Estado y patrocinio ilegal" (art. 386) y de "peculado" (art. 392). En el primer caso, el legislador incluso se ha "equivocado" en la enumeración de los sujetos "no-funcionarios" a los cuales se extendería la autoría, pues se refiere a "peritos, árbitros y contadores particu-

- Asimismo, en el delito de peculado de uso, en su versión actual, se encuentra regulado en el artículo 388° del Código penal, el mismo que señala, en el segundo párrafo, lo siguiente: "*Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o cualquier dependencia pública*". Es decir, se eleva a la categoría de funcionario o servidor público (porque el peculado de uso solo lo pueden cometer funcionarios o servidores públicos), a parte de la lista normativa que se prevé en el artículo 425° del Código penal: primero a los contratistas de una obra pública o en segundo lugar: a los empleados de dichos contratistas.
- En su afán de ser detallista en el señalamiento de funcionarios públicos, el Código penal peruano, en el delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401°, segundo párrafo), por ejemplo hace gala de este objetivo específico. Así, a través de la Ley N° 29758 de fecha 21-07-2011, el artículo 401° del Código penal, diseña un conjunto de sujetos "especiales" que son los siguientes: "*Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional...*"; o aquellos casos aunque pareciera una redundancia de orden legal, en cuanto muchos supuestos se entienden como funcionarios públicos, al parecer en aras del principio de determinación penal, el legislador nacional ha optado por mencionarlos de forma expresa, así el artículo 395° del Código penal (Delito de cohecho pasivo específico): *El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo que solicite;* o casos como el artículo 396° del Código penal, si

lares", o sea sujetos que están obligados a la "imparcialidad" en su actuación ante la administración pública, tal como podría ocurrir, más bien, en un delito de "negociación incompatible" (art. 397) y no en los casos a los cuales se remite.

en el caso del artículo 395 (delito de cohecho pasivo de auxiliares jurisdiccionales) cuando el agente es: "*...secretario judicial o auxiliar de justicia o desempeña algún cargo familiar, la pena será* "(...)".

- En esta línea también podemos ubicar a aquellos que no tienen un régimen propio dentro de la Carrera Administrativa, como son los docentes y/o funcionarios de universidades nacionales, como decanos, rectores etc., o porque simplemente carecen de un sistema de carrera administrativa como el caso de los Notarios Públicos en nuestro país[1325]; ahora bien, el Notario Público en sentido estricto no puede ser considerado como una autoridad o un funcionario público, ya que actúa a nombre y por cuenta propia, sin que sus actos comprometan a la administración, bajo supervisión del Estado, es decir, no existe una relación administración-administrado como en los otros casos. Tal razonamiento ha sido recogido por el último párrafo del Artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-2009-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049 publicado el 5 de marzo de 2009, en el Diario Oficial El Peruano que establece: *"El Notario no es funcionario público para ningún efecto legal"*. Así en un caso se ha resuelto: *"Por consiguiente, al haberse interpuesto la demanda contra un sujeto que no puede ser considerado funcionario o autoridad pública, la demanda debe ser desestimada"*[1326].

  A nuestro juicio, el Notario (que por mucho tiempo se ha tildado de Notario "Público") tiene la categoría de ser un agente especial, funcionario público dentro del Derecho penal moderno por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque el "tí-

---

[1325] BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *Delitos de corrupción de funcionarios*, en el Libro colectivo: Benavente Chorres, Hesbert / Calderón Valverde, Leonardo, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2012, p. 86.

[1326] Véase: NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika; *Delitos contra la Administración Pública*, tomo I, Lima, 2013, p. 124.

tulo" por el cual ejerce su actividad profesional lo expide una autoridad estatal competente, como es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el marco de un proceso de selección, por lo tanto, el título que da origen a su actividad posterior es "público". En segundo lugar, la "función" que ejerce también es de orden "público", porque al legalizar los diversos actos jurídicos de la población lo hace en función delegada, representando los intereses del Estado, en su función de servir como filtro para impedir adulteraciones, falsificaciones, suplantaciones, etc., y procurando, en todo caso, un digno tráfico jurídico de autenticidad (de "fe pública" como reza el bien jurídico que los protege) de los actos jurídicos de una región o ciudad. En ese sentido, narramos el siguiente caso: si el sujeto A se presenta ante las oficinas de un notario y le solicita que realice y legalice un contrato de compra-venta de un terreno que está a su nombre, pero el sujeto A cumple con todos los requisitos que la ley de la materia prevé, y ante la urgencia de la venta, porque el sujeto A se disponía a realizar un viaje al extranjero, le hace una oferta verbal ("económica" por muy superior a sus precios pre-fijados) al notario para "pasar por alto" los requisitos y además "agilizar" dicho trámite; oferta que es aceptada luego por el notario. La pregunta que hacemos es la siguiente: ¿El notario "público" está cometiendo un delito de cohecho pasivo o simplemente una infracción jurídica administrativa?; ¿Se trata verdaderamente de un delito en contra la administración pública o una infracción contra la administración de su sector gremial? Según lo expresado hasta aquí, como es un funcionario el notario, definitivamente cometería delito de cohecho pasivo, y agravado porque sería un concurso ideal de delitos (artículo 48° del Código penal), porque con una sola acción ha vulnerado dos tipos penales (artículo 393° –cohecho pasivo propio por quebrantar los deberes funcionariales al pasar "por alto" los requisitos legales–, y además el artículo 394° -cohecho pasivo impropio, por aceptar una oferta corruptora para hacer algo de su propia función).

Finalmente, al Derecho penal no le interesa tanto que el funcionario público esté dentro de la carrera administrativa, sino su cercanía con el bien jurídico tutelado. Es por eso que para efectos penales no solamente es funcionario público quien lo es según el Derecho administrativo (art. 425, numeral 1), sino además otras personas como: los que desempeñan cargos políticos o de confianza (art. 425, numeral 2), los que ejercen funciones públicas de entidades u organismos del Estado (numeral 3), los administradores y depositarios judiciales (numeral 4), los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (numeral 5) y otros que señalen la Constitución y la Ley[1327].

En resumen: de una lectura del artículo 425 del Código penal queda claro que este no constituye un concepto rígido y estático de funcionario público[1328], sino que trata de expresar las distintas formas en que una persona puede incorporarse y vincular al Estado con sus actos, y a través de estos si pueden lesionar o afectar bienes jurídicos institucionales de carácter estatal. Bastaría con afectar a uno de los objetivos primordiales que tiene el Estado (por ej. viabilizar y potabilizar el agua para el consumo humano, no obstante que la empresa que llevará a cabo desde su origen es de derecho privado) para considerarlo y homologarlo aquella persona como funcionario público, en la eventualidad de que dicho "funcionario público" (que en realidad se trata de un Gerente General) se coluda con un empresario constructor para sobrevalorar unas pozas de agua que tenían que instalarse, está claro que quien se ve seriamente perjudicada será la empresa privada que pagará más de lo debido al empresario constructor, al parecer esto quedaría en el ámbito estrictamente privado, pero no es así. Porque si bien el "título" podría ser de orden privado (por ej. la elección del cargo de gerente general se debió fundamentalmente a los votos de sus accionistas, socios y amparado en sus estatutos privados); sin embargo, la "función" que realiza es de orden público, pues presta un servicio

---

[1327] Véase, en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ; 2003, p. 36.

[1328] MONTOYA, Yvan (Coordinador). *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: Idehpucp, 2015. p. 46.

básico (agua) a un sector de la colectividad, y como alude a un objetivo primordial de servicio público-estatal, basta la acreditación de este elemento para considerarlo al agente como "funcionario público" para el Derecho penal.

En otras palabras, el artículo 425° del Código penal peruano expresa un listado meramente referencial de sujetos (especiales) que podrían ser considerados como funcionarios/servidores públicos a efectos jurídico-penales, aunque ello guarde distancia con el Derecho administrativo, constitucional, laboral, disciplinario, etc. Por ello, la labor de los operadores penales –jueces, fiscales, abogados– será la de identificar si, a fin de cuentas, se encuentran ante una persona que puede vincular al Estado con sus actos, es decir, si puede ser afectado en unos de sus objetivos sociales[1329]. Y ello sucederá aun cuando en el futuro se incluyan nuevos supuestos en el artículo 425° del Código penal y sin que ello suponga una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal. Incluso, podría plantearse el caso extremo de lo que sucedería si el artículo 425° fuera derogado del Código penal,[1330] aún estos casos, la calidad de funcionario público no se caería pues es un concepto normativo, de remisión de normas extra-penales, se utilizaría interpretaciones sistemáticas para llenar vacíos de impunidad de acuerdo al caso.

[1329] Incluso podría desprenderse de cada tipo penal en concreto. Así, "El artículo 425° no constituye el concepto de funcionario público. Este se configura a partir del propio tipo penal que contiene el delito funcionarial. En otras palabras, el concepto funcionario público es un elemento normativo/jurídico de cada uno de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos y, como tal, susceptible de interpretación. Los operadores jurídicos pueden apelar a enunciados de distinta fuente jurídica para dar un contenido razonable al concepto de funcionario público". MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op. cit., p. 46.

[1330] Véase, este sentido: MEINI, Iván. Autoría y participación en los delitos de corrupción. Conferencia presentada en Criminalidad Contemporánea: Desafíos del Derecho penal. Iter Criminis. Lima, 15 de septiembre.

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

El principio de mínima intervención establece que el Derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general. En consecuencia, si otros mecanismos de reacción menos gravosos (como por ejemplo sanciones administrativas, o disciplinarias), pueden tener frente a la lesividad de determinadas conductas, no hay que recurrir al Derecho penal para solventar estos problemas[1331]. En este orden de ideas, puede decirse que la actuación irregular de los funcionarios públicos no tiene que desembocar necesariamente en el Derecho penal, sino solamente cuando se trate de graves infracciones a los deberes funcionales que se encuentren típicamente establecidas. Para hacer frente a las irregularidades o infracciones de la actividad funcionarial que, por su falta de gravedad, no están previstas como delito, habrá que recurrir a los mecanismos impugnativos administrativos o judiciales que franquea la ley o las sanciones del Derecho disciplinario estatal[1332].

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

---

[1331] GARCÍA CAVERO, Percy; Informe sobre la relevancia penal del Acuerdo del Directorio de CONASEV N° 395-202.

[1332] GARCÍA CAVERO, Percy; Informe sobre la relevancia penal del Acuerdo del Directorio de CONASEV N° 395-202.

forma de extender una doble responsabilidad: la administrativa y la penal.[1333] [1334]

[1333] URQUIZO OLAECHEA; *"Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública"*, cit., p. 231.

[1334] El aforismo romano-canónico *ne bis in idem* o *non bis in idem (= bis de eadem re ne sit actio),* parece ser uno de los más antiguos en la historia del Derecho, habiéndose presentado desde las primeras apariciones en el Derecho imperial, en lo sustancial con un significado similar al que tiene actualmente. Esta regla aparece de un modo u otro desde la *cognitio extra ordinem* romana en adelante. Véase, HENDLER, Edmundo, *"Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem"*, en: Hendler, Edmundo (comp.), Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado, Buenos Aires, 2001, p. 131 quien sostiene que "Es indudable asimismo el significado político que asumió en el devenir histórico de la cultura occidental al establecerse como restricción al derecho de perseguir o de imponer castigos, derecho este que fue apropiado y convertido en prerrogativa de la autoridad centralizada de los reyes a medida que fueron forjándose los grandes estados nacionales. Ese significado tuvo clara expresión con las proclamas de derechos a fines del siglo XVIII, y su consolidación, ya con perspectivas de vigencia supranacional, tuvo lugar en época relativamente reciente, con los tratados internacionales de la comunidad europea y la organización interamericana celebrados en la segunda mitad del siglo XX".

Este aforismo resulta ser una derivación de la máxima *res judicata pro veritate habetur*, y la regla tiene una vigencia universal, ya sea con distintos alcances –sustantivo o procesal– y aplicaciones. En cuanto a la denominación del *ne bis in idem* resulta de especial interés sobre todo la partícula inicial *"ne"* o *"non"*. Entiendo correcta la expresión *ne*, pues el adverbio de negación simple *non* se emplea para negar un hecho real (así, por ejemplo, *non venit: "no vino"*). En cambio, *ne* se usa en prohibiciones o deseos (v.gr. *ne eas: "no vayas"*), resultando adecuado, por ende, su uso en el lenguaje prescriptivo de textos jurídicos (así, en materia procesal penal, *ne procedat uidex ex officio, ne est iudex ultra petita, etcétera).* BERTELOTTI, Mariano; *"El principio ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada"*, en: Hendler, Edmundo (comp.), Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado, Buenos Aires, 2001, p. 106. En este sentido, también: MAIER, Julio; *"Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)"*, en: Doctrina Penal, 1986, N° 33 a 36, Buenos Aires, p. 415, cita 1 sostiene que "Es correcto el adverbio negativo bajo la forma *ne*, pues se usa en textos imperativos o jurídicos". También uno de los orígenes del principio *ne bis in idem* proviene de la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que dispone lo siguiente: *"Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro".*

En ese sentido, por ejemplo la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Dec. Leg. N° 276, incorpora el Régimen Disciplinario (Artículo 25°), que precisa que los servidores públicos, y en general los funcionarios públicos, son responsables civil[1335], penal[1336] y administrativamente[1337] por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan[1338]. En esta misma lógica se ubica la Ley General de Procedimientos Administrativos, en el Capítulo de Potestad Sancionadora (artículo 230) que los Principios de

---

Por ejemplo, en España, el reconocimiento constitucional del *ne bis in idem* vino de la mano de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de enero de 1981. Así, GARCIA ALBERO, Ramón; *"Non bis in idem". Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995, p. 53.

(1335) Esta responsabilidad es cuando se determina que un servidor público debe resarcir al Estado el costo o gasto ocasionado por el incumplimiento de sus funciones y que ha ocasionado daño económico a la entidad y al Estado.

(1336) Esta responsabilidad es cuando el servidor público, no ha cumplido con las funciones encomendadas y aprovechando de su condición ha cometido delitos dolosos, que constituyen atentados contra el patrimonio del Estado y que después de una evaluación constituyen delitos tipificados en el Código penal.

(1337) Esta responsabilidad es cuando el servidor público no ha cumplido diligentemente sus funciones y las otras que señala el Art. 15 del D. L. N° 276.

(1338) La responsabilidad del funcionario público se encuentra inserta dentro de la responsabilidad jurídico-profesional, y esta a su vez se encuentra dentro de la Teoría General de la Responsabilidad del Derecho, de manera que las consecuencias que puedan ocasionar una mala praxis profesional de corte funcionarial tiene que sujetarse a los principios generales de la responsabilidad, cualquiera que esta sea. Claro está guardando las diferentes peculiaridades que cada responsabilidad posee. La responsabilidad en el ámbito funcionarial puede presentar hasta tres niveles específicos de responsabilidades en una cadena consecuencial: una responsabilidad político-administrativa circunscrita al Estado, en su deber de brindar un adecuado tratamiento a la población para con la administración pública; después se puede hablar de una responsabilidad institucional referente al lugar donde se desarrolla el funcionario público, es decir, por ejemplo el Poder Judicial, Ministerio Público, y por último y la más importante de todas, pues depende de las dos anteriores, la responsabilidad directa del funcionario público, por estar en un ámbito de estrechez con el objeto a proteger (administración pública) y con los particulares víctimas del delito especial.

la Potestad Sancionadora Administrativa están regidos adicionalmente por los siguientes principios especiales: Legalidad[1339], Debido procedimiento[1340]; Razonabilidad; Tipicidad[1341]; Irretroactividad[1342]; Concurso de Infracciones[1343]; Continuación de Infracciones[1344]; Causalidad[1345]; Presunción de licitud[1346]. La Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General sigue esta orientación normativa.

En esta línea se ubica el principio del *non bis in ídem*, que establece que: *"No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la*

[1339] Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

[1340] "Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso".

[1341] "Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria".

[1342] "Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables".

[1343] "Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes".

[1344] "Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo".

[1345] "La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable".

[1346] "Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".

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

11. LA MODIFICACIÓN EN EL ARTÍCULO 425° DEL CÓDIGO PENAL A TRAVÉS DE LA LEY N° 30124: LA INCORPORACIÓN NUEVAMENTE DEL FUNCIONARIO/SERVIDOR PROVENIENTE DE ECONOMÍA MIXTA Y EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO/SERVIDOR "ADELANTADO"

11.1. Descripción típica

La reciente modificatoria en el artículo 425° del Código penal peruano respecto del concepto de funcionario/servidor público, producido por la Ley N° 30124, publicada con fecha 13 de diciembre del 2013 en el Diario Oficial El Peruano, ha traído importantes consecuencias de orden teórico y práctico para la mayoría de delitos cometidos por funcionarios/servidores públicos en contra de la administración pública; conceptos enmarcados dentro de la política nacional de lucha anticorrupción que ha propuesto el Estado peruano ante la ola desmesurada de casos de corrupción dentro de la administración pública local, regional y de índole nacional.

En efecto, como es sabido, el Poder Ejecutivo publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 30124, la misma que recoge la propuesta de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción para modificar el artículo 425 del Código penal, referido al concepto de funcionario o servidor público, por el que todo trabajador, independientemente del régimen laboral objeto de su contratación, podrá ser perseguido penalmente, en caso de cometer un delito de corrupción, desde su designación, elección o proclamación.

La literalidad de la citada modificatoria es la siguiente:

"Artículo 425. Funcionario o servidor público.

Son funcionarios o servidores públicos:

1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que, independientemente del régimen laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los designados, elegidos o proclamados por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre a al servicio del Estado o sus entidades.*
7. *Los demás indicados por la Constitución política y la ley".*

11.2. Resumen de las modificaciones más importantes en la Ley N° 30124

En efecto, si podríamos resumir la Ley N° 30124 dos serían las modificaciones legales más relevantes:

a) En primer lugar, observamos que nuevamente se ha incorporado para el Código penal peruano aquellos funcionarios/servidores que pertenecen funcionalmente al Estado, pero que en su origen de sustentación económica tienen ingresos tanto privados como ingresos públicos, los mismos que suelen llamarse funcionarios de "economía mixta"; en ese sentido, nos remitiremos a las consideraciones que ya hemos expresado cuando comentamos el inciso 3 del artículo 425º del Código penal; y

b) En segundo lugar, la incorporación de un concepto muy debatido en el ámbito penal e internacional en su momento, pero muy necesario para efectos represivos en nuestro medio, estamos hablando del concepto "adelantado" o "amplio" de funcionario/servidor público para el Derecho penal.

11.3. Definición de funcionario/servidor público en el ámbito penal-internacional

El concepto de funcionario público en el ámbito penal es un concepto normativo que el Derecho penal ha dado por lo menos en principio, por tanto, no existe la necesidad de recurrir a otra rama del Derecho. Se trata de un elemento normativo del tipo y que debe ser extraído de la estructura del lícito en observancia del principio de legalidad. En efecto, el Derecho penal tiene una conceptualización normativa propia, utilizable a los fines de tutela establecidos por la norma penal. Ello explica que lo que para el Derecho penal es ya funcionario, no lo sea en diversos casos para el Derecho administrativo.

Así, en el ámbito punitivo los códigos penales para definir al funcionario público adoptan por lo general dos orientaciones básicas: a) Fijan parámetros normativos para definir y/o comprender a los funcionarios públicos y/o mantienen pautas dispersas para efectos de la integración de un concepto penal vía interpretación sistemática; b) Contienen expresas definiciones.

En el caso peruano, a diferencia de otras legislaciones como la argentina[1347], la chilena[1348] o la española[1349], y nuestra legislación administrativa, el Código penal ofrece un listado de funcionarios y de servidores a los efectos de imputar responsabilidad penal, a partir del cual vía interpretación se puede colegir la definición con la que se trabaja.

La Convención Interamericana contra la Corrupción define al funcionario público o servidor público como *"cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos"* (artículo I). Esta definición, adoptada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), a diferencia de lo dispuesto en nuestra legislación penal y administrativa, adelanta la existencia formal del funcionario público, pues engloba aquellos que son seleccionados, designados o elegidos, pero que aún no asumen o toman posesión del cargo y no ejercen formalmente la función pública.

Interesa destacar que la finalidad político criminal, orientada a dotar de mayor eficacia el combate legal contra los actos de corrupción, tiene sustento en el dato criminológico perfectamente verificable de que en el más o menos amplio periodo de tiempo que antecede a la

---

(1347) El Código penal argentino no hace distinción alguna entre funcionario y empleado público y en el artículo 77° señala: *"por los términos funcionarios y empleado público usados en este Código, se designa a todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente."*

(1348) El Código penal chileno en el artículo 260° bajo el nombre de empleado señala *"Se reputa empleado todo el que desempeña un cargo o función pública, sea en la administración central o instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular."*

(1349) El Código penal español en el artículo 24°, inciso 2), establece *"Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas"*.

toma de posesión del cargo se llegan a producir actos de corrupción por parte del futuro funcionario, situación frente a la cual, ni el Código penal ni las leyes administrativas juegan un papel conminador ni represivo.

Si bien el Código penal peruano no recoge la definición de la Convención Interamericana, la justicia anticorrupción en el caso del ex congresista Luis Alberto Kouri Bumachar, -quien recibió de Vladimiro Montesinos Torres diversas sumas de dinero, en entregas de $ 15,000 en los meses de mayo, junio, julio y agosto (las tres primeras antes de juramentar al cargo y la última cuando ya se desempeñaba como congresista)- consideró al imputado funcionario público desde el momento en que fue elegido, esto es, a partir del 9 de abril del 2000, fecha del sufragio electoral, argumentando que el artículo I del citado instrumento internacional tiene carácter de ley, según el artículo 55° de la Constitución Política del Perú[1350], y que, por tanto, se encuentra dentro de los alcances del artículo 425° inciso 6) del Código penal en concordancia con el inciso 2) del citado artículo.

No obstante esta decisión judicial, en la doctrina se ha generado una discusión sobre la aplicación automática de la definición o la necesidad de su previa incorporación en nuestro ordenamiento para ser aplicable. Un sector sostiene que dicho acuerdo regional necesita una regulación interna posterior para su vigencia[1351] por no ser una norma auto ejecutiva o *self excuting,* según las reglas del Derecho internacional público y, por tanto, tendría que ser incorporado en el artículo 425° del Código penal antes de ser invocado legal y judicialmente[1352]. Otro

---

[1350] El artículo 55° de la Constitución establece: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

[1351] ALCOVER POVIS; Eduardo. *"Más sobre el Derecho penal del enemigo. Repaso a sus manifestaciones en el Perú"*, Instituto de Ciencia Procesal penal. p. 15. http://www.incipp.org.pe/home/index.php?mod=documento&com=categoria&id=7&page=5

[1352] NAKASAKI SERVIGON, César; *"La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la corrupción por falta de modificación en la legislación penal interna"*. En Advocatus N°9 Lima, 2003, pp. 267 y ss.

sector, amparado en los argumentos empleados por la justicia anticorrupción, reconoce su aplicación inmediata[1353].

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, a diferencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción, desestima la sola elección, elección o nombramiento como factores para determinar la existencia del funcionario público. En efecto, en el ordinal a), inciso i) del artículo 2° define al funcionario público como *"toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de la persona en el cargo"*.

Aquí la Convención de las Naciones Unidas acude a un criterio estrictamente administrativo, el mismo que da cuenta a una serie de requisitos normativos establecidos en la legislación interna (título válido, investidura, posesión del cargo y ejercicio) y que ha sido restringido a las tradicionales funciones públicas de poder (cargos legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales) y donde "cargo administrativo" cumple una función horizontal amplia.

Asimismo, en el ordinal a) inciso ii), del mencionado artículo, recoge una definición amplia, en el cual se enfatiza el desempeño de funciones públicas y se hace mención expresa al derecho interno, con lo cual se descarta la posibilidad de que el concepto de este acuerdo internacional prevalezca.

Las definiciones sobre el funcionario o servidor público que contienen las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas contra la Corrupción y las opiniones en torno a ellas así como la discusión respecto a la aplicabilidad inmediata o no de la primera a la luz de lo

---

[1353] Proyecto del instituto de Democracia y Derechos humanos de la Universidad Católica (IDEHPUCP). Alerta Anticorrupción N° 4. Lima, 2 de noviembre del 2011. http://idehpucp.pucp.edu.pe/index.php?option=com_conten&view=contenido&id=604&tmpl=component&e_name=text$lang=es&Itemid=154

resuelto por la justicia anticorrupción y los datos criminológicos que existen, exigen modificar el artículo 425° del Código penal, teniendo en cuenta la especificidad del concepto de funcionario o servidor público que se debe manejar en el ámbito penal a efectos de imputar responsabilidad.

Dentro de ese marco, y en estricta observancia del principio de legalidad, se plantea adoptar en nuestro Código penal un concepto que englobe todas las categorías de agentes públicos que existen en la administración pública y adelantar las barreras penales desde el momento de la designación o desde la proclamación por la autoridad electoral, manteniendo además aquellos casos de particulares que para efectos penales son considerados funcionarios públicos.

11.4. Sobre el funcionario/servidor público proclamado, electo o designado en la Ley N° 30124

En este punto, la Ley N° 30124, en el inciso 6, nos habla de: funcionario/servidor "electo", "designado" o "proclamado", conceptos que dan a entender que el funcionario de elección popular, para efectos penales, comienza cuando la persona es electa por la población de una determinada zona. Aquí la pregunta que debemos de hacernos es: ¿Cuándo una persona es "electa" en una elección de índole popular? Una primera postura pudiera decir que una persona es *electa* cuando por ejemplo las empresas encuestadoras que trabajan en alianza con algunos programas de televisión del Perú, y lanzan el famoso flash electoral a las 4.00 p.m., y dan como ganador –al menos temporal– a un determinado candidato; podríamos decir que aquí comienza, según el espíritu de la Ley N° 30124, la represión penal.

Por otro lado, una segunda postura, indica que una persona es considerada electa cuando la autoridad competente, en este caso el ONPE –Organismo Nacional de Procesos Electorales– lo proclama como "ganador" de las contiendas electorales, y el conteo de los votos es prácticamente al 100%; esta segunda postura es la correcta por dos puntos de vista: desde el punto de vista de la seguridad jurídica que se

necesita para poder configurar al sujeto activo de estos delitos, y desde el punto de vista de la legalidad de la conducta, pues el propio artículo 425º del Código penal, inciso 6, indica: *"Los designados, elegidos, proclamados por* ***autoridad competente*** *para desempeñar, actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades"* y como hemos dicho, la única autoridad competente según la ley de la materia es la ONPE.

El funcionario/servidor "proclamado" es aquella persona que es designado en acto público por cualquier autoridad competente, la proclamación es para la realización de una determinada actividad de acuerdo a las leyes o reglamentos de la materia; por ejemplo, en el caso de los jueces y fiscales, organismo competente lo será, según nuestra Constitución Política, el Consejo Nacional de la Magistratura, y la idea principal de la modificatoria de la Ley N° 30124 es que no será necesario que el funcionario judicial o fiscal realice materialmente asunción del cargo estatal (que suscriba documentos con decisión del fondo del asunto, que realice gestiones en su despacho, etc.), sino bastará, para efectos penales que haya recibido efectivamente su *título* de juez o fiscal, y que a la vez haya prestado el *juramento* respectivo ante las autoridades del Consejo Nacional de la Magistratura; y en esa condición de funcionario proclamado haya realizado una conducta típica de la Parte especial. Ahora bien, también podríamos hablar de un concepto de *juez o fiscal electo* cuando dicho funcionario ha pasado satisfactoriamente todos los exámenes reglamentarios (escrito, curricular y entrevista) ante el Consejo Nacional de la Magistratura y en la página web de dicha institución, en el Boletín Oficial de la Magistratura, ha sido "nombrado" como ganador de la plaza; en tal sentido, aquí existe una designación primigénea oficial de tal persona en el cargo al cual ha postulado, concordante con lo descrito en el artículo 425º, inciso 6 del Código penal.

Ahora bien, la aplicación del funcionario/servidor "proclamado" o "electo" estará supeditada a aquellas exigencias de tipicidad que plantee cada figura delictiva de la Parte especial o legislación complementaria; aquellas figuras de los delitos cometidos por funcionario/servidor pú-

blico en contra de la administración pública, que necesariamente, dentro de su descripción típica, exija el sujeto activo esté en pleno "ejercicio del cargo", entonces por más que exista un funcionario "proclamado"/ "designado" de manera formal no existirá tal delito funcionarial, sino no va conectado –causalmente– con una posible vulneración al bien jurídico "administración pública"; así, por ejemplo, una persona es designada –con entrega del título y realizado el juramento respectivo– como Fiscal Penal Antidrogas, y al día siguiente se reúne en su casa con cinco personas que están seriamente involucradas un delito de tráfico ilícito de drogas en la zona donde irá a trabajar dicho fiscal, y qué pasa si el fiscal "acepta" un medio corruptor propuesto por las personas involucradas para tratar de ayudarlo cuando una vez asuma efectivamente el cargo dentro de un mes, la pregunta sería ¿cometerá el Fiscal proclamado en el cargo el "delito de cohecho pasivo específico" del artículo 395ºdel Código penal?

En principio debemos mirar atentamente el artículo 395º del Código penal que prescribe: *"El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a las anteriores, que bajo cualquier modalidad acepta o recibe donativo, promesa, ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asuntos sometidos a su conocimiento o competencia..."*. De acuerdo a la Ley penal de la materia, el objetivo principal de cualquier funcionario/ servidor público de "aceptar" o "recibir" un medio corruptor es para que en *el ejercicio del cargo* infrinja sus deberes funcionales, y no antes de haber asumido materialmente el cargo; sería imposible pensar en nuestro caso, que el Fiscal Antidrogas acepte y/o reciba algún medio corruptor, cuando todavía no sabe a ciencia cierta de qué caso se trata, pues todavía no ha visto ni siquiera la carpeta fiscal; todavía no ha visitado su despacho ni se ha avocado formalmente a ningún caso, y menos aún, no posee la capacidad de impulso o tramitación, y mucho menos la capacidad de decisión sobre el fondo del caso por el cual se habría comprometido el Fiscal con las partes involucradas.

En ese sentido, consideramos que no se cumpliría un elemento del tipo objetivo del Artículo 395, pues todavía no existen los "deberes

funcionales del cargo" –ni formal ni materialmente– del Fiscal Antidrogas; solo se cumpliría una parte del delito de cohecho pasivo –aquella que tiene que ver con el pacto venal–; sin embargo, de acuerdo a la ley administrativa, por ejemplo la Ley de Ética de la Función Pública del Perú seguramente que sí existe alguna vulneración puntual, pues estaría vulnerando el llamado principio de "neutralidad" e "imparcialidad" que todo funcionario o servidor debe tener al momento de recibir su título de nombramiento o de contrato.

Finalmente, consideramos que la propuesta inicial del Estado peruano contra la lucha anticorrupción en el sentido de "adelantar" el concepto penal de funcionario/servidor público, a través de la Ley N° 30124 es solo una lucha "a medias", o mejor dicho se puede quedar "a mitad del camino" propuesto, pues, solo se ha observado una parcela –por cierto importante– de la tipicidad penal de los delitos de la Parte especial o legislación complementaria, cual es el "sujeto activo" como sujeto especial en este caso: en el sentido que ahora se reprime cuando al funcionario/servidor, por ejemplo, se le ha otorgado legítimamente su *título* por autoridad competente o cuando la ONPE lo ha proclamado al 100% de los votos como *ganador electo* de las elecciones populares, pues aquí todavía el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) todavía no le ha entregado formalmente las credenciales correspondientes.

En tal sentido, solo se ha avanzado lo concerniente al sujeto activo, pero, como es sabido, no es toda la tipicidad; sin embargo, habrá que complementarlo con los demás conceptos que comprende la tipicidad según la dogmática jurídico-penal: conducta típica: omisión o acción, relación de causalidad directa o indirecta; técnicas de protección: peligro o resultado lesivo; los medios típicos: amenaza, violencia, astucia, etc.

CAPÍTULO VIGÉSIMO QUINTO
LA PENA DE INHABILITACIÓN PARA LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

A PROPÓSITO DE PUBLICACIÓN DE LA LEY N° 1243

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir[1354]. La pena de inhabilitación busca apartar al condenado peligroso de aquella actividad, profesión o cargo que fácilmente puede instrumentalizar para seguir lesionando bienes jurídicos protegidos por el derecho, es decir, cometer hechos delictivos.[1355]

Zaffaroni/Alagia/ Slokar nos dicen que "La pena de inhabilitación consiste en "la pérdida o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las penas de prisión y la multa"[1356]. Según Terragni "La inhabilitación consiste en la privación de derecho

---

[1354] Acuerdo Plenario Nº 2-2008/CJ-116. Agrega este Acuerdo Plenario (fundamento 6) que: "La pena debe estar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido podría valerse en el futuro para cometer el delito".

[1355] SALINAS SICCHA, Ramiro; *Delitos contra la administración pública,* Lima, 2016, p. 730-731.

[1356] ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro; *Manual de Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires; EDIAR, 2005, p. 727. De la misma manera: ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy; *Comentarios de los precedentes vinculantes penales*, Lima, 2012, p. 289.

o en la suspensión de su ejercicio, a raíz de la comisión de un hecho antijurídico que la ley califica como delito. Puede ser absoluta, en cuyo caso se observa el resabio del sentido infamante que tenía en épocas remotas; o especial, en que se impone como castigo por haber hecho abuso, ejercido mal o sin las necesarias aptitudes, los derechos vinculados con determinados empleos, cargos o actividades que requieren una destreza especial".[1357]

En el sistemas de penas limitativas de derechos se prevé en el Código penal, según el artículo 31, la pena de inhabilitación; así: *"1. Prestación de servicios a la comunidad; 2. Limitación de días libres; e 3. Inhabilitación"*. La pena de inhabilitación resulta ser la sanción jurídico-penal, junto con la pena privativa de libertad, la más común que se aplican a los funcionarios y/o servidores públicos, pues la mayoría de delitos que cometen dichos sujetos está prevista la pena de inhabilitación, y en algunos casos la inhabilitación en sede administrativa resulta ser mucho más drástica. Por ejemplo: un alcalde de una Municipalidad se vale de su función estatal para apropiarse de bienes (muebles) que le fueron asignados para un fin determinado (vinculación jurídica por delegación). Este alcalde estaría cometiendo el delito de peculado doloso por apropiación (artículo 387° del Código penal), por lo que el juez de la causa lo condena y sanciona con una pena no solo de pena privativa de libertad, sino también de inhabilitación principal, según los incisos del artículo 36 del Código penal.

En efecto conforme al artículo 36° del Código penal se puede disponer en la sentencia dictada: La privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular (inc. 1°), la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público (inciso 2°), la suspensión de los derechos políticos que se señale (inciso 3°), la incapacidad para ejercer por

[1357] TERRAGNI, Marco Antonio; *"La pena de inhabilitación"*, en: http://www.terragnijurista.com.ar/libros/pinhab.htm

cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, debidamente especificada (inciso 4°), la incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela (inciso 5°), la suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego, incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de arma de fuego siempre que el delito sancionado sea doloso y que la sanción supere los cuatro años (inciso 6°), la suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier vehículo o incapacidad para obtenerla por igual tiempo de la pena principal (inciso 7°) y la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito (inciso 8); incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo y otros delitos (inciso 9); privación del derecho a residir en determinado lugar o acudir a ellos (inciso 10); prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez (inciso 11); prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios (inciso 12); incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales (inciso 13). En todos estos casos, la pena de inhabilitación tiene una finalidad preventiva debido a que busca alejar al condenado de aquella posición o situación que pueda volver a ser usada para seguir afectando al Estado o a los bienes jurídicos fundamentales.

Como señala García Cavero[1358] la pena de inhabilitación es muy frecuente en los delitos cometidos por funcionarios públicos, pero también se puede aplicar a particulares, como sería el caso de la inhabilitación profesional contemplado en el artículo 36 inciso 4 del CP que impone la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria. Coincidimos, además, con García Cavero[1359] que si se aseguran las condiciones para

[1358] GARCIA CAVERO, Percy; *Derecho penal. Parte general*, Lima, 2012, p. 828.
[1359] GARCIA CAVERO, 2012, p. 828.

su efectiva aplicación, la pena de inhabilitación podría desarrollar mayores efectos preventivos que penas privativas de libertad, suspendidas en su ejecución. Aunque hay quienes postulan como Villa Stein que modernamente la inhabilitación se trata de una pena infamante lo que puede imprimirle anticonstitucionalidad conforme el art. 36 del CP[1360].

Ahora bien, la pena de inhabilitación de derechos es, especialmente, importante por dos motivos[1361]:

- Evita que el funcionario corrupto continúe lesionando el buen funcionamiento de la administración pública;
- En algunos casos, este tipo de pena se constituye en la más importante a imponer al funcionario público, en tanto que muchos de los delitos de corrupción pueden tener penas concretas de cuatro años (o menores), supuestos que permiten usualmente la suspensión de la ejecución de la pena.

El artículo 36° del Código penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39° del Código penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36°[1362].

[1360] VILLA STEIN, Javier; *Derecho penal. Parte general,* Lima, 2014, p. 561.

[1361] *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública,* PUCP, Lima, 2013, p. 61.

[1362] En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el

La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplicada conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa[1363]. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga.[1364]

Finalmente, el Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116, a partir de las normas del Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal de 2004, ha reconocido que la ejecución de la pena de inhabilitación responde a dos sistemas diferentes[1365]:

- ***Sistema de ejecución provisional***: Estipulado para el Código de Procedimientos Penales, que en su artículo 330° admite la ejecución inmediata para todas las penas (incluyendo a las inhabilitación), esto es, desde la sentencia de primera instancia.
- ***Sistema de ejecución suspensiva:*** Estipulada para el Código Procesal Penal, que en su artículo 402.1, establece como la regla específica que las penas de multa y limitativas de derecho (dentro de las cuales se encuentra la inhabilitación) se rigen bajo dicho sistema. La pena de inhabilitación se ejecutará solo ante una sentencia firme.

---

delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena

(1363) La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del Código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177°, 181°-B y 398° del Código penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

(1364) Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116

(1365) *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, PUCP, Lima, 2013, p. 64.

II. LOS CAMBIOS PRODUCIDOS A TRAVÉS DE LA LEY Nº 1243 EN EL ARTÍCULO 426º DEL CÓDIGO PENAL. LA INCORPORACIÓN DE LA LLAMADA "INHABILITACIÓN PERPETUA" PARA LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Abanto Vásquez decía que en el artículo 426º del Código penal se presentaba una especie de *inhabilitación específica*, a diferencia de la pena de *inhabilitación de carácter general* que se regulaba en el artículo 39º del Código penal, pues solamente se aplicará –el artículo 426º– para todos los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.[1366]

Como antecedente legislativo de la reforma producida en el artículo 426º del Código penal, podemos mencionar el Artículo Único de la Ley Nº 29758, publicado el pasado 21 Julio de 2011, cuyo texto era el siguiente: "Artículo 426. Inhabilitación accesoria y especial; prevé lo siguiente: *"Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2".*

Ahora, el 22 de octubre del 2016, el Poder Ejecutivo publicó la llamada 'Ley de muerte civil' (D. Leg. Nª 1243), en el marco de las facultades legislativas delegadas por el Congreso en materia de lucha anticorrupción. La actual y vigente Ley Nro. 1243, dentro de sus múltiples modificaciones ha reformulado el texto del artículo 426º del Código penal peruano, la misma que ha quedado estructurado de la siguiente manera:

> *"Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36º, según corresponda, y el artículo 38º".*

[1366] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano,* Lima, 2003, p. 107.

Con la actual redacción legal se establece, a nuestro juicio, una especie de aplicación por "descarte" de la llamada "muerte civil" (inhabilitación perpetua), claro siempre y cuando se verifique sus presupuestos: 1) cuando el actor del delito actúe como integrante de una organización criminal, o 2) cuando la conducta delictiva recaiga sobre programas con fines asistenciales; es decir, como casi todos los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública están con pena principal de inhabilitación de derechos, a excepción por ejemplo de los delitos de abuso de autoridad en cualquiera de sus modalidades, el delito de cobro indebido, el delito de retardo de pago injustificado o el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad; en estos delitos, aun cuando el propio tipo penal no contemple una pena de inhabilitación de manera expresa, entonces se puede aplicar una pena de inhabilitación en virtud del artículo 426º del Código penal.

Los cambios de la citada reforma legal de la llamada Ley de "muerte civil" están relacionadas en la pena de inhabilitación de carácter principal, ya que el artículo 38º del Código penal, en relación a la duración de la misma, ha quedado con el siguiente texto: "*La inhabilitación principal se extiende de seis a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36º*". "*La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trata de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias*".

La modificación producida por la Ley Nª 1243 deja intacta la inhabilitación accesoria que se encuentra regulada en el Artículo 39º del Código penal, bajo los siguientes términos: "*La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el*

condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal".

En nuestro concepto con el Decreto Legislativo 1243 también se incorpora en el artículo 38 la llamada "inhabilitación perpetua" muy discutida por cierto, la cual se dará solo en dos situaciones y cuando la acción delictiva sea sobre bienes o ganancias que superen los 15 UIT (S/ 59,250). Estas dos situaciones son: 1) cuando el actor del delito actúe como integrante de una organización criminal, o 2) cuando la conducta delictiva recaiga sobre programas con fines asistenciales. Es decir, para la aplicación se tiene que demostrar judicialmente que el agente especial pertenece a una organización dedicada a realizar delitos: por ejemplo, dos funcionarios públicos ediles, en ejercicio de sus funciones, se ponen de acuerdo para sustraer una suma de dinero no considerable de dicho Municipio, objetivo criminal que logran luego de un tiempo; no podría recibir, en sentencia judicial, una inhabilitación perpetua de derechos porque el fáctico señalado no alcanza a verificar ribetes de una verdadera "organización" criminal, aquí simplemente hay una "coautoría funcional".

Otra cuestión que surge con la aplicación de la inhabilitación es la rehabilitación del condenado. ¿Si un condenado cumple su pena no debería recuperar todos sus derechos y tener la posibilidad, incluso, de volver a trabajar en el Estado si delinquió como funcionario? Como se sabe, la rehabilitación produce dos efectos importantes: 1) la persona recupera su estatus jurídico, es decir recupera los derechos suspendidos por la sentencia condenatoria y 2) la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Sin embargo, si una persona comete un delito en contra de la administración pública, tendrá que cumplir, además de la carcelería (si es que se le impone) su pena de inhabilitación temporal, y posteriormente a ello recién recuperará su derecho a ejercer una función en el Estado, así como borrar de sus antecedentes penales el delito por el cual ha quedado rehabilitado.

Ahora bien, con la modificación producida por el Decreto Legislativo N° 1243, se tiene una prohibición legal a la rehabilitación perpetua cuando el sujeto especial ha sido condenado por delito contra la administración pública. Así, se ha reformado el artículo 69° del Código penal, bajo los siguientes términos: *"La rehabilitación automática no opera cuando se trate de inhabilitación perpetua impuesta por la comisión de delitos contra la administración pública, en cuyo caso la rehabilitación puede ser declarada por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de transcurrido veinte años, conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal".*

COMENTARIOS A LAS MODIFICACIONES LEGALES PRODUCIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, A TRAVÉS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1351

I. INTRODUCCIÓN

A través de la Ley N°30506 el Congreso de la República brindó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en diversas materias de urgencia para al país, tales como la seguridad ciudadana, reactivación económica, flexibilización tributaria, la lucha anticorrupción y otras de relevancia. En otras palabras, modificar la estructura organizacional y funcionamiento del Ministerio del Interior *para mejorar* la atención y prestación de servicios al ciudadano, así como contribuir a la erradicación de actos de corrupción dentro del sector; perfeccionar el marco normativo de la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y el Poder *Judicial* para la lucha contra el crimen organizado y la delincuencia común, sin que ello implique regular materias reservadas a ley orgánica ni se afecte la autonomía constitucional de las dos últimas instituciones antes mencionadas.

Como es sabido, el Poder Ejecutivo ha elaborado y publicado el Decreto Legislativo N° 1351 de fecha 07 de Enero de 2017. Según el citado decreto la finalidad de la norma es reforzar y mejorar la técnica legislativa y los criterios normativos de algunos tipos penales (tipificación de nuevos delitos y agravantes) para contribuir a la mejora de la tutela penal integridad personal, el patrimonio, la correcta Administración pública y la estabilidad del medio ambiente.

Ahora bien, en la mayoría de Delitos contra la Administración pública el bien jurídico específico consiste en la imparcialidad en el desempeño de las actividades funcionales específicas de los miembros

de la Policía Nacional, y el carácter público de estas. Es decir obrar con neutralidad y objetividad, para satisfacer el interés general y no los privados. La imparcialidad supone, en el caos de la legislación en comentario, que el miembro de la Policía Nacional, debe estar sometido exclusivamente a la legalidad, sin permitir la interferencia de intereses particulares o económicos en el desarrollo de sus funciones.

Debemos destacar que el Decreto Legislativo N° 1351 también modifica el artículo 25° del Código Penal[1], por el cual el Poder Ejecutivo asume la teoría de la infracción de deber, concretamente el *principio de unidad de título de imputación*, lo que implica que para los delitos de peculado y/o colusión o cualquier otro delito en donde participan, no solo funcionarios públicos, sino también particulares o extraños a la Administración pública; los funcionarios obligados responderán a título de autores infringiendo un deber especial impuesto por la Ley, y los particulares responderán por el mismo delito a título de cómplices, ya sean primarios o secundarios.

En mi concepto, son cuatro puntos o sectores concretos donde se ha afectado de manera sensible y expresa en los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública en el Código penal, y son los siguientes:

II. LA AMPLIACIÓN DE DELITOS PARA LA PROHIBICIÓN DE PENA CONDICIONAL CUANDO SE TRATE DE LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El artículo 57° del Código penal, en cuanto a la pena de ejecución suspendida ha sufrido algunos casos, que son los siguientes:

---

(1) ARTICULO 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria.
"EL que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.
A los que, de cualquier otro modo, hubiese dolosamente prestado asistencia de les disminuirá la pena.
El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en el"

"El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. *Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.*
2. *Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.*
3. *Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.*

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código."

Ahora bien, con la última modificatoria legal, la lista de delitos en los que se prohíbe al Juez la suspensión de la pena han aumentado de dos a siete delitos, los cuales versan sobre: 1) Colusión simple y agravada, 2) Peculado doloso y culposo, 3) Malversación de dinero o bienes destinados a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales, 4) Cohecho pasivo específico, 5) Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, 6) Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo y 7) Enriquecimiento ilícito.

Básicamente se tratan de aquellos delitos que se encuentran dentro de la sección IV - Corrupción de Funcionarios y de todos éstos, en los que el agente sea funcionario o servidor público, entendemos, para *"fortalecer la censura penal de algunas circunstancias conflictivas que atenten gravemente al bienestar de las personas y la convivencia social, generando nuevos espacios de sanción penal"* conforme lo refiere el propio decreto en su parte considerativa.

A mi criterio considero que esta norma se ubica en el estadio de la etapa de ejecuciones de sentencias, y si antes sólo estaba referido al patrimonio del Estado como es el delito de peculado y la colusión; ahora se ha aumentado para delitos que no necesariamente tienen como

objeto de protección la custodia de los bienes económicos del Estado, sino objetos de protección extra-patrimoniales como el delito de Negociación incompatible, el delito de cohecho pasivo específico o el delito de enriquecimiento ilícito. Aunque debemos de destacar que sólo la prohibición legal habla expresamente de la suspensión de la pena, sin embargo, cabría la posibilidad de otras alternativas que prevé el mismo Código penal como es la "reconversión de penas", "exención de penas".

III. SOBRE LA CREACIÓN DEL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO E IMPROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

El artículo incorporado a nuestro Código Penal es el cohecho pasivo propio de los miembros de la Policía Nacional, bajos los siguientes términos:

> ***Artículo 395-A.- Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial***
>
> *"El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.*
>
> *El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.*
>
> *El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 artículo 36 re Código Penal".*

Asimismo, también se incorpora como delito el cohecho pasivo impropio de los miembros de la Policía Nacional, bajo los siguientes términos:

> ***Artículo 395-B.- Cohecho Pasivo Impropio en el Ejercicio de la Función Policial***
>
> *"El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.*
>
> *El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36".*

La redacción del citado dispositivo legal pretende sancionar los actos de corrupción desplegados entre efectivos de la Policía Nacional del Perú y particulares, precisando que en el cohecho pasivo propio, la ventaja o beneficio que recibe o solicita el miembro de la policía nacional, esta direccionado a no cumplir con las funciones del cargo que le son competentes, situación que genera un beneficio ilícito, y que este beneficio corresponde para el funcionario público, así como para el otro sujeto que participa en el hecho.

Si bien los Magistrados, Árbitros, Fiscales, Peritos, Miembros del Tribunal Administrativo y análogos o los auxiliares jurisdiccionales[2] y análogos, tenían sus propios artículos sobre cohecho pasivo, ahora con la incorporación de este artículo y el siguiente, los miembros de la Policía Nacional, se unen a la lista de aquellos delitos con agente específico y debidamente rotulado.

El artículo en mención no hace más que duplicar de manera deficiente el artículo 393° del Código Penal "Cohecho pasivo propio" en tanto que el inciso 5) del artículo 425° del mismo cuerpo normativo, ya ha dispuesto desde su dación, quiénes son los sujetos a los que se debe

entender como funcionarios o servidores públicos; siendo así, en el artículo en particular, ya se tenía mucho antes de esta "innovación y fortalecimiento", que tanto los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional son funcionarios y servidores públicos para el Derecho penal.

Nuevamente la inserción de este artículo resulta una copia deficiente del artículo 394° del Código Penal, "Cohecho pasivo impropio" que al igual que el artículo 395° b aumenta prudencialmente el extremo máximo de las penas previstas en el artículo 394°, se ha vuelto a obviar la imposición del pago de días multa, en lo demás (estructura y verbos rectores) se trata de lo mismo sólo que, señala que el agente debe ser un miembro de la Policía Nacional.

De otro lado, se advierte que el segundo párrafo y tercer párrafo de los artículos 395-A y B del Código penal no se ha incluido la fase "para sí o para otro", el cual deja abierto un abanico de modalidades a los policiales de poder evadir responsabilidades penales, ya que es latente la posibilidad de que un miembro Policía Nacional del Perú, pueda solicitar directa o indirectamente un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para otro, pudiendo ante ello, quedar impune las circunstancias ventajosas cuando sean para terceras personas y no recaigan directamente en el efectivo Policía Nacional del Perú.

Asimismo, se ha omitido sancionar el aprovechamiento corruptor "para otro", ya que la conducta del miembro policial podría estar condicionado a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para otro, en mérito a que lo que se busca reprimir es cualquier aprovechamiento ya sea este de manera directa o en favor de un tercero, por la posición del cargo que ostenta el funcionario público.

IV. SOBRE LA CREACIÓN DEL DELITO DE COHECHO ACTIVO PROPIO E IMPROPIO EN LA FUNCIÓN POLICIAL

Recientemente se ha creado el artículo 398-A° en el Código penal, referido al delito de Cohecho activo en el Ámbito de la Función Policial, bajos los siguientes términos:

> *"El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo cualquier ventaja o beneficio*

para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años".

En esta nueva y vigente incorporación del artículo 398°-A que habla sobre el Cohecho activo en el ámbito de la función policial, la cual está dirigida a las personas y a todos los ciudadanos que pretendan sobornar, coimear, donar, prometer, dar, dadivar y entregar un pronto económico, ventaja o beneficio a un miembro de la Policial Nacional del Perú, este sujeto corruptor tendrá una sanción ejemplar con pena privativa de libertad, y considerando que no solo es acertada por la norma, sino que también hay que mencionar este nuevo artículo incorporado al Código penal vigente, pues ya estaría regulado en el artículo 397 sobre el Cohecho activo genérico.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Árbitro, Miembro De Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años"; se can cuentan señores lectores que esta conducta sancionable y deshonrosa también ya se encontraba tipificado, sin embargo nuevamente el legislador incurrió en redundancia al poner como nuevo tipo penal a una conducta sancionable que ya estaba regulado y que a mi criterio no debió volverse a tipificarse.

Por otro lado, desde el punto de vista de la prevención general negativa en cuanto a las penas privativas de la libertad estas se han incrementado, en ese sentido, como se sabe y se conoce la cultura de valores de normas de convivencia social siempre nuestra sociedad peruana es una de las más trasgresoras en cuanto a los temas de corrupción de funcionarios, por lo tanto este nuevo tipo penal se trata de un refuerzo o complemento a los tipos penales ya existentes en el Código penal.

V. SOBRE LA PENA DE INHABILITACIÓN PARA EL AGENTE ACTIVO QUE CORROMPA A UN MIEMBRO POLICIAL.

Sobre la pena de inhabilitación específica que se ha incorporado al Código penal, esta se ha incorporado a través del Artículo 398-B del Código penal bajo los siguientes términos:

> *"En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio sus funciones, siempre que éstas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36."*

En este artículo recientemente incorporado por el mismo Decreto Legislativo 1351 se considera que el Legislador nacional en el afán de querer persuadir a todas las personas que han encontrado en la corrupción un modo de vida, sobre quienes corromper a los miembros de la Policía Nacional. El contenido de este artículo corresponde a la denominada "muerte civil" para quienes estén vinculados a actos de corrupción a funcionarios públicos, en el caso concreto cuando el agente corrompa a un miembro policial en el ejercicio de sus funciones.

Ubicándonos en el contexto dónde se desarrollaría este tipo penal, es cuando un efectivo policial interviene a un particular conduciendo un vehículo motorizado en cumplimiento de sus funciones de tránsito o seguridad vial, y se produce la conducta típica del cohecho activo en el ámbito de la función policial; presentada esta circunstancia corresponde también sancionar a dicho conductor del vehículo con la cancelación o incapacidad definitiva, lo cual constituye una pena accesoria a la pena principal en circunstancias de Cohecho Activo en el ámbito policial relacionado al tránsito o seguridad vial.

Finalmente, considero que se trata de un abuso extremo de la normativa legal en cuanto a la cancelación o inhabilitación definitiva de la licencia de conducir; la norma no contempla ni señala "si fuese reincidente" sino que de un solo plano, señala que a la primera acción de intervención y que el agente infractor intente corromper a un policía, este obtendrá el castigo señalado en el dispositivo.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ABANTO VASQUEZ, Manuel.

- Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas, Lima, 1997.
- Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano. Palestra Editores, Lima, 2003.
- Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Editora Grijley, Lima 2014.
- Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, Palestra Editores, Segunda Edición, Lima, Abril, 2003.

ABOSO, Gustavo Eduardo.

- "Administración pública y delitos especiales propios. Análisis de los delitos contra la administración pública en el Código penal argentino desde el punto de vista de estatus de funcionario del autor", en Francisco R. Heydegger /Jhuliana C. Atahuam´ñan P. (Coordinadores). Delitos contra la administración pública. Lima, 2013.

AGUIRRE, Eduardo.

- Consideraciones criminológicas sobre el Derecho penal del enemigo. Editorial Fabiñan Di Plácido, 2004.

ACALE SÁNCHEZ, María.

- El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, Granada, 2000

ALCOCER POVIS, Eduardo.

- "El actual sistema penal anti-corrupción peruano. ¿Acaso un Derecho procesal penal del enemigo?", en: Libro de ponencias, XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho penal y criminología, Universidad Nacional de Córdoba, 2003.
- ¿Superación del jurado a través del Derecho penal? Tendencias legislativas y jurisprudenciales de un Derecho penal del enemigo en el sistema anticorrupción peruano". Tesis para optar el grado de abogado por la PUCP, Lima 2005.

ALCOCER POVIS, Eduardo / REATEGUI SÁNCHEZ, James.

- "El delito de cohecho en el Perú. Comentarios a propósito de la Ley N° 28355", en: Actualidad Jurídica, tomo 134, Enero, 2005.

ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto.

- "Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial", en: Doctrina penal, 1996-B, Buenos Aires.

ARMANZA GALDOS, Jorge / ZAVALA TOYA, Fernando.

- La decisión judicial, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy.

- Comentarios de los precedentes vinculantes penales, Análisis de las decisiones vinculantes de la Corte Suprema (2004-2012), Editor Ediciones Legales, Primera Edición, Lima, Agosto 2012.

AVALOS RODRÍGUEZ, Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth.

- Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Gaceta Jurídica. Lima, 2005.

ÁVILA, Juan José.

- "Significación de conceptos empleados en el Código", en: Baigún-Zaffaroni (Dir.), Terragni (Coord.), Código penal y normas complementarias, 2, Parte General, Buenos Aires, 2002.

BACA CABRERA, Denyse y otros,

- Jurisprudencia penal. Procesos sumarios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

BACACORZO, Gustavo.

- Tratado de Derecho administrativo, Lima, Gaceta Jurídica, 1997, T. 1.

BACIGALUPO, Enrique.

- "La responsabilidad penal de jueces y fiscales en el Estado democrático de Derecho", en: Justicia penal y Derechos fundamentales, Madrid, 2002
- "Corrupción política y proceso penal", en: Bacigalupo, Enrique, Teoría y práctica del Derecho penal, tomo II, Madrid, 2009.

BAIGÚN, David.

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico), Buenos Aires, 2000.

BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto / NOLASCO VALENZUELA, José Antonio.

- Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción. Corrupción gubernamental, tomo I, Lima, 2006.

BEGLIA ARIAS.

- Código penal y legislación complementaria, Buenos Aires, 2003.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert.

- Delitos de corrupción de funcionarios, en el Libro colectivo, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa.

- "Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho penal alemán", disponible en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica. 15-04-2013.

BENLLOCH PETIT, Guillermo.

- "¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2001 (Caso Santiago Raposo)", en: Hurtado Pozo, José (Director), Interpretación y aplicación de la ley penal, Anuario de Derecho penal, Lima, 2005.

BERALDI, Carlos Alberto.

- Control de la corrupción mediante la desregulación, en Peña y Estado, Año 1, N° 1, Buenos Aires, 1995.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Otros.

- Lecciones de Derecho penal. Parte general. Ed. Praxis, 1999.
- "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", en Temas de Derecho penal. Cultural Cuzco Editores, 1993.

BERNAL CAVERO, Julio.

- Manual de Derecho penal. Parte especial. Los delitos de hurto y robo en el Código penal, Lima, 1998.

BERNAL ANZON.

- Delitos contra la administración pública, Themis, Bogotá, 1965.

BLECUA, Ramón.

- "La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación, (estudio del artículo 397 del Código penal", en: ADPCP, 1985.

BRAMONT ARIAS, Luis Alberto.

- Derecho penal. Parte general. Editorial San Marcos. Cuarta Edición, 1989.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel.

- La tipicidad, el tipo doloso de comisión; en: Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, Ed. San Marcos, Lima, 2003.

- Lecciones de la Parte general y el Código penal. San Marcos, Lima, 2008.
- Manual de Derecho penal. Parte general, Editorial Santa Rosa.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto; GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen.

- Manual de Derecho penal. Parte especial. 4° Edición, aumentada y actualizada, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar R.

- Código penal y leyes complementarias, 2, Buenos Aires, 2003.

BUOMPADRE, Jorge E.

- Delitos contra la administración pública, Mave Editor, Buenos, 2001.
- "La prevaricación judicial en el Código penal argentino", en: Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba, 2001.
- Derecho penal. Parte especial, tomo 3, Corrientes, 2003.
- Manual de Derecho penal. Parte especial, Editorial Astrea, 2012.

BUSTOS RAMIREZ, Juan.

- Manual de Derecho penal. Parte especial, Ariel, Barcelona, 1991.
- Obras completas, tomo I. Ara Editores, Lima, 2004.

CABANELLAS, Guillermo.

- Diccionario de Derecho usual, Ediciones Santillana, Madrid, 1962.
- Diccionario enciclopédico de Derecho usual. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1979.

CÁCERES JULCA, Roberto. E /CARRIÓN DÍAZ, Juan E.

- El delito de colusión, aspectos sustantivos y procesales. Editorial EDEMSA, Primera Edición, Lima, Noviembre del 2011.

CAFFERATA NORES, José I.

- "Asociación ilícita y "non bis in idem", en: La Ley 1999-B, Buenos Aires.

CALDERON VELARDE, Leonardo.

- "El delito de peculado de uso: comentario a la sentencia que condena al alcalde de Chiclayo Roberto Torres Gonzáles", en: Gaceta Penal Nº 36, Junio, 2012, Lima.
- Delitos de corrupción de funcionarios. en: Gaceta Penal, Primera Edición , Lima, Mayo 2012.

CALLE CALDERÓN, Armando Luis / SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto.

- "El delito de interés ilícito en la celebración de contratos", en: Revista Estudios de Derecho, núm. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997.

CALDERON CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A.

- Derecho penal, tomo II, Parte especial, 2001.

CARO CORIA, Dino Carlos.

- Código penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal, Lima, 2002.

CARO JOHN, José Antonio.

- Diccionario de Jurisprudencia penal, Lima, 2007.

CARBAJO CASCON, Fernando.

- Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción, en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl.

- Código penal anotado. Editorial Porrúa, México, 1985.

CASSAGNE, Juan Carlos.

- Derecho administrativo I, en: Danós Ordóñez, Jorge (Coordinador), Selección de Textos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Lima, 2008.

CASTILLO ALVA, José Luis.

- El caso Kouri - Montesinos. Algunas pregunta sin responder: ¿Un candidato al congreso es un funcionario público?, ¿Existe el acuerdo previo?, en: Diálogo con la Jurisprudencia. Especial sobre los funcionarios públicos y el delito de corrupción de funcionarios, Lima.
- Negociación Incompatible, en Delitos contra administración pública, Jurista Editores, 1era. Edición, Lima, 2009.
- El delito de colusión, Lima, 2008 (en García Cavero).
- El delito de negociación incompatible. Instituto Pacífico SAC, 1era. Edición, Lima, 2015.
- Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008.

CESANO, José Daniel.

"La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)". Derecho penal contemporáneo. Serie Azul. Editorial Mediterráneo, Córdoba, 2004.

CÓRDOBA RODA, Juan.

- El delito de prevaricación judicial, en: AA.VV., La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, 2002.

CORREDOR BELTRÁN, Diego;

- Celebración indebida de contratos; en Lecciones de Derecho penal. Parte especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

CHIRINOS SOTO, Francisco.

- Código penal. Editorial Rodhas, Lima, 2012.
- Comentarios al nuevo Código penal, Tomo III, Lima.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor.

- Jurisprudencia penal, Lima, 2002.

CLARÍA OLMEDO, Jorge A.

- Derecho procesal penal, tomo I, (actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi), Santa Fe, 1998.

CREUS, Carlos.

- *Derecho penal. Parte especial.* Tomo 2, 6ª. edición, actualizada y ampliada. Tomo II, 1ª. reimpresión. Tercera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991.

CRUZ CASTRO, Fernando.

- "La Investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos", en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995.

CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR /GIRAO ISIDRO, MIGUEL A.

- Los actos de investigación contra el crimen organizado, agente encubierto, entrega vigilada y video vigilancia, Pacifico Editores-Primera Edición, Lima, Enero 2016.

DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto.

- El derecho disciplinario de la función pública, INAP, México, 1990.

DE LEÓN VILLALBA, Francisco.

- "La garantía del ne bis in idem y el Derecho penal económico", en: Materiales de lectura de la maestría en Derecho con mención en Derecho penal, PUCP, Semestre 2005-2, Lima.

DE LUCA, Javier Augusto / LÓPEZ CASARIEGO, Julio E.

- "Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales". Revista de Derecho penal 2004-2. Revista de Derecho penal - Delitos contra la administración públi-

ca– II. Dirigido por: Edgardo Alberto Donna. 1era. Ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

DI GIORGIO, Julio César.

- "El sentido del verbo sustraer en el delito de peculado", en: Donna, Edgardo Alberto (Dir.) Revista de Derecho penal, Buenos aires, 2004-I.

DONNA, Edgardo Alberto.

- "El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal", en: Revista de Derecho penal, 2004-2 –Delitos contra la administración pública, Buenos Aires-Santa fe.
- Derecho penal. Parte especial, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- Delitos contra la administración pública, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 302.

ESCALADA LÓPEZ, María Luisa.

- "El derecho al juez legal en el ordenamiento constitucional alemán". Revista de Derecho Valdivia, Vol. XIX N°1, julio 2006.

ESTRELLA, Oscar Alberto / GODOY LEMOS, Alberto.

- Diccionario de Derecho penal, Chiclayo, 1996.

ETCHEBERRY, Alfredo;

- Derecho penal. Parte especial, Tomo IV, 3ra. Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo.

- "Delitos contra la administración pública en el Código penal español de 1995; Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas", en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año IV, N° 7/8, Lima, 1999.

FERRAJOLI, Luigi.

- Derecho y razón, traducido por Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Buenos Aires, 2006.

FERREIRA, Francisco José.

- Delitos contra la administración P*ública*, Tercera Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1995.

FERRER BARQUERO, Ramón.

- El delito de prevaricación judicial, Valencia, 2002.

FIGUEROA NAVARRO.

- Criterio político criminales para la reforma de los delitos contra la administración pública, en Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima, Año 5, N° 6, 2007.

FLORES-ÑIQUEN, Jhonnattan;

- La determinación de la responsabilidad penal del depositario judicial, Tesis de pregrado no publicado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú, (2014).

FLORES POLO, Pedro.

- Diccionario de términos jurídicos, Lima.

FRANCISCO R. HEYDEGGER / ATAHUAMAN P. JHULIANA C.

- Delitos contra la administración pública, Editores IDEMSA-Primera Edición, Lima- Noviembre del 2013.

FRISANCHO APARICIO, Manuel.

- Delitos contra la administración de justicia, Lima, 2000.
- Delitos contra la administración pública, Lima, 2002.

FRISANCHO APARICIO, Manuel / PEÑA CABRERA, A. Raúl.

- Delitos contra la administración pública, Editora Fecat, Lima, 1999.
- Delitos contra la administración pública", Editora Fecat, Edición 2002, Lima.

FRISANCHO APARICIO, Manuel.

- Delitos contra la administración pública, Lima, 2011.

- Delitos contra la administración pública", Edición Aumentada-Editora Fecat, Cuarta Edición, Lima, 2011.

FONTAN BALESTRA, Carlos.

- Tratado de Derecho penal, Tomo VII, Parte especial, Segunda Edición actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma; reimpresión Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- Derecho penal. Introducción y Parte general. (Actualizado por Guillermo A C. Ledesma), Buenos Aires, 1995.
- Derecho penal. Parte especial, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, 2002.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino.

- Delito de enriquecimiento ilícito. Editorial IDEMSA, Lima, Noviembre del 2001.

GARCÍA CAVERO, Percy.

- Derecho penal. Parte especial. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2012.

GARCÍA CAVERO, Percy / CASTILLO ALVA, José Luis.

- El delito de colusión, Lima, 2008.

GARCÍA NAVARRO, Eduardo.

- Lecciones de Derecho penal. Parte especial. Lima, 2009.

GARCÍA DEL RIO, Flavio.

- Manual de Derecho penal. Parte general y Parte especial, Lima, 2004.

GARZÓN VALDES, Ernesto.

- "Acerca del concepto de corrupción", en: Varios Autores, La corrupción política, Madrid, 1997.

GAVIER, Enrique Alberto.

- Notas al Código penal argentino, tomo III, Parte especial, Córdoba, 1996.

GIL LAVEDRA, Ricardo.

- "Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo", en: DP, N° 15 a 20, Buenos Aires, 1982.

GÓMEZ, Eusebio.

- Tratado de Derecho penal, tomo V, Buenos Aires, 1941.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso.

- Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

GONZALES RODRÍGUEZ, Ramiro.

- Código penal, Notas de jurisprudencia, acuerdos plenarios y doctrina, Palestra Editores, Primera edición, Lima, Setiembre del 2002.

GOZALEZ RUS, Juan José y otros.

- Curso de Derecho penal español. Parte rspecial II, Madrid, 1997.

GRACIA MARTÍN, Luis.

- El actuar en lugar de otro en Derecho penal, Zaragoza, 1986.
- "Instrumentos de imputación jurídica penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", en: Actualidad Penal, N° 16-19, 1993.

GORDILLO, Agustín.

- Tratado de Derecho administrativo, Tomo I, Parte general, Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires, 2009, Capítulo XIII.

GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro.

- Tópica jurídico penal. Ideas Selección Editorial, Lima, 2013.

HASSEMER, Winfried.

- Crítica al Derecho penal de hoy, traducción de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, (primera reimpresión 2003).

HERRERA GUERRERO, Mercedes.

- "La participación del interesado en el delito de tráfico de influen-

cias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas", en Actualidad Penal, N° 26, Agosto 2016.

HUAMANÍ CUEVA, Rosendo,

- Código tributario comentado, Jurista Editores. Lima, 2007.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.

- Delitos cometidos por particulares contra la administración pública, Lima, 2002.
- Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, Lima, 2002.
- El delito de peculado, Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica -Lima - Marzo 2006.
- "El nuevo constructo del delito de abuso de autoridad", en Heydegger, Francisco R., Atahuamán P., Shullana (Coordinadores), Delitos contra la administración pública, Lima, 2013.

HURTADO POZO, José.

- "Corrupción: el caso peruano" en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, 1995
- "Interpretación y aplicación del Art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias", en: Anuario de Derecho Penal 2005 Interpretación y Aplicación de la Ley Penal, Lima.

HURTADO POZO, José. / PRADO SALDARRIAGA, Víctor.

- Manual del Derecho penal. Parte general, Tomo II, Cuarta Edición, Editorial IDEMSA, Lima, Agosto del 2011.

ITURBIDE, Alejandro R.

- Derecho penal del enemigo. Cíclico retorno al Derecho penal de autor. Editorial La Ley Gran Cuyo, 2006.

INCHAUSTI, M.A.

- Enriquecimiento ilícito de funcionarios.

ISASI CAYO, Juan Felipe.

- Introducción al Derecho administrativo, Isasi & Ruiz Eldredge Abogados, Lima, 1997.

JAKOBS, Günther.

- "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en: Fundamentos del Derecho penal, Buenos Aires, 1996.
- Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 1997.
- "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", en: RPCP, Nº 12, Lima, 2002.
- Derecho penal del enemigo (Cancio Meliá, Manuel), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

JESCHECK, Hans Heinrich.

- Tratado de Derecho penal. Parte general, Granada, 2003.

LAJE ANAYA, Justo.

- "La usurpación de autoridad", en Cuadernos del Instituto de Derecho penal, Nº 88, Córdoba, 1966.

LAJE ANAYA, Justo/ GAVIER, Enrique Alberto.

- Notas al Código penal argentino, tomo III, Córdoba, 1996.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo.

- Derecho penal. Parte especial, III, Madrid, 1988.

LUZÓN PEÑA, José María.

- "Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la administración de justicia", en: La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980.

MAGGIORE, Giuseppe.

- Derecho penal. Parte especial, Reimpresión de la Segunda Edición, Volumen III, Bogotá, 1989.

MAITA DORREGARAY, Sara del Pilar;

- "Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal", en: Castañeda Otsu, Susana Ynes (Coordinadora), Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública; Lima.

MANFRONI, Carlos A.

- La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

MANZINI, Vincenzo.

- Tratado de Derecho penal, Tomo 8, Segunda Parte. De los delitos en especial. Volumen III. Delitos contra la administración pública, I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. EDIAR, Buenos Aires, 1961.

MARÍN FRAGA, Facundo J.

- Derecho penal del enemigo. Editorial La Ley. Suplemento Act., 15 de febrero del 2005.

MARTINEZ LÓPEZ, Antonio José.

- Régimen penal de la función pública, Bogotá, 1997.

MAYHUA QUISPE, Luis Miguel.

- "La condición de funcionario público como fundamento de los delitos de infracción de deber", en: Jus Jurisprudencia, Octubre, 5, 2007.

MEINI, Iván.

- Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Valencia, 2003.

MIKKELSEN – LÖTH, Jorge Federico.

- Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública, Buenos Aires, 2001.

MIR PUIG, Carlos.

- Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal, 2000.

MIR PUIG, Santiago.

- Derecho penal. Parte general, Barcelona, 1996.
- Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal. Barcelona, 2000.

MONTOYA VIVANCO, Yván.

- "Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código penal peruano", en: Actualidad jurídica, tomo 171, Febrero, 2008.

MONTOYA VIVANCO, Yván. (Editor).

- "Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú". Impreso por Grafica Delvi S.R.L-Lima 2014.

MOLINARIO, Alfredo J.

- Los delitos, tomo III, (actualizado por Aguirre Obarrio), Buenos Aires, 1999.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario.

- Delitos contra la administración pública. Santa Fe de Bogotá, 2000.

MORALES PRATS, Fermín / RODRÍGUEZ PUERTA, José María.

- Comentarios a la Parte especial del Derecho penal.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo.

- "Delitos contra la administración pública. Fraudes y exacciones ilegales". En: COBO DEL ROSAL, Manuel; Compendio de Derecho penal español, Madrid, 2000.

MURIEL PATINO, María Victoria.

- "Economía, corrupción y desarrollo", en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco.

- Derecho penal. Parte especial, Decimoquinta Edición, revisada y puesto al día, editado por Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo". Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto.

- Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria, Lima, Perú, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, Revista N° 33, Fondo de Desarrollo Editorial Enero - Diciembre 2002.

NEUMANN, Elías.

- "La pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los Derechos Humanos", en: Libro Homenaje a Isidoro de Benedetti, Buenos Aires, 1997.

NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika.

- Delitos contra la administración pública, tomo I, Lima, 2013.
- Delitos contra la administración pública, tomo II- Parte Procesal/ Jurisprudencia, ARA Editores, Primera Edición-Lima, 2013.

NOLASCO VALENZUELA, José / VELARDE LÓPEZ, Juan Manuel / AYALA MIRANDA, Erika / LOPEZ ESPINOZA, Reiser;

- Manual de litigación en delitos gubernamentales, Ara Editores, Lima, 2011.

NUÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente.

- "La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes N° 29703 y 29758. La vendita di fumo en el pacto sceleris", en Gaceta Penal, tomo 26.

NUÑEZ, Ricardo C.

- Tratado de Derecho penal. Parte especial; volumen II, Tomo V, Buenos Aires, 1992.

OLAIZOLA NOGALES, Inés.

- El delito de cohecho, Valencia, 1999.

ORTS BERENGUER, Enrique, en: AAVV,

- Derecho penal. Parte especial, Valencia, 1999.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel.

- Código penal de la República Argentina, comentarios, jurisprudencia y doctrina, 11ª Edición Actualizada, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.
- Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Heliasta, Buenos Aires, 1989.

PARIONA ARANA, Raúl.

- "El concepto por razón del cargo" en el delito de peculado", en: Magistri et doctores, UNMSM, Unidad de Post grado, Nº 2, Lima.

PARRA GUTIERREZ, Wiliam René.

- Delitos contra la administración pública, Bogotá, 1998.

PECO, José.

- "Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho", en: La Ley, 71, 1953, Buenos Aires.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.

- Derecho penal. Parte general. Tomo I. Editorial Moreno S.A., Lima, 2013.
- Derecho penal. Parte especial, tomo V, Lima, 2010.

PEÑA CABRERA / FRANCIA ARIAS.

- Delito de enriquecimiento ilícito, Lima, Ediciones Jurídicas, Lima, 1993.

PEÑA OSSA, Erleans de Jesús.

- Delitos contra la administración pública, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

PEREZ ARROYO, Miguel.

- La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005). Tomo II. Ediciones Iuris Consulti S.A.C. Editorial San Marcos. Lima, julio 2006.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel.

- Delitos de deslealtad profesional de sbogados y procuradores, Navarra, 2000.

GARCÍA CAVERO, Percy.

- Derecho penal. Parte general, Segunda Edición, Juristas Editores E.I.R.L. Lima - Marzo 2012.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan.

- Delitos contra la administración pública, Editorial Jurídica Portocarrero, Segunda Edición, Lima, 1997.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto.

- Todo sobre el Código penal, tomo I, Lima.
- Nuevo proceso penal reforma y política criminal, Editorial IDEMSA, Primera Edición, Lima, Julio 2009.

PRATS I CATALÁ, Joan.

- Servicio civil y gobernabilidad democrática: Fundamentos institucionales del sistema de mérito y regímenes jurídicos y gerenciales requeridos para su eficiencia. De burócratas a gerentes. Las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del Estado. Losada i Marrodán, BID, Washington D.C., 1999.

QUERALT, Joan J.

- "El concepto penal de un funcionario público", en: Cuadernos de Política Criminal Nº 27, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985.
- Derecho penal español. Parte especial, Barcelona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; en: Quintero Olivares (Dir.), Morales Prats (Coord.)

- Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, Navarra, 1999.

RAFECAS, Daniel.

- "Delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos", en: Niño/ Martínez, (Coord.) Delitos contra la libertad, Buenos Aires, 2003.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón.

- "Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI", en: RPDJP, 2, Lima, 2001.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro.

- Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del "caso Montesinos". Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias ¿comprador de humo, víctima o participe?, en: Ius et veritas, N° 23.
- Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, Lima, 2004.

REATEGUI SÁNCHEZ, James.

- "Modificación de los requisitos materiales de la prisión preventiva. La reducción en la pena probable y la incorporación de la habitualidad delictiva", publicado en: Actualidad Jurídica, tomo 151, Junio, 2006.
- En busca de la prisión preventiva, Lima, 2006.
- Derecho penal. Parte general, Lima, 2009.
- Estudios de Derecho penal. Parte especial, Jurista Editores, 2009.
- Derecho penal. Parte especial, Ediciones Legales, Lima, 2012.
- El precedente judicial en materia penal, Lima, 2010.

REYNA ALFARO, Luis; Miguel.

- "Derecho penal económico, Derecho administrativo sancionador y la nueva Ley del procedimiento administrativo general", en: Actualidad Jurídica, tomo 93, agosto, 2001.

- "El bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública", en: Delitos contra la Administración Pública, Jurista Editores, Lima, 2009.

RIMONDI, Jorge Luis.

- Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública, Buenos Aires, 2005.
- "La doctrina del puente de plata en el cohecho". La Ley, Buenos Aires, 1999-B.

RIQUERT FABIAN, L.

- "El Derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes". (Palacios P., Lonardo), Revista Universitaria La Ley, Año V Nº 3, Buenos Aires, junio 2003.

RODAS MONSALVE, Julio César.

- Protección penal y medio ambiente, Barcelona, 1993.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis / OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena.

- Delitos contra la función pública. El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

RODRÍGUEZ MOUROLLO, Gonzalo.

- "El autor mediato en el Derecho penal español", en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1969.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José.

- El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios, Pamplona, 1999.

RODRIGUEZ, Agustín Washington / GALETTA DE RODRIGUEZ, Beatriz.

- Código penal. Parte especial, La Plata.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso.

- Derecho Penal español. Parte especial, Madrid, 1995.

ROJAS VARGAS, Fidel.

- Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito, Lima, 1997.
- Jurisprudencia penal. Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
- "El elemento subjetivo "a sabiendas" en el delito de prevaricato: comentarios y problematizaciones", en Gaceta Jurídica, N° 39, Diciembre 2001.
- Estudios de Derecho penal. Doctrina y jurisprudencia, Lima, Juristas Editores.
- "Ubicación dogmática y el rol que juega el tercero ("para otro") en el delito de peculado doloso. El tema de la vinculación funcional", en: Dialogo con la jurisprudencia, Lima.
- Delitos contra la administración pública, Grijley, Lima, 2007.
- Jurisprudencia penal comentada, tomo I, Lima.
- Delitos contra la administración pública, 4ta edición actualizada, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.
- Derecho penal práctico, Lima, 2011.
- Derecho penal práctico, Procesal y disciplinario Lima, 2011, en Gaceta Jurídica, Primera Edición , Julio 2012.
- "Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública", Estudios críticos, informes y comentarios jurisprudencial, Pacíficos Editores S.A.C-Primera Edición – Lima, Junio 2016.
- "El abuso de autoridad: Aspectos legales y jurisprudenciales", en: HEYDEGGER, Francisco R., ATAHUAMAN P., Jhuliana (Coordinadores). Delitos contra la administración pública. Lima, 2013.
- Código penal, Dos décadas de jurisprudencia, ARA Editores, Tomo I, Lima, 2012.

ROXIN,

- "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados".

ROJJASI PELLA, Carmen.

- Ejecutorias supremas especiales 1993-1996, Legrima, Lima, 1997.

ROYO-VILLANOVA, Segismundo.

- El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo Derecho español, en: Revista de Administración Pública, N° 44, España, 1964.

RUBIO CORREA, Marcial.

- La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Lima, 2005.

RUSCONI, Maximiliano.

- "El delito de prevaricato judicial", en: Rusconi, Maximiliano (Compilador), Delitos contra la administración de justicia, Buenos Aires, 2001.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson.

- Delitos contra la administración pública, Jurisprudencia Penal, Lima, 2004.

SALINAS SICCHA, Ramiro.

- Delitos contra la administración pública, Segunda Edición. Editorial Iutitia E.I.R.L. Segunda Edición, Lima, 2011.
- "El delito de malversación de fondos", en: Gaceta Penal, N°. 32, febrero, 2012.
- Delitos contra la administración pública. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2014, tercera edición.
- Delitos contra la administración pública. Editorial Iustitia S.A.C, Lima, 2016, Cuarta edición.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo.

- "Criminalidad organizada y procedimiento penal. La colaboración eficaz", en: La reforma del proceso penal peruano. Anuario de Derecho penal, 2004.

SAN MARTÍN CASTRO, César.

- Jurisprudencia y precedente penal vinculante, Lima, 2006.

SÁNCHEZ FRANCO, Alfredo.

- El delito de la concusión, cobro ilegal de impuestos. México, 2001.

SAN MARTÍN CASTRO, César, en: San Martín Castro/ Caro Coria/ Reaño Peschiera.

- Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales, Lima, 2002.

SANCINETTI, Marcelo A.

- El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, 2ª Edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Ciencias Penales, Tomo XXXIX, Fascículo III, Setiembre - Diciembre. Madrid.

SANDLER, Héctor Raúl.

- "La corrupción legislativa", en: Sandler /Rajland (Coordinadores). Corrupción. Una sociedad bajo sospecha, Buenos Aires, 1997.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso.

- Derecho penal. Parte especial (con la colaboración de Alfonso Serrano Maíllo), Madrid, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.

- "Observaciones sobre la relación entre Derecho constitucional y Derecho penal en España", en: ¿Más Derecho?, número 2, diciembre, 2001, Buenos Aires.

- "El "actuar en lugar de otro" (artículo 31) en el nuevo Código penal español", en: Estudios de Derecho penal, Lima, 2000.
- "Aspecto dogmático y político-criminales de la lucha contra la corrupción", en: Jus Doctrina & Práctica, setiembre, 9, 2007.
- "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales". Segunda Edición. Editorial BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2006.

SIMONETTI, José María.

- "Notas sobre la corrupción", en: Pena y Estado, Año 01, Número 01, Buenos Aires, 1995.

SOLER, Sebastián.

- Derecho penal argentino, tomo V, Buenos Aires, 1951.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto;

- "Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos", disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_15.pdf

SUAY HERNÁNDEZ, Celia.

- Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador", en: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 7 / 8, Lima, 1999.

STRATENWERTH, Günther.

- Derecho penal. Parte general. Volumen I. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- Derecho penal. Parte general, traducción de la segunda edición alemana (1979) de Glagys Romero, Madrid, 1982.

TERRAGNI, Marco Antonio.

- Delitos propios de los funcionarios públicos, Mendoza.
- Tratado de Derecho Penal, Primera Edición, Tomo III, Parte especial II, Editores la Ley, Buenos Aires, 2012.

- "La pena de inhabilitaci{on", en: http:llwww.terragnijurista.com.ar/libros/pinhab.htm

TORRES CARO, Carlos Alberto.

- El nuevo Código penal peruano, Exposición de Motivos, Anteproyecto del Código penal y estudios sobre Derecho penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011.

URQUIZO OLAECHEA, José.

- "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública", en: Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 12, Lima, 2002.

URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson.

- Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia (2006-2010), Tomo II, Primera edición, Lima, IDEMSA, 2011.

URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José Luis / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson.

- Jurisprudencia penal, Jurista Editores, Lima, 2005.

VALEIJE ALVAREZ, Inma.

- El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho, Madrid, 1995.

VALLE MUÑIZ José/ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.

- Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, Navarra, 2002.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando.

- Informe incluido en el NOLASCO VALENZUELA, José / AYALA MIRANDA, Erika; Delitos contra la administración pública, tomo I, Lima, 2013.

VERA DONAYRE, Flor de María.

- "Elementos del tipo penal de prevaricato", en: Actualidad Jurídica, tomo 165.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.

- Lecciones de Derecho penal, Lima, 1990.
- Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción, Lima, mayo del 2000.
- Derecho penal. Parte general, Lima, 2006.

VILLA STEIN, Javier.

- Derecho penal. Parte general, ARA Editores, Lima-2014.

VILLADA, Jorge Luis.

- Delitos contra la función pública, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

VIRGOLINI, E. S. Julio.

- Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción, Buenos Aires, 2004.

WACQUAT LOIC.

- Las cárceles de la miseria. Título original: Las prisono de la misére. 1ra. edición, 2da. Reimpresión, Editorial Manantial, Buenos Aires, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

- El crimen organizado a una categoría frustrada. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro.

- Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, 2002.

ZAPATA LÓPEZ, Aldo.

- "Delitos contra la administración pública", en: Nuevas tendencias del Derecho penal y nuevo Código procesal penal". Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. José Hurtado Pozo, N° 03, Lima, 2011.

ZUGALDÍA ESPINAR, José María.

- Derecho penal. Parte general, Valencia, 2004.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura.

- Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Editorial Comares. Granada, 2009.

CUADRO COMPARATIVO

	PATROCINIO ILEGAL	NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	CONCUSIÓN	TRÁFICO DE INFLUENCIAS
ARTÍCULO	385°	399°	382°	400°
TIPO DE DELITO	Delito especial propio. Delito de Mera Actividad o de emprendimiento	Delito especial propio. Delito de Mera Actividad o de peligro	Delito especial impropio Delito de Resultado Lesivo	Delito Común. Delito de Mera Actividad
BIEN JURÍDICO	Prestigio y la imparcialidad y el decoro de la administración pública	El deber de lealtad y probidad de los funcionarios públicos o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón de su cargo que desempeñan	La protección de la corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones al interior de la A. P.	El prestigio y regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa
SUJETO ACTIVO	Funcionario o Servidor Público	Funcionario o Servidor Público	Funcionario o Servidor Público	Cualquier persona
SUJETO PASIVO	Estado y de modo alguno los particulares	Administración Pública (El Estado)	El Estado	El Estado
CONDUCTAS TÍPICAS	Se configura cuando el sujeto activo que tiene la condición de funcionario o servidor público por sí mismo por intermedio de un tercero haciendo prevalecer su condición especial favorece, defiende, ampara, apoya, gestiona o patrocina los intereses legítimos o ilegítimos de ciudadanos particulares ante cualquier estamento de la administración público	Se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público se interesa de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial o para tercero	Abusar del cargo, obligar o inducir, obligar a dar o prometer, inducir a dar o a prometer	Recibir invocando influencias reales y ofreciendo interceder ante un funcionario que conoce procesos. Recibir invocando influencias reales y ofreciendo interceder ante funcionario que ha conocido procesos. Recibir invocando influencias simuladas y ofreciendo interceder ante un funcionario que conoce procesos. Recibir invocando influencias simuladas y ofreciendo interceder ante funcionario que ha conocido procesos
TIPICIDAD SUBJETIVA	El dolo en el comportamiento	El dolo en el comportamiento	El dolo en el comportamiento	El dolo en el comportamiento

	PATROCINIO ILEGAL	NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	CONCUSIÓN	TRÁFICO DE INFLUENCIAS
CONSUMACION	Se consuma con los simples actos de patrocinio prohibidos, no importa si ello se verifica con éxito o no, con beneficio patrimonial o no para el sujeto activo.	Se consuma con la sola verificación del interés particular del sujeto público en la celebración del contrato o realización de operaciones en representación del Estado. El interés debe estar dirigido a obtener un provecho indebido a favor del agente o a favor de terceros que tienen vinculación con aquel. No se requiere que el contrato o la operación en la cual se interesa el agente se llegue a concretar, es decir, se llegue a celebrar o realizar, tampoco se requiere el perjuicio patrimonial a la administración pública, así mismo no es necesario verificar si el agente obtuvo La ventaja indebida perseguida, toda vez que en mucho a supuestos puede existir ventaja patrimonial para el Estado.	Cuando el agente abusando del cargo que desempeña requiere peticiona, demanda, pide, reclama o exige a la víctima contribuciones en cantidad que excede la tarifa legal, se perfecciona con la sola exigencia del agente, independientemente que la víctima realice lo que se le exige. Cuando el agente hace desembolsar, abonar, sufragar o pagar a su víctima en cantidades que exceda la tarifa legal, se consuma en el momento en que el agente logra o materializa que la víctima le abone o pague las contribuciones o emolumentos no debidos. Cuando el agente abusando del cargo hace dar, conocer, ceder, otorgar, transferir, facilitar o entregar a la víctima contribuciones que exceden a la tarifa legal, se consuma cuando el sujeto activo logra en la realidad que la víctima dé o entregue remuneraciones o emolumentos que realmente no debe.	Momento de conclusión del acuerdo de intercesión, esto es, cuando el interesado acepta el ofrecimiento del traficante y entrega la ventaja pactada como contraprestación. En el supuesto de recibir, la conducta se perfecciona en el momento que el agente, luego de invocar influencias reales o simuladas y ofertar al tercero interceder ante un funcionario o servidor público de la administración de justicia, recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja. En el supuesto de dar, la conducta se perfecciona en el momento que el agente, luego de invocar influencias reales o simuladas (...) En el supuesto de recibir, la conducta se perfecciona en el momento que el agente, luego de invocar influencias reales o simuladas hace que aquel tercero haga la promesa de que en un futuro cercano le dará donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

	PATROCINIO ILEGAL	NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	CONCUSIÓN	TRÁFICO DE INFLUENCIAS
TENTATIVA	No admite tentativa	No admite Tentativa	En los dos últimos supuestos admite tentativa	Admite tentativa
PENALIDAD	La pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas, unido a ello la inhabilitación	Pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días -multa	Pena Privativa libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años	Si el acusado es encontrado responsable la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Si el agente es un funcionario o servidor público la pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa

DIFERENCIAS ENTRE EL ACTUAL CÓDIGO PENAL Y EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL (2015), SOBRE PATROCINIO ILEGAL

ACTUAL CÓDIGO PENAL	PROYECTO DE CÓDIGO PENAL (2015)
Artículo 385° El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.	**Artículo 569°** El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor seis años e inhabilitación por el tiempo que dure la pena conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.
Pena Privativa de Libertad Pena Limitativas de Derechos (prestación de servicios)	Pena Privativa de Libertad Pena Limitativas de Derecho (Inhabilitación)
El nexo causal está prescrito para ser aplicado a futuro.	El nexo causal está prescrito para ser aplicado a presente.
La diferencia que su puede apreciar en ambos códigos penales, respecto al delito de patrocinio ilegal, es que la pena se ha incrementado para este tipo de delito y en el actual código penal prescribe no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas y en el nuevo código penal prescribe no menor de tres ni mayor seis años e inhabilitación por el tiempo que dure la pena conforme a los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42.	

Anexos, ver en CD adjunto.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL
se terminó de imprimir en el mes de mayo de 2017,
en los talleres gráficos de Jurista Editores,
Jr. Miguel Aljovín Nº 201 - Lima.